



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 262.926 - ES (2013/0002095-8)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : GABRIELA BEMFICA
IMPETRANTE : DANIEL ROLLER
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : CLÁUDIO AURÉLIO GOMES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VULTOSO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal. O elevado prejuízo ao erário - R\$ 5.362.709,36 (cinco milhões, trezentos e sessenta e dois mil, setecentos e nove reais e trinta e seis centavos) - constitui motivação idônea e suficiente para a exasperação da pena-base em 01 ano e 03 meses. Precedentes.

4. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora. Brasília (DF), 1º de abril de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 262.926 - ES (2013/0002095-8)

IMPETRANTE : GABRIELA BEMFICA
IMPETRANTE : DANIEL ROLLER
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : CLÁUDIO AURÉLIO GOMES DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de CLÁUDIO AURÉLIO GOMES DA SILVA, em face de acórdão denegatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2.^a Região, assim ementado:

"HABEAS CORPUS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. DESCONSIDERAÇÃO MAUS ANTECEDENTES. CRITÉRIO SUBJETIVO. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP. DISCRICIONARIEDADE JUÍZO.

1. É infundada a alegação de que a circunstância relativa aos maus antecedentes foi decisiva para elevar a pena-base imposta. A leitura da sentença condenatória demonstra que ela foi uma das quatro circunstâncias consideradas desfavoráveis pelo Juízo.

2. A fixação da pena-base não deve ser feita por meio de critérios matemáticos. O julgador, de acordo com os critérios de reprovabilidade de cada circunstância – que são variáveis e subjetivos, devendo ser analisados caso a caso –, deve, de forma fundamentada, fixar o quantum da pena, de acordo com sua discricionariedade, desde que observado o art. 59 do CP.

3. Tendo considerado o Juízo que a culpabilidade do agente é de alta reprovabilidade e que as circunstâncias e consequências do delito são de considerável gravidade, analisando o caso concreto e as características do agente de forma fundamentada, não cabe no presente adentrar nos critérios subjetivos utilizados pelo magistrado para fixar a pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

4. Ordem denegada." (fl. 155)

Narram os autos que o Paciente teria omitido rendimentos tributáveis recebidos de pessoas físicas e jurídicas, provenientes de depósitos bancários sem comprovação de origem, nas declarações de ajuste anual dos exercícios de 1998, 1999, 2000 e 2001, havendo a consequente supressão de imposto de renda, tendo sido lavrado auto de infração que resultou no crédito tributário de R\$ 5.362.709,36 (cinco milhões, trezentos e sessenta e dois mil, setecentos e nove reais e trinta e seis centavos).

Encerrada a instrução, o acusado foi condenado como incurso no art. 1.º, inciso I,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da Lei n.º 8.137/90, c.c. art. 71 do Código Penal, à pena de 04 anos, 04 meses e 15 dias de reclusão, em regime semiaberto,

A defesa, então, interpôs apelação no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou provimento ao recurso.

Interposto recurso especial, este foi inadmitido. O agravo de instrumento interposto teve seu provimento negado pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que não ficou demonstrada violação à lei federal.

A condenação transitou em julgado no 21 de junho de 2011.

Em face do acórdão que julgou a apelação, impetrou-se *habeas corpus* neste Superior Tribunal de Justiça, aduzindo, em suma, constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal, com fundamento em inquéritos e ações penais em andamento e em elementos inerentes ao próprio tipo penal. Buscou o Impetrante, o redimensionamento da reprimenda, com concessão ao Paciente da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Indeferido o pedido liminar e o pleito de reconsideração, a Defesa do Paciente impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, repisando os mesmos fundamentos.

O Pretório Excelso concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*, em acórdão assim ementado:

"Habeas corpus. 2. Alegada falta de fundamentação idônea para definição da pena-base. Ocorrência. Mera existência de inquéritos ou de ações penais em andamento não pode ser considerada caracterizadora de maus antecedentes, sob pena de violar o princípio constitucional da não culpabilidade (CF, art. 5º, LVII). Superação da Súmula 691. 3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo de 1º grau que proceda à nova individualização da pena, tendo em vista a necessidade de afastamento dos maus antecedentes, considerados inquéritos e ações penais em curso. Fixada esta, que delibere quanto à possibilidade de substituição da pena, segundo os requisitos previstos no art. 44 do CP." (HC 112449, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJ de 26/02/2013)

Em atendimento à decisão da Corte Suprema o MM Magistrado Federal redimensionou a pena do Paciente, afastando a consideração desfavorável dos antecedentes. A sanção penal restou cominada em 04 anos e 22 dias de reclusão, mantido o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena.

Cumprida a determinação do Supremo Tribunal Federal, foi expedido mandado de prisão para o inicial cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *habeas corpus*, inicialmente, o Impetrante discorre sobre o cabimento do *writ* substitutivo de recurso ordinário. No mérito, afirma que o MM Magistrado singular *"não procedeu à nova individualização da pena como lhe fora determinado, limitando-se, tão somente, a excluir 3 meses de aumento referente aos antecedentes, mantendo a pena em patamar superior a 4 anos e negando o direito à substituição por penas restritivas de direito"* (fl. 04).

Defende, assim, constrangimento ilegal no mandado de prisão expedido.

Para tanto, aduz que o Pretório Excelso deferiu a medida liminar em *habeas corpus* para a liminar para suspender os efeitos da condenação já transitada em julgado até o julgamento de mérito do *writ*.

Pugna, em liminar, pela suspensão do mandado de prisão até o julgamento deste *habeas corpus*. No mérito, requer maior redução da pena, com concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, pela Presidência desta Corte, nos termos da decisão de fls. 166/170.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 170/180.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 186/187, opinando pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus*, porque não compete ao Superior Tribunal de Justiça desconstituir ato proferido por magistrado de primeiro grau de jurisdição.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 262.926 - ES (2013/0002095-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VULTOSO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal. O elevado prejuízo ao erário - R\$ 5.362.709,36 (cinco milhões, trezentos e sessenta e dois mil, setecentos e nove reais e trinta e seis centavos) - constitui motivação idônea e suficiente para a exasperação da pena-base em 01 ano e 03 meses. Precedentes.

4. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Inicialmente, cumpre salientar que, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abarroto os tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las." (STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012.)

Colhe-se do voto do Relator, o Ministro Marco Aurélio, o seguinte excerto:

"O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumprir implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."

No mesmo diapasão, foi o julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28/08/2012, perante a Primeira Turma. A Relatora, a Ministra Rosa Weber, ao não admitir o *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal", ressaltou que:

"A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal."

Fez também a mesma ponderação acerca dos feitos já ajuizados:

"Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade."

Eis a ementa do julgado:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes.

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Habeas corpus *rejeitado*." (STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012.)

No mesmo sentido:

"Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Atentado violento ao pudor praticado com violência presumida – art. 214, c/c art. 223, 'a', do Código Penal. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, 'd' e 'i'. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Inviabilidade da concessão ex officio do writ. Absolvição. reexame de fatos e provas: Inviabilidade da concessão da ordem ex officio. Superveniência de trânsito em julgado da sentença condenatória. Impossibilidade de convalidação do writ em revisão criminal. Aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009, com o fito de diminuir a pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva. Tema não examinado no Tribunal a quo. Supressão de instância. Inocorrência, in casu, de concurso de crimes.

1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

2. Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger hipóteses não sujeitas à jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal.

3. A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, que objetivam viabilizar o exercício pleno da nobre função de guardião da Constituição Federal.

4. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, urgente e imperativa reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar habeas corpus e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

5. Ad argumentandum tantum, sequer é o caso de concessão ex officio da ordem, porquanto a impetrante pretende, através do revolvimento de fatos e provas, infirmar a palavra da vítima de atentado violento ao pudor, com violência presumida, bem como o testemunho da mãe dela para alcançar, em sede de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a absolvição, atribuindo aos pais da criança, então com 6 (seis) anos de idade, falta de cuidados e imputando à mãe falsa comunicação de crime para acobertar suposto adultério praticado com o paciente; argumentos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lastimáveis, data venia.

6. *É cediço que a via estreita do habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para alcançar a absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; E RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009.*

7. *Outrossim, o superveniente trânsito em julgado da sentença traduz impossibilidade de convolação do writ, ou mesmo do recurso, em revisão criminal.*

8. *O tema atinente à aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009 não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, por isso não pode ser conhecido nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.*

9. *Ainda que essa questão tivesse sido examinada pelo Tribunal a quo, o caso concreto não comportaria a aplicação da lex in melius posterior, porquanto a redução da pena somente seria possível se o paciente tivesse sido condenado em concurso material e pretendesse o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo certo que a condenação foi por apenas um delito.*

10. *Destarte, a jurisprudência desta Corte, anteriormente ao advento da referida Lei n. 12.015, de 7-8-2009, refutava o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sob o fundamento de configurarem delitos de espécies distintas, entendimento que há de ser revisto ante a inserção dos núcleos definidores do crime de atentado violento ao pudor na descrição típica do crime de estupro, passando a configurar delitos da mesma espécie.*

11. *A afirmação, pela Defensoria Pública, no sentido da ocorrência de concurso de crimes é, reitere-se, dissociada da realidade dos autos, não cabendo argumentar com a aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009.*

12. *Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual, afastada a possibilidade de concessão ex officio da ordem." (STF, HC 108.181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012.)*

Esse entendimento foi reiterado em decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012), os quais, considerando a inadequação do writ, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações.

Nesse cenário, exsurge a necessidade premente da reformulação da admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

Pois bem.

Cumpre ressaltar que, ao contrário da manifestação exarada no parecer da douta Subprocuradoria-Geral da República, não há supressão de instância.

O alegado constrangimento ilegal pela fixação da pena-base acima do mínimo legal, após a concessão da ordem de *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, foi analisado pelo Tribunal Regional Federal da 2.^a Região na impetração originária, como se vê, *in verbis*:

"Entendem os impetrantes que a redução da pena-base em virtude do cumprimento da decisão da Corte Suprema foi ínfima.

No que tange às outras circunstâncias consideradas desfavoráveis pelo Juízo impetrado, pretendem os impetrantes a revisão da condenação já transitada em julgado, vez que analisar a fundamentação ou não do decreto condenatório caberia em outra via que não o habeas corpus, que não pode ser utilizado como substituto de recurso, muito menos sucedâneo de revisão criminal.

Desta forma, tendo o STF concedido a ordem de habeas corpus apenas para considerar como neutra a circunstância relativa aos maus antecedentes, deve-se analisar no presente se a decisão de fls. 88/89, ao reduzir a pena-base em 3 meses em razão da retirada da citada circunstância desfavorável, impôs ao paciente constrangimento ilegal ou não.

Primeiramente, entendo infundada a alegação dos impetrantes de que a circunstância relativa aos maus antecedentes foi decisiva para elevar a pena-base imposta. A leitura da sentença condenatória demonstra que ela foi uma das quatro circunstâncias consideradas desfavoráveis pelo Juízo, não existindo nada que indique que os maus antecedentes tiveram peso maior na fixação da pena na primeira fase.

Ademais, a fixação da pena-base não deve ser feita por meio de critérios matemáticos, ao contrário. O julgador, de acordo com os critérios de reprovabilidade de cada circunstância – que são variáveis e subjetivos, devendo ser analisados caso a caso –, deve, de forma fundamentada, fixar o quantum da pena, de acordo com sua discricionariedade, desde que observado o art. 59 do CP.

Assim, tendo à lei reservado ao magistrado o arbítrio na valorização das circunstâncias, não se pode determinar que, tendo a pena-base sido elevada em 1 ano e 6 meses em razão de quatro circunstâncias desfavoráveis, a mesma seja diminuída proporcionalmente em razão da exclusão da circunstância relativa aos maus antecedentes.

Aliás, pretendem os impetrantes no presente mais do que isso, pois buscam a diminuição da pena-base em, no mínimo, 6 (seis) meses, tendo como parâmetro o parecer do MPF nos autos do habeas corpus impetrado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no STJ, que não tem poder vinculante, apenas caráter opinativo.

Assim, tendo considerado o Juízo – nos termos usados na sentença condenatória – que a culpabilidade do agente é de alta reprovabilidade e que as circunstâncias e consequências do delito são de considerável gravidade, analisando o caso concreto e as características do agente de forma fundamentada, não cabe no presente, sob pena de violação ao art. 59 do CP, adentrar nos critérios subjetivos utilizados pelo magistrado para fixar a pena necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Desta forma, também não resta configurado o alegado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, *DENEGO A ORDEM.*" (fls. 151/153)

De fato, compulsando os autos, verifica-se, na espécie, que a instância ordinária considerou desfavoráveis, além dos antecedentes do Paciente, as circunstâncias judiciais relativas à sua culpabilidade e às circunstâncias e consequências do crime, "*de considerável gravidade, pelos altos valores envolvidos*" (fl. 73), dado o elevado prejuízo ao erário - R\$ 5.362.709,36 (cinco milhões, trezentos e sessenta e dois mil, setecentos e nove reais e trinta e seis centavos) - , o que constitui motivação idônea e suficiente para a exasperação da pena-base em 01 ano e 03 meses.

Confira-se, por pertinente, a individualização da pena-base efetuada pela sentença condenatória:

"Circunstâncias judiciais do art. 59 do CP: culpabilidade do agente de alta reprovabilidade; seus maus antecedentes, conforme registros consignados nas FAC's de fls. 20/21; conduta social e personalidade sem registros desfavoráveis; motivos não suficientemente justificados para o crime; suas circunstâncias e consequências de considerável gravidade, pelos altos valores envolvidos; não influido em benefício do réu o comportamento da vítima. considerando todas essas circunstâncias e as variações previstas para o tipo (reclusão de 2 a 5 anos, e multa), fixo a pena-base em 03 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão." (fls. 73/74)

Em cumprimento à ordem de *habeas corpus* concedida pelo Supremo Tribunal Federal, a pena-base foi reduzida em 03 meses, nos seguintes termos:

"A sentença condenatória de fls. 147/171 impôs, na fase inicial da sua dosimetria, uma pena de 3 anos e 6 meses de reclusão. A pena foi tomada definitiva após a aplicação do crime continuado, o que resultou em 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e 150 dias-multa.

Pois bem.

Retirada, por ordem superior, a circunstância judicial relacionada aos maus antecedentes, a Qual passo a considerar como neutra, impõe-se a redução da pena-base. Desse modo, reduzo-a, na primeira fase da dosimetria, para 3 anos e 3 meses de reclusão. Nada foi considerado na segunda fase do ato.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aplicando o aumento de um quarto, afeto à continuidade delitiva e imposto na sentença, a pena definitiva passa a ser de 4 (quatro) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, de modo Que descabe a alteração do regime inicial de cumprimento da pena (semi-aberto), bem como a substituição dessa por penas restritivas de direito.

A redução, logicamente, também deve atingir a pena de multa. Vislumbro que essa foi fixada considerando-se apenas a primeira fase da dosimetria. Não houve acréscimo relacionado à continuidade delitiva. Desse modo, julgo adequada a redução da pena de multa para 135 dias-multa, mantido o seu valor unitário." (fl. 106)

Com efeito, a majoração da pena-base restou devidamente fundamentada nas consequências do crime, considerando-se o alto valor do tributo suprimido. Nesse contexto, não há ilegalidade a ser reparada, mesmo porque outro não é o entendimento desta Corte.

Confira-se:

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NA ESCOLHA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O fato de o paciente ser advogado não justifica, por si só, a valoração negativa da culpabilidade, já que é absolutamente estranho ao delito que ensejou a persecução penal.

2. "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ).

3. Mostra-se idônea a valoração negativa das consequências do crime com base no elevado prejuízo sofrido pelos cofres públicos, consistente na sonegação do importe de R\$ 673.951,56.

4. Não se vislumbra constrangimento a ser sanado na via do habeas corpus se o impetrante não demonstrou o efetivo prejuízo decorrente da ausência de fundamentação na escolha das penas restritivas de direitos impostas. Ademais, o paciente vem cumprindo devidamente as reprimendas fixadas e a redução da sanção operada no presente writ possivelmente redundará na extinção da pena pelo integral cumprimento.

5. Habeas corpus parcialmente concedido tão-somente a fim de, afastada parte das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, reduzir as sanções para 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, mantidas, no mais, as disposições contidas na sentença condenatória e no acórdão impugnado." (HC 156.862/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 01/03/2012.)

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ALTO VALOR SONEGADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVAMENTE VALORADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. In casu, as consequências do delito foram reputadas negativas em face do alto valor do tributo sonegado, autorizando, assim, a elevação da pena-base imposta à paciente (seis meses acima do mínimo), com base no art. 59 do Código Penal.

3. Assim, verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base se revela proporcional e fundamentado, notadamente se considerarmos que as penas abstratamente previstas para os delitos em comento - art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90 e 288 do Código Penal - são, respectivamente, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e 1 (um) a 3 (três) anos.

4. De notar que o Juiz não aplicou o aumento da sanção de um terço até a metade, previsto no art. 12, I, da Lei 8.137/90, utilizando a magnitude do dano causado ao erário público e, por conseguinte, à coletividade, tão somente para majorar as penas-bases.

[...]

6. Habeas corpus denegado." (HC 55.956/MT, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/11/2011.)

"HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ALTO VALOR SONEGADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVAMENTE VALORADA.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. In casu, as consequências do delito foram reputadas negativas em face do alto valor do tributo sonegado, autorizando, assim, a elevação da pena-base imposta à paciente (seis meses acima do mínimo), com base no art. 59 do Código Penal.

3. Assim, verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base se revela proporcional e fundamentado, notadamente se considerarmos que as penas abstratamente previstas para os delitos em comento - art. 1º, II, da Lei nº 8.137/90 e 288 do Código Penal - são, respectivamente, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e 1 (um) a 3 (três) anos.

4. De notar que o Juiz não aplicou o aumento da sanção de um terço até a metade, previsto no art. 12, I, da Lei 8.137/90, utilizando a magnitude do dano causado ao erário público e, por conseguinte, à coletividade, tão somente para majorar as penas-bases.

5. No caso, apesar de tratar-se de ré primária e com bons antecedentes, pelas mesmas balizas, não se apresenta socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

6. Habeas corpus denegado. (HC 55956/MT, Rel. Ministro OG



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/11/2011; grifou-se.)

"CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA A MAJORAÇÃO PROCEDIDA. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. ALTO VALOR SONEGADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVAMENTE VALORADA. GRAVE DANO À COLETIVIDADE. AGRAVANTE NÃO APLICADA PELO JUÍZO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DO DANO CAUSADO PELA QUANTIA SUPRIMIDA. IRRELEVÂNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

Hipótese em que a paciente foi condenada pela prática de crime contra a ordem tributária, tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da análise desfavorável da circunstância judicial concernente às conseqüências do crime.

A pena-base aplicada ao paciente pelo Magistrado singular, a partir do exame das circunstâncias judiciais relativas à conduta pessoal e social da ré, aos antecedentes, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime, foi fundamentadamente fixada, em obediência aos critérios de lei, com a devida ressalva dos motivos que levaram à indigitada exasperação do seu quantum.

Para majorar a sanção, fulcrado no exame desfavorável de apenas uma circunstância judicial, referente às conseqüências do crime, o Julgador de 1º grau ressaltou a sonegação de valor em patamares superiores a quatro milhões de reais.

Não se trata de afirmação genérica acerca da gravidade do delito, ou das graves conseqüências que a conduta da paciente causou ao país, ou da simples menção a circunstância judicial do art. 59 do Estatuto Punitivo, mas, sim, da referência expressa à quantia de quatro milhões de reais que, sem titubear, pode-se afirmar trará gravíssimas conseqüências ao Estado Brasileiro.

O contexto fático do caso dos autos revela situação peculiar autorizadora de maior reprovação social, capaz de impedir a fixação da pena-base no mínimo legal.

O Juiz prolator da sentença condenatória consignou, expressamente, o vultoso montante do tributo não recolhido – quatro milhões de reais –, e, assim, não obstante o grave dano à coletividade, evidenciado pela falta, aos cofres públicos, da referida quantia, não fez incidir o agravamento previsto no art. 12, inciso I, da Lei 8.137/90, optando por valorar negativamente as conseqüências do crime.

Procedimento que não se reveste de ilegalidade, pois o que o Magistrado não poderia fazer seria utilizar este mesmo fato para majorar a pena-base e, em seguida, agravar a reprimenda, sob pena de incorrer em bis in idem.

A opção do Juiz, que adotou o quantum de seis meses para majorar a pena-base, foi mais benéfica à acusada do que o eventual aumento da sanção de um terço até a metade, isto é, de oito a doze meses, previsto na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lei 8.137/90.

Não configura decisão extra petite a consideração, pela sentença, da quantia suprimida pela ré para majorar a pena-base, já que expressamente referida pela peça acusatória e não infirmada pela defesa, e, ainda que não explicitado o dano causado pela sonegação, o prejuízo é notório, evidente e certo.

Não se reconhece ofensa ao princípio da isonomia, decorrente da aplicação, pelo mesmo Juízo singular, da pena mínima a réu processado em caso análogo, pois, em não se tratando de co-denunciado, submetido à mesma ação penal, o Magistrado singular não está vinculado a outro entendimento proferido, pois é livre para formar o seu convencimento, de forma motivada, e, assim, proceder à dosimetria da reprimenda.

Outros aspectos da dosimetria da pena-base que não podem ser desconsiderados: a devida motivação e o fato de que a sentença condenatória da ré foi proferida por Julgador distinto daquele prolator da decisão que se sustenta ser mais adequada e quase um ano antes.

Ordem denegada." (HC 70058/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 25/06/2007.)

Lembre-se, ademais, que excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

Desse modo, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador, pois essa instância superior não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0002095-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 262.926 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1042002 158118520124020000 200250010038223 200350010074232 201202010158118

EM MESA

JULGADO: 01/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIELA BEMFICA

IMPETRANTE : DANIEL ROLLER

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : CLÁUDIO AURÉLIO GOMES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra a Ordem Tributária

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.