



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.834 - SP (2009/0088520-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : EDINÉIA MARIA GONÇALVES E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURÍCIO CHALNI JUNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PECULATO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. INOBSERVÂNCIA DA SÚMULA/STJ 444. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME INERENTES AO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM MAIOR REPROVABILIDADE DO DELITO. REPRIMENDA REDIMENSIONADA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL MANTIDA. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA E WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No que se refere aos antecedentes e à culpabilidade do réu, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

4. No que tange às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. O entendimento deste Tribunal consolidou-se no sentido de não ser admitida a utilização de argumentos genéricos ou de circunstâncias elementares para o aumento da pena-base a título de consequências do crime, como se depreende da hipótese dos autos.

5. Malgrado o crime de peculato pressuponha a apropriação ou desvio por funcionário público de dinheiro, valor ou outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em razão do cargo por ele exercido, em proveito próprio ou alheio (CP, art. 312), as circunstâncias concretas do delito apurado nos autos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desbordam das ínsitas ao tipo penal incriminador, tendo o julgador de 1º grau declinado motivação idônea para a exasperação da reprimenda.

6. Deve ser mantido o aumento da pena-base pela valoração negativa das circunstâncias do crime, pois as suas singularidades revelam a maior censurabilidade da conduta praticada pelo agente, a indicar a necessidade de maior resposta penal, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Ainda, em que pese se tratar de crime próprio, cujo sujeito ativo, em via de regra, é funcionário público, que se vale das facilidades do cargo para a prática delitiva, não há se falar em *bis in idem*, porquanto o incremento da sanção corporal não se lastreou nas elementares do delito, mas em outras circunstâncias de natureza acessória ou incidental que denotam a sua maior gravidade.

7. Hipótese na qual se impõe a revisão da dosimetria da pena, a fim de afastar a avaliação negativa da conduta social e da personalidade do ora paciente, assim como das consequências do delito, ficando mantido, porém, a exasperação a título de circunstâncias do crime.

9. Na primeira etapa do critério trifásico, considerando a presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável e as penas mínima e máxima previstas no preceito secundário do tipo penal incriminador, deve a reprimenda ser exasperada em 1/8, totalizando 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, que torno definitiva, dada a inexistência de outros elementos a serem sopesados na segunda e na terceira fases da dosimetria.

10. Afigura-se correta a imposição do regime prisional semiaberto, conforme a dicção do art. 33, § 2º, "b", c/c o art. 59, ambos do Código Penal, haja vista o registro de circunstância judicial desfavorável e o *quantum* da reprimenda.

11. Estabelecida a pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, a prescrição ocorre em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, IV, do Estatuto Repressor. *In casu*, entre os marcos interruptivos, quais sejam, a data da consumação do delito, o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, não decorreu o prazo prescricional, o que afasta a configuração da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

12. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.834 - SP (2009/0088520-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : EDINÉIA MARIA GONÇALVES E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURÍCIO CHALNI JÚNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **MAURÍCIO CHALNI JÚNIOR**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, por infração ao art. 312, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 98-105).

Da sentença, foi interposta apelação pelo réu, que restou parcialmente provida, tão somente para reduzir o valor do dia-multa para o unitário mínimo, tendo sido determinada a expedição de mandado de prisão (e-STJ, fls. 107-111).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (e-STJ, fls. 139-141).

Neste *writ*, os impetrantes sustentam que o acórdão ora hostilizado manteve a valoração negativa dos antecedentes do réu, nada obstante o fato de a jurisprudência não admitir a utilização de processos e inquéritos em andamento para a majoração da reprimenda, em atendimento ao princípio da presunção da inocência.

Ainda, asseveram que a personalidade do paciente foi reconhecida como desfavorável, sem qualquer fundamento concreto, considerando a sua primariedade.

Ponderam que a pena-base foi majorada em virtude da suposta quebra da confiança que a população espera dos funcionários públicos e agentes políticos, gerando maior reprovabilidade da conduta, evidenciada pelo fato de ser o réu oficial de registro público, conquanto tais fundamentos se confundam com as elementares do crime de peculato, em clara ofensa ao princípio do *non bis in idem*.

Outrossim, alegam que o regime prisional semiaberto foi estabelecido em razão da gravidade abstrata do delito imputado ao réu, tendo sido negada vigência ao art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Aduzem que, reduzido o *quantum* da reprimenda para dois anos de reclusão, mínimo legal, deve ser reconhecida a extinção da pretensão punitiva estatal pela prescrição retroativa.

Pugnam, ao final, pela concessão da ordem, a fim de que seja decretada a extinção da punibilidade do Estado, bem como seja reduzida a reprimenda imposta ao paciente e fixado o regime prisional aberto.

Não foi deduzido pedido de liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem, tão somente para estabelecer o regime prisional aberto (e-STJ, fls. 209-214).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 135.834 - SP (2009/0088520-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : EDINÉIA MARIA GONÇALVES E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURÍCIO CHALNI JÚNIOR (PRESO)

EMENTA

PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PECULATO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. INOBSERVÂNCIA DA SÚMULA/STJ 444. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME INERENTES AO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS QUE REVELAM MAIOR REPROVABILIDADE DO DELITO. REPRIMENDA REDIMENSIONADA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL MANTIDA. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA E WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No que se refere aos antecedentes e à culpabilidade do réu, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

4. No que tange às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. O entendimento deste Tribunal consolidou-se no sentido de não ser admitida a utilização de argumentos genéricos ou de circunstâncias elementares para o aumento da pena-base a título de consequências do crime, como se depreende da hipótese dos autos.

5. Malgrado o crime de peculato pressuponha a apropriação ou desvio por funcionário público de dinheiro, valor ou outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em razão do cargo por ele exercido, em proveito próprio ou alheio (CP, art. 312), as circunstâncias concretas do delito apurado nos autos desbordam das ínsitas ao tipo penal incriminador, tendo o julgador de 1º grau declinado motivação idônea para a exasperação da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Deve ser mantido o aumento da pena-base pela valoração negativa das circunstâncias do crime, pois as suas singularidades revelam a maior censurabilidade da conduta praticada pelo agente, a indicar a necessidade de maior resposta penal, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Ainda, em que pese se tratar de crime próprio, cujo sujeito ativo, em via de regra, é funcionário público, que se vale das facilidades do cargo para a prática delitiva, não há se falar em *bis in idem*, porquanto o incremento da sanção corporal não se lastreou nas elementares do delito, mas em outras circunstâncias de natureza acessória ou incidental que denotam a sua maior gravidade.
7. Hipótese na qual se impõe a revisão da dosimetria da pena, a fim de afastar a avaliação negativa da conduta social e da personalidade do ora paciente, assim como das consequências do delito, ficando mantido, porém, a exasperação a título de circunstâncias do crime.
9. Na primeira etapa do critério trifásico, considerando a presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável e as penas mínima e máxima previstas no preceito secundário do tipo penal incriminador, deve a reprimenda ser exasperada em 1/8, totalizando 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, que torno definitiva, dada a inexistência de outros elementos a serem sopesados na segunda e na terceira fases da dosimetria.
10. Afigura-se correta a imposição do regime prisional semiaberto, conforme a dicção do art. 33, § 2º, "b", c/c o art. 59, ambos do Código Penal, haja vista o registro de circunstância judicial desfavorável e o *quantum* da reprimenda.
11. Estabelecida a pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, a prescrição ocorre em 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, IV, do Estatuto Repressor. *In casu*, entre os marcos interruptivos, quais sejam, a data da consumação do delito, o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, não decorreu o prazo prescricional, o que afasta a configuração da prescrição da pretensão punitiva do Estado.
12. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Como cedo, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Nesse sentido, ao seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.

4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 342.659/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016.)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.
2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade na sentença que, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, fixou a pena-base no seu mínimo legal, na primeira fase, e reduziu-a em 1/3 na terceira fase, em virtude da tentativa, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, sendo suficiente para reprovação do crime.
3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada no *iter criminis* percorrido pelo agente na prática delitiva.
4. A análise do caminho percorrido pelo agente demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do *habeas corpus*.
5. O Código de Processo Penal não define erro material nem fixa hipóteses ou meios de saná-lo. A matéria segue o regramento do Código de Processo Civil, cujo artigo 463, I, é aplicado subsidiariamente às ações penais, autorizando a alteração do julgado, mesmo após sua publicação, para sanar inexatidões materiais ou erros de cálculo. [...] (HC 167.789/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 13/03/2015.)

Nesse diapasão, para que se possa aferir a existência de manifesta ilegalidade a justificar a concessão da ordem, de ofício, transcrevo excertos da sentença condenatória:

"O acusado ostenta personalidade voltada para a prática de crimes, como se vê das certidões de fls. 189/200. Além da conduta social reprovável do réu, as circunstâncias em que os crimes foram praticados, aproveitando-se da confiabilidade própria de um oficial de registro público, aumenta a reprovabilidade da conduta, por comprometer a credibilidade dos oficiais de registros públicos e, de modo geral, do sistema registrário de imóveis da Comarca de Urupês e de outras. Ressalte-se que delitos desse jaez, em comunidade pequena como a de Urupês, tomam proporções relevantes, atingindo a imagem do Poder Público e, de forma específica, do Poder Judiciário, no exercício das funções correccionais junto ao cartório extrajudicial.

Assim, presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base 2/3 acima do patamar mínimo, ou seja, em três anos e quatro meses de reclusão, e no pagamento de 16 dezesseis dias-multa fixado em um salário mínimo, em face das condições financeiras do acusado (artigo 49, parágrafo 1º, do Código Penal.

Ausentes agravantes e atenuantes, mantenho a pena em 3 anos e quatro meses de reclusão, e no pagamento de 16 dias-multa, sendo cada dia fixado em um salário mínimo.

[...]

Em face da quantidade de pena imposta e das circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (e-STJ, fls. 103-104).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como cediço, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Nesse sentido, ao seguintes julgados:

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.

4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

6. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 342.659/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016.)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ERRO MATERIAL. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em que se concede a ordem de ofício.

2. Não se vislumbra nenhuma irregularidade na sentença que, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado, fixou a pena-base no seu mínimo legal, na primeira fase, e reduziu-a em 1/3 na terceira fase, em virtude da tentativa, o que não demonstra arbitrariedade ou desproporcionalidade, sendo suficiente para reprovação do crime.

3. Não há constrangimento ilegal a ser sanado se a redução da pena, em razão da tentativa, ocorreu de forma devidamente fundamentada no *iter criminis* percorrido pelo agente na prática delitiva.

4. A análise do caminho percorrido pelo agente demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do *habeas corpus*.

5. O Código de Processo Penal não define erro material nem fixa hipóteses ou meios de saná-lo. A matéria segue o regramento do Código de Processo Civil, cujo artigo 463, I, é aplicado subsidiariamente às ações penais, autorizando a alteração do julgado, mesmo após sua publicação, para sanar inexatidões materiais ou erros de cálculo. [...]" (HC 167.789/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 13/03/2015.)

Assim, para avaliar a existência de manifesta ilegalidade que justifique a concessão da ordem, de ofício, transcrevo excertos da sentença condenatória:

"a) Circunstâncias judiciais (art.59, CP):

a.1) culpabilidade: é desfavorável, pois o réu praticou o delito com do.o direto, consciente da ilicitude do fato.

a.2) antecedentes: é desfavorável. Há informações nos autos de outro processo criminal na Comarca de Caruaru, demonstrando o desvio de comportamento na sociedade.

a.3) conduta social: não há elementos para considerar em seu prejuízo.

a.4) personalidade: desfavorável ao réu. O réu é pessoa astuciosa, praticou a conduta e ainda utilizou a circunstância da idade da vítima para fazer-se acreditar em possível doença mental dela, como que ela estivesse criando histórias em razão de senilidade.

a.5) motivos do crime: é desfavorável ao réu, pois também utilizou o cartão para se ressarcir do aluguel da casa da vítima, sem autorização dela.

a.6) circunstâncias do crime: é desfavorável. O réu chegou a impedir a vítima de tomar providências, quando ela tentou socorrer-se no próprio banco, colocando-a no veículo de devolvendo-a a esta cidade, demonstrando a ousadia com que agia.

a.7) conseqüências do crime: é desfavorável. A vítima, como os próprios saques e transferências provam, ficou sem recursos para se manter, quando possuía pensão suficiente para uma vida digna.

a.8) comportamento da vítima: é desfavorável ao réu, pois a vítima em nada contribuiu para o desfecho criminoso, sendo pessoa vulnerável.

b) pena (art.68.CP).

pena-base: considerando as circunstâncias judiciais, acima analisadas, desfavoráveis em 07 itens dos oito existentes, aplico a pena de 03 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 150 dias-multa, sendo o valor do dia-multa de 1/30 do salário-mínimo;

b.2) atenuantes: não há;

b.3) agravante e causa de diminuição: não há;

b.4) causa de aumento de pena: não há;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b.5) pena definitiva: fixo-a em 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 150 dias-multa;

[...]

Considerando a análise judicial às circunstâncias do art. 59 do CP, conforme acima se vê, entendo não ser suficiente para sua punição a substituição, motivo pelo qual nego o benefício, devendo cumprir a pena privativa de liberdade no regime descrito acima" (e-STJ, fls. 27-28).

In casu, verifica-se que o Julgador singular valorou desfavoravelmente a personalidade e a conduta social do agente, assim como as circunstâncias e as consequências do crime.

No que se refere aos antecedentes e à culpabilidade do réu, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, tem reiteradamente decidido pela impossibilidade da utilização de inquéritos ou ações penais em andamento para configurar maus antecedentes no momento da fixação da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Incidência do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte.

4. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.

5. A sentença não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse as conclusões desfavoráveis acerca das circunstâncias e consequências do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, fixando a pena-base no mínimo legal."

(HC n. 126.137/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 21/3/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ocorre que a sentença apenas reconheceu que haveria informação nos autos de que o réu responderia a outros processos-crime, sem ter logrado consignar se houve condenação transitada em julgado, o que afasta a possibilidade de valoração negativa dos antecedentes e da conduta social, conforme o entendimento consolidado no verbete sumular alhures transcrito.

No que tange às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escoreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal.

Em verdade, o Magistrado processante reconheceu que a conduta do réu terminou por comprometer a credibilidade dos oficiais de registros públicos e, de modo geral, do sistema registrário de imóveis da Comarca de Urupês, tendo atingido a imagem do Poder Público, mais especificamente do Poder Judiciário, máxime por se tratar de uma comunidade pequena como a comarca retrocitada. Mister se faz reconhecer que o prejuízo patrimonial derivado da conduta não foi considerado, especialmente por este não ser relevante.

Ora, o entendimento deste Tribunal consolidou-se no sentido de não ser admitida a utilização de argumentos genéricos ou de circunstâncias elementares para o aumento da pena-base a título de consequências do crime, como se depreende da hipótese dos autos.

A propósito do tema, o seguinte julgado:

"PROCESSUAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. PECULATO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E FALSIDADE IDEOLÓGICA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO MOMENTO OPORTUNO. SUPRESSÃO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS IMPRÓPRIAS. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Matérias não decididas no acórdão impugnado não podem ser conhecidas, sob pena de supressão indevida de instância. Ademais, a jurisprudência deste Tribunal é pacífica no sentido de que a competência no caso de uso de documento falso é definida de acordo com a qualificação da entidade lesada com a conduta, sendo indiferente a natureza jurídica do órgão expedidor do documento.

3. **Não são válidos para justificar o aumento de pena em razão de motivos e consequências elementos próprios do crime ou de natureza abstrata.**

4. Não reconhecido pelo Tribunal de origem o nexo de dependência ou de subordinação entre as condutas relativas aos crimes de falsificação de documento público e de falsidade ideológica, inviável a aplicação do princípio da consunção.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar as penas aplicadas na origem."

(HC 308.749/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 18/06/2015, grifou-se).

Ademais, malgrado o crime de peculato pressuponha a apropriação ou desvio por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

funcionário público de dinheiro, valor ou outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em razão do cargo por ele exercido, em proveito próprio ou alheio (CP, art. 312), as circunstâncias concretas do delito apurado nos autos desbordam das ínsitas ao tipo penal incriminador, tendo o Julgador de 1º grau declinado motivação idônea para a exasperação da reprimenda.

Com efeito, os autos noticiam que o réu, valendo-se do cargo de oficial maior do registro de imóveis, apropriou-se de valor a ele entregue para que providenciasse o registro de uma escritura. Anos depois, a vítima buscou obter uma certidão atualizada da matrícula do imóvel, oportunidade na qual foi informada que a escritura não havia sido registrada. Em seguida, procurou o ora paciente, que se comprometeu a regularizar a documentação, tendo entregue uma escritura à vítima, supostamente registrada. Todavia, após ter comparecido novamente à serventia extrajudicial, a vítima descobriu que a escritura ainda não havia sido registrada, sendo que o documento a ela entregue referia-se a outro imóvel.

Nesse passo, deve ser mantido o aumento da pena-base pela valoração negativa das circunstâncias do crime, pois as suas singularidades revelam a maior censurabilidade da conduta praticada pelo agente, a indicar a necessidade de maior resposta penal, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Ainda, em que pese se tratar de crime próprio, cujo sujeito ativo, em via de regra, é funcionário público, que se vale das facilidades do cargo para a prática delitiva, não há se falar em *bis in idem*, porquanto o incremento da sanção corporal não se lastreou nas elementares do delito, mas em outras circunstâncias de natureza acessória ou incidental que denotam a sua maior gravidade.

A fim de corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes arestos:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. DECISÃO DO JÚRI CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *REFORMATIO IN PEJUS*. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. Para afastar a conclusão do acórdão recorrido e entender que a decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri era contrária à prova dos autos, como sustenta a defesa, seria necessário o reexame do acervo fático-probatório, providência descabida em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

2. Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica.

3. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar suporte a uma condenação criminal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório autorizaria a condenação do agravante. Isso não é valoração jurídica da prova, mas reexame do acervo de provas, vedado pela Súmula 7/STJ.

4. **É válida a majoração da pena-base, tendo em vista a presença de elementos que extrapolam consideravelmente os normais à espécie, consistentes nas circunstâncias dos crimes e na culpabilidade.**

5. Mostra-se descabida a inovação de tese no agravo regimental, que deve ficar adstrito à matéria invocada quando da interposição do recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Agravo regimental improvido."

(AgRg no AREsp 830.892/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 13/06/2016, grifou-se)

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. NO RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA (ART. 16 DA LEI N. 10.826/2003) E CONDUZIR VEÍCULO SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL (ART. 306 DA LEI N. 9.503/1997). *BIS IN IDEM* NA DOSIMETRIA DA PENA. NÃO OCORRÊNCIA. FATOS TÍPICOS DIVERSOS.

1. O julgamento monocrático da causa pelo relator, utilizando os poderes processuais do artigo 557 do CPC de 1973, não é nulo se o recurso se manifestar improcedente, como no presente caso, sendo certo, ainda, que eventual mácula fica superada com o julgamento colegiado do recurso pelo órgão competente.

2. Cinge-se a controvérsia acerca da ocorrência ou não de *bis in idem* na condenação do recorrente pela prática do crime tipificado no art. 306 da Lei n. 9.503/1997 e a majoração da pena-base em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo em razão do mesmo estado de embriaguez.

3. A exasperação da pena na primeira fase da dosimetria do delito de porte ilegal de arma foi suficientemente justificada pelas circunstâncias do crime, que extrapolam os inerentes ao tipo penal e revelam maior desvalor das ações, no caso, o recorrente portava ilegalmente a arma em estado de embriaguez, o que altera as suas condições normais psicomotoras, potencializando o perigo da conduta.

4. O estado de embriaguez foi considerado como circunstância judicial negativa apenas em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo, pois, como já dito, a embriaguez altera as condições normais psicomotoras, potencializando o perigo da conduta à sociedade. Com relação ao delito de embriaguez ao volante, a pena-base restou fixada no mínimo legal.

5. **O que caracterizaria o indevido *bis in idem* seria a exasperação da pena-base do art. 306 da Lei n. 9.503/1997 em razão do estado de embriaguez, pois tal circunstância estaria inerente ao próprio tipo penal. O mesmo não ocorre em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo, em que a embriaguez extrapola os elementos inerentes aos tipos penais e revela maior desvalor da ação.**

6. No presente caso, o que se está punindo é o ato de dirigir sob o efeito de álcool e de portar arma de fogo nesse estado, fatos típicos diversos, que atingem bens jurídicos distintos, apesar de se tratar de um estado único de embriaguez.

7. Agravo regimental não provido."

(AgRg no REsp 1577357/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016, grifou-se).

Nesse contexto, deve ser revista a dosimetria da pena, a fim de afastar a avaliação negativa da conduta social, da personalidade do ora paciente e das consequências do delito, ficando mantido, porém, a exasperação a título de circunstâncias do crime.

Passe-se, assim, ao redimensionamento da reprimenda.

Na primeira etapa do critério trifásico, considerando a presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável e as penas mínima e máxima previstas no preceito secundário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do tipo penal incriminador, deve a reprimenda ser exasperada em 1/8, totalizando 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, que torno definitiva, dada a inexistência de outros elementos a serem sopesados na segunda e na terceira fases da dosimetria.

Além disso, afigura-se correta a imposição do regime prisional semiaberto, conforme a dicção do art. 33, § 2º, "b", c/c o art. 59, ambos do Código Penal, haja vista o registro de circunstância judicial desfavorável e o *quantum* da reprimenda.

Por derradeiro, estabelecida a pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, a prescrição, antes do trânsito em julgado a sentença condenatória, ocorre em 8 (oito anos), nos termos do art. 109, IV, do Estatuto Repressor. *In casu*, entre os marcos interruptivos, quais sejam, a data da consumação do delito, o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, não decorreu o prazo prescricional, o que afasta a configuração da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0088520-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 135.834 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 10356963

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDINÉIA MARIA GONÇALVES E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURÍCIO CHALNI JUNIOR (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.