



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 106.459 - PA (2008/0105910-8)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : PAULO ALFREDO UNES PEREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : ARÃO DOS SANTOS MARTINS
PACIENTE : ENÉAS DE SOUZA FONSECA
PACIENTE : WALTER FERREIRA RIBEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. ESTELIONATO. JULGAMENTO DE APELAÇÕES INTERPOSTAS PELA DEFESA. TURMA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES FEDERAIS DE PRIMEIRO GRAU. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. AUTORIZAÇÃO LEGAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS. CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO.

1. Segundo o entendimento consolidado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 96.821/SP, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, não há afronta ao princípio do juiz natural na apreciação de recursos por órgão julgador composto, majoritariamente, por juízes de primeiro grau convocados para atuar no Tribunal.

2. Ademais, no caso específico da Justiça Federal, a convocação dos juízes de primeiro grau para atuarem nos Tribunais Regionais Federais, em função de auxílio, é expressamente autorizada pelo art. 4º da Lei n.º 9.788/99.

3. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

4. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos, concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua consideração.

5. A obtenção de vantagem ilícita e o prejuízo suportado pela vítima são elementos integrantes do próprio tipo penal de estelionato, razão pela qual não possuem o condão de, isoladamente e desacompanhadas de outros elementos que demonstrem a sua excepcionalidade, agravarem, respectivamente, a culpabilidade e as consequências do crime.

6. Na sistemática do Código Penal, a eventual reparação dos danos causados deve ser verificada na segunda fase da dosimetria da pena e, uma vez constatada, é causa de atenuação obrigatória da pena (art. 65, inciso III, alínea "a"). Por outro lado, contudo, a sua ausência não é prevista como causa de agravamento da reprimenda. Sendo assim, não se mostra da melhor técnica ponderá-la quando da análise das circunstâncias judiciais, mormente para fazer majorar a pena-base de delito contra o patrimônio, no qual o prejuízo da vítima é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ínsito ao tipo penal.

7. Redução da pena-base que faz extinguir a punibilidade, pela prescrição superveniente, em razão do transcurso de mais de 4 (quatro) anos entre a data da publicação da sentença e da prolação do acórdão da apelação.

8. Ordem concedida, na forma do pedido alternativo, para reduzir as penas para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor fixado na sentença e de ofício, declarar extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. os arts. 109, inciso V, e 114, inciso II, do Código Penal.

ACÓRDÃO

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, conceder parcialmente a ordem e, de ofício, declarar extinta a punibilidade, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 106.459 - PA (2008/0105910-8)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : PAULO ALFREDO UNES PEREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE : ARÃO DOS SANTOS MARTINS
PACIENTE : ENÉAS DE SOUZA FONSECA
PACIENTE : WALTER FERREIRA RIBEIRO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WALTER FERREIRA RIBEIRO, ARÃO DOS SANTOS MARTINS e ENÉAS DE SOUZA FONSECA em face do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Narra-se, na presente impetração, terem sido os Pacientes condenados, em 1º grau, às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, os dois primeiros em regime inicial semiaberto e o terceiro em regime inicial aberto, substituídas por restritiva de direitos, e pagamento de 50 (cinquenta dias-multa), como incursos no art. 312, § 1º, do Código Penal (peculato-furto).

Por sua vez, o Tribunal *a quo*, de ofício, alterou a capitulação do delito para o art. 171, § 3º, do Código Penal (estelionato previdenciário). Na ocasião, ainda, proveu parcialmente os recursos defensivos, reduzindo as penas de multa, quanto aos três Pacientes, para 30 (trinta) dias-multa. Diminuiu, também, a pena privativa de liberdade de ENÉAS DE SOUZA FONSECA para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses.

Alega-se, neste *writ*, a nulidade do julgamento da apelação, uma vez que teria sido proferido por Turma composta, majoritariamente, por Juízes Federais de 1º grau convocados. Sustenta-se, também, a existência de constrangimento ilegal na dosimetria da pena-base pois, sem fundamentação idônea, teria sido estabelecida "*em montante superior ao dobro do mínimo legal.*" (fl. 05)

Afirma-se:

"(...) a pena mínima prevista para o crime de estelionato é de 01 (um) ano.

*Há se considerar violado, assim, o direito subjetivo dos acusados a uma pena que seja necessária à repressão e prevenção do crime, sem contar que as circunstâncias judiciais favoráveis, 05 (cinco) em 8, para **Arão dos Santos Martins e Walter Ferreira Ribeiro** e 06 (seis) em 8 para **Enéas de Souza Fonseca**, não foram sequer consideradas.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, não há base legal ou científica para tais afirmativas constantes no v. acórdão (fl. 416), segundo as quais Walter Ferreira Ribeiro possuiria 'personalidade doentia, eis que obcecado por grande ambição', bem como Arão dos Santos Martins denotaria 'personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio'. Essas circunstâncias, portanto, devem ser decotadas das consideradas como desfavoráveis aos pacientes citados, fazendo com que 6 das 8 previstas sejam-lhes favoráveis." (fls. 05/06)

Pede-se a declaração da nulidade do julgamento proferido pelo Tribunal *a quo* ou, alternativamente, a redução da pena-base para o mínimo legal.

Prestadas as informações (fls. 39/40), o Ministério Público Federal opina pela concessão da ordem (fls. 42/52).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 106.459 - PA (2008/0105910-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. ESTELIONATO. JULGAMENTO DE APELAÇÕES INTERPOSTAS PELA DEFESA. TURMA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES FEDERAIS DE PRIMEIRO GRAU. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. AUTORIZAÇÃO LEGAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS. CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO.

1. Segundo o entendimento consolidado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 96.821/SP, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, não há afronta ao princípio do juiz natural na apreciação de recursos por órgão julgador composto, majoritariamente, por juízes de primeiro grau convocados para atuar no Tribunal.

2. Ademais, no caso específico da Justiça Federal, a convocação dos juízes de primeiro grau para atuarem nos Tribunais Regionais Federais, em função de auxílio, é expressamente autorizada pelo art. 4º da Lei n.º 9.788/99.

3. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

4. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos, concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua consideração.

5. A obtenção de vantagem ilícita e o prejuízo suportado pela vítima são elementos integrantes do próprio tipo penal de estelionato, razão pela qual não possuem o condão de, isoladamente e desacompanhadas de outros elementos que demonstrem a sua excepcionalidade, agravarem, respectivamente, a culpabilidade e as consequências do crime.

6. Na sistemática do Código Penal, a eventual reparação dos danos causados deve ser verificada na segunda fase da dosimetria da pena e, uma vez constatada, é causa de atenuação obrigatória da pena (art. 65, inciso III, alínea "a"). Por outro lado, contudo, a sua ausência não é prevista como causa de agravamento da reprimenda. Sendo assim, não se mostra da melhor técnica ponderá-la quando da análise das circunstâncias judiciais, mormente para fazer majorar a pena-base de delito contra o patrimônio, no qual o prejuízo da vítima é ínsito ao tipo penal.

7. Redução da pena-base que faz extinguir a punibilidade, pela prescrição superveniente, em razão do transcurso de mais de 4 (quatro) anos entre a data da publicação da sentença e da prolação do acórdão da apelação.

8. Ordem concedida, na forma do pedido alternativo, para reduzir as penas para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor fixado na sentença e de ofício, declarar extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, inciso IV,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c.c. os arts. 109, inciso V, e 114, inciso II, do Código Penal.

VOTO

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

Busca-se, por meio do presente *writ*, a anulação do acórdão da apelação ou, de forma alternativa, a redução das penas-base dos Pacientes para o mínimo legal.

Primeiramente, não existe nulidade a ser reconhecida no tocante à composição do Órgão Colegiado que julgou as apelações interpostas pelos Pacientes.

Segundo o entendimento consolidado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 96.821/SP, da relatoria do Exmo. Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, não há afronta ao princípio do juiz natural na apreciação de recursos por órgão julgador composto, majoritariamente, por juízes de primeiro grau convocados para atuar no Tribunal.

É a seguinte a ementa do referido julgado:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO DE APELAÇÃO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - Esta Corte já firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da Lei Complementar 646/1990, do Estado de São Paulo, que disciplinou a convocação de juízes de primeiro grau para substituição de desembargadores do TJ/SP.

II - Da mesma forma, não viola o postulado constitucional do juiz natural o julgamento de apelação por órgão composto majoritariamente por juízes convocados na forma de edital publicado na imprensa oficial.

III - Colegiados constituídos por magistrados togados, que os integram mediante inscrição voluntária e a quem a distribuição de processos é feita aleatoriamente.

IV - Julgamentos realizados com estrita observância do princípio da publicidade, bem como do direito ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório.

V - Ordem denegada." (DJe de 08/04/2010)

Ressalta-se que, no caso específico da Justiça Federal, a convocação dos juízes de primeiro grau para atuarem nos Tribunais Regionais Federais, em função de auxílio, é expressamente autorizada pelo art. 4º da Lei n.º 9.788/99.

De outra parte, observa-se que a sentença, cuja cópia encaminhada pelo Juízo de origem ora faço juntar aos autos, ao efetivar a dosimetria da pena em relação a WALTER



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FERREIRA RIBEIRO, assim fundamentou:

"A culpabilidade do Réu revela dolo em grau intenso, pois habilitou uma aposentadoria manifestamente fraudulenta para ser recebida por longo tempo, o que ocorreu. Tecnicamente o 2º Réu [Walter] é primário, não obstante responda a dezenas de ações nesta Seção Judiciária por fatos análogos aos ora julgados, possuindo recentes sentenças condenatórias com trânsito em julgado contra si (Procs. n. 99.7709-0 e 2000.3231-5). Sua conduta social nada apresenta de excepcional. Sua personalidade mostra-se doentia, revelando forte pendor para crimes contra o patrimônio. Os motivos do crime foram a ambição pecuniária, o desejo de enriquecimento ilícito. As consequências do crime até hoje não foram reparadas, tendo importado em um prejuízo acima de R\$ 9.000,00 (f. 150). As circunstâncias do crime (abuso de confiança e paga) já são contempladas e reprimidas pelo tipo do art. 312, § 1º, do CP, que prevê o cometimento de crime, valendo-se o agente de sua qualidade de funcionário público.

Fixo, em consequência, a pena-base em dois terços (2/3) além do mínimo legal, ou seja, 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, emulta de 50 (cinquenta) dias-multa, calculado o dia-multa em um trigésimo (1/30) do maior salário-mínimo vigente à época dos fatos, pena essa que torno definitiva, à míngua de circunstâncias atenuantes e agravantes e de causas de diminuição ou de aumento.

*Considerando que, nas alíneas 'b' e 'c' do § 2º do art. 33 do Código Penal, a lei, ao utilizar a expressão 'poderá', nada mais faz do que conferir ao juiz a tarefa de fixar o regime inicial de cumprimento da pena de acordo com o mérito do condenado, estabeleço o regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena do Réu **Walter Ferreira Ribeiro**, uma vez que as circunstâncias do caso sub judice demonstram, de forma inequívoca, que o Réu não faz jus a regime penitenciário menos rigoroso. Com efeito, o Réu, embora tecnicamente primário, possui personalidade doentia, sendo prova disso as dezenas de ações penais a que responde nesta Justiça. Sua personalidade, frise-se, demonstra inequívoco pendor para a criminalidade, encontrando no peculato contra a Previdência Social meio alternativo de ganhar a vida. É do conhecimento deste julgador que o Réu fazia parte de um bando que se valia de toda a sorte de expedientes fraudulentos para lesar os cofres do INSS, tendo disso resultado um prejuízo, conforme mencionado, de, pelo menos, R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) aos cofres públicos. Inarredável, pois, a conclusão de que a fixação do regime aberto, no caso em exame, mostra-se insuficiente não só do ponto de vista preventivo quanto do repressivo ao crime. Sustentar o contrário seria coroar a impunidade."*

No que diz respeito a ARÃO DOS SANTOS MARTINS, disse o decisor:

"A culpabilidade do 4º Réu [Arão] revela um grau intenso de dolo. Os antecedentes do 4º Réu tecnicamente são bons, embora tenha contra si sentenças condenatórias com trânsito em julgado (procs. 2002.2266-66 e 99.6399-1). A conduta social nada oferece de extraordinário, dedicando-se o 4º Réu a trabalho honesto (motorista - fl. 427). Os inúmeros inquéritos policiais existentes contra sua pessoa demonstra, no mínimo, que sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade propende para crimes contra o patrimônio. As circunstâncias do crime nada revelam de excepcional. As consequências do delito até hoje não foram reparadas e dificilmente virão a sê-lo, tendo a Previdência Social sofrido um prejuízo, na espécie, de mais de R\$ 11.000,00 (fl. 141). Fixo, em consequência, a pena-base em dois terços (2/3) além do mínimo legal, ou seja, 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e multa de 50 (cinquenta) dias-multa, calculado o dia-multa em um trigésimo (1/30) do maior salário-mínimo vigentes à época dos fatos, pena esta que torno definitiva, à míngua de circunstâncias atenuantes e agravantes e de causas de diminuição e aumento.

*Considerando que, nas alíneas 'b' e 'c' do § 2º do art. 22 do Código Penal, a lei, ao utilizar a expressão 'poderá', nada mais faz dos que conferir ao juiz a tarefa de fixar o regime inicial de cumprimento da pena de acordo com o mérito do condenado, estabeleço o regime **semi-aberto** para o início de cumprimento da pena do réu Arão dos Santos Martins, uma vez que as circunstâncias do caso **sub judice** demonstram, de forma inequívoca, que o Réu não faz jus a regime penitenciário menos rigoroso. Com efeito, o Réu, embora tecnicamente primário, possui personalidade doentia, sendo prova disso as dezenas de ações penais a que responde nesta Justiça. Sua personalidade, frise-se, demonstra inequívoco pendor para a criminalidade, encontrando no peculato contra a Previdência Social meio alternativo de ganhar a vida. É do conhecimento deste julgador que o Réu fazia parte de um bando que se valia de toda a sorte de expedientes fraudulentos para lesar os cofres do INSS, tendo disso resultado um prejuízo, conforme mencionado, de , pelo menos, R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) aos cofres públicos. Inarredável, pois, a conclusão de que a fixação de regime aberto, no caso em exame, mostra-se insuficiente não só do ponto de vista preventivo quanto do repressivo ao crime. Sustentar o contrário seria coroar a impunidade."*

No tocante a ENÉAS DE SOUZA FONSECA, disse o julgador de origem:

"A culpabilidade do Réu demonstra um dolo em grau intenso, pois percebeu aposentadoria indevida por longo período (11/94 a 11/96), e tumultuou o regular andamento dos serviços do INSS, com auditoria demorada e cara, com gastos de diligências e pessoal. A conduta social e a personalidade nada apresentam de excepcional. O motivo do crime foi ambição. As circunstâncias já foram contempladas e reprimidas pelo tipo do art. 312/CP. As consequências do crime até hoje não foram reparadas, tendo a Previdência Social sofrido um prejuízo de R\$ 9.000,00 (nove mil reais - fl 150). Fixo, em consequência, a pena-base em dois terços (2/3) além do mínimo legal, ou seja, 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e multa de 50 (cinquenta) dias-multa, calculado o dia-multa em um trigésimo (1/30) do maior salário-mínimo vigente à época dos fatos, pena essa que passa a ser a definitiva, à míngua de circunstâncias atenuantes e agravantes e de causas de diminuição ou de aumento.

O regime inicial de cumprimento da pena é o aberto."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte Regional Federal, por sua vez, ratificou parcialmente a dosimetria apenas para afastar a desvalorização da circunstância judicial atinente aos motivos do crime, com base nos seguintes fundamentos:

"Ao analisar os quesitos constantes no art. 59 do CP, com relação ao acusado WALTER FERREIRA RIBEIRO, o MM. Juiz a quo considerou: que sua conduta social nada revela de excepcional; é tecnicamente primário; sua culpabilidade demonstra grau intenso de dolo; denota personalidade doentia, eis que obcecado por grande ambição; os motivos do crime foram a ambição pecuniária; as circunstâncias do crime já são contempladas e reprimidas pelo tipo do art. 312, §1º, do CP; as consequências do crime não foram reparadas.

Com relação ao acusado ARÃO DOS SANTOS MARTINS, o magistrado considerou que: sua conduta social nada revela de excepcional; seus antecedentes são bons, embora tenha contra si sentença com trânsito em julgado; sua culpabilidade demonstra grau intenso de dolo; denota personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio; as circunstâncias do crime nada revelam de excepcional; as consequências do crime não foram reparadas.

Em relação ao acusado ENÉAS DE SOUZA FONSECA, o julgador considerou que: sua conduta social e personalidade nada revelam de excepcional; o motivo do crime foi ambição; sua culpabilidade demonstra grau intenso de dolo; as circunstâncias do crime já são contempladas e reprimidas pelo tipo do art. 312, §1º, do CP; as consequências do crime não foram reparadas.

Entendo, no entanto, que os motivos do crime não podem ser valorados de forma negativa, na medida em que não foram expostos quaisquer motivos imorais ou anti-sociais que levaram os acusados a praticarem o crime, além daquele inerente ao próprio elemento subjetivo do tipo, a fim de influenciar na fixação da pena-base.

Diante disso, para os acusados Walter e Arão, considerando que 03 (três) das 08 (oito) circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP são desfavoráveis, e atento ao preceito contido no art. 171, § 3º, do Código Penal, imponho-lhes a pena-base de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, devidamente corrigido.

*Em razão da causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal, consistente na prática do delito em detrimento de entidade de direito público, majoro a pena em 1/3 (um terço), **tornando-a definitiva em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 30(trinta) dias-multa**, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

Com relação ao acusado Enéas, considerando que 02 (duas) das 08 (oito) circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP são desfavoráveis, atento ao preceito contido no art. 171, § 3º, do Código Penal, imponho-lhe a pena-base de 02 (dois) anos de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, devidamente corrigido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Em razão da causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal, consistente na prática do delito em detrimento de entidade de direito público, majoro a pena em 1/3 (um terço), **tornando-a definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 30(trinta) dias-multa**, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.*

Considerando a presença dos pressupostos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do CP, tendo em vista que a pena privativa de liberdade aplicada não é superior a quatro anos, que o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, que os réus não são reincidentes em crime doloso e que as circunstâncias judiciais, apesar de algumas serem desfavoráveis, indiciam que a substituição da pena é suficiente para a reprovação do crime, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo da execução." (fls. 18/19)

A fixação das reprimendas está a merecer reparos.

As instâncias ordinárias consideraram como desfavorável a circunstância judicial referente à personalidade na fixação das penas-base de WALTER FERREIRA RIBEIRO e de ARÃO DOS SANTOS MARTINS, sob fundamento de que reiteradamente praticariam delitos contra o patrimônio.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que a aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão. Assim, no caso, é indevida a valoração negativa da personalidade realizada pelo magistrado sentenciante.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima).

II - In casu, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.

III - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.

V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Habeas corpus concedido." (HC 136.685/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 07/12/2009.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO ALEGADO. MINORAÇÃO DO ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE. INCIDÊNCIA. 2. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS ADVERSOS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 3. PERSONALIDADE. VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. NOVO DELITO PRATICADO QUANDO EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO CARCERÁRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. 5. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. Não há nos autos documentação comprobatória suficiente para a aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido acerca dos antecedentes e da reincidência de um dos paciente, devendo, contudo, o acréscimo pela agravante ser minorado, ante o princípio da proporcionalidade.

2. Considerar a culpabilidade, as consequências e as circunstâncias como desfavoráveis não é possível, em virtude da fundamentação inidônea empregada, sob as assertivas de que os acusados 'tinham plena consciência da ilicitude de suas condutas' e que essas circunstâncias 'lhes prejudicam'.

3. Mencionar que a personalidade é voltada para a prática delituosa não basta para negativar a referida circunstância judicial, pois não foram expostos dados concretos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo.

4. Terem os pacientes cometido o delito enquanto cumpriam pena no regime aberto, não desmerece a conduta social, pois a punição pelo ocorrido é a regressão de regime carcerário do apenado, não devendo, novamente, em sede de aplicação da reprimenda pelo novo delito, ter como desfavorável a dita circunstância judicial, eis que caracteriza uma dupla punição, incidindo, assim, em inaceitável bis in idem.

5. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as reprimendas." (HC 128.368/MS, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 06/09/2010.)

Igualmente, agora em relação aos três Pacientes, valorou-se negativamente as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade (tendo em vista ter sido o crime praticado visando a obtenção de aposentadoria que não seria devida) e à ausência de reparação dos danos causados pelos delitos.

Prefacialmente relembra-se que, conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos, concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua consideração.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTOS FALSOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DOS ACUSADOS. INTENSIDADE DO DOLO, MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA NULA. PRECEDENTES DO STJ.

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 – observado o critério trifásico –, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Na hipótese, quanto à circunstância relativa à culpabilidade dos pacientes, verifica-se que o magistrado, impropriamente, sopesou a intensidade do dolo da conduta delitiva, consubstanciado apenas no argumento vago e genérico da consciência destes de participação de uma organização criminosa.

3. A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.

4. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte e no Pretório Excelso, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para majorar a pena-base.

5. Por fim, quanto à personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando-se dos envolvimento penais pretéritos dos agentes ("propósitos voltados para a atividade criminosa"), novamente, de forma imprópria, majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.

6. *Ordem concedida para, mantida a condenação dos pacientes, anular a sentença condenatória tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada, observando-se devidamente o critério trifásico, o qual deverá ser devidamente fundamentado e sem o aumento relativo aos maus antecedentes em relação ao réu Douglas Antunes.*" (HC 50.331/PB, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 06/08/2007.)

Todavia, observa-se que a obtenção de vantagem ilícita e o prejuízo suportado pela vítima são elementos integrantes do próprio tipo penal de estelionato, razão pela qual não possuem o condão de, isoladamente e desacompanhadas de outros elementos que demonstrem a sua excepcionalidade, agravarem, respectivamente, a culpabilidade e as consequências do crime.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ESTELIONATO. CONDENAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO.

1. Não serve para justificar o aumento da pena-base o fim lucrativo do paciente, o que tornaria intensa sua culpabilidade, pois tal circunstância é inerente ao próprio tipo penal de estelionato, crime contra o patrimônio, que depende, para sua configuração, da obtenção de "vantagem ilícita em prejuízo alheio".

2. É pacífica a compreensão desta Corte de que a existência de processo em curso não pode levar ao aumento da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não-culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu.

3. Reduzida a pena imposta ao paciente, é de rigor o reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva, de forma retroativa, haja vista o decurso de mais de 2 (dois) anos entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, a teor do disposto no art. 109, VI, c/c o art. 110, § 1º, ambos do Código Penal.

4. Habeas corpus concedido para reduzir a pena imposta ao paciente a 8 (oito) meses de reclusão, declarada, de ofício, extinta a punibilidade, pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva." (HC 96.447/MG, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 14/12/2009.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA. AFASTAMENTO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FURTO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE REPARAÇÃO DO DANO. VALORAÇÃO NEGATIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Incabível o afastamento das qualificadoras de concurso de agentes e escalada, pois tal exigiria um minucioso exame do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que, para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, na espécie, nenhuma das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação.

3. As consequências do crime que estejam subsumidas ao próprio tipo penal de furto qualificado não podem servir para aumentar a pena-base nos termos do art. 59 do Código Penal.

4. 'Cuidando-se de crime duplamente qualificado, uma das circunstâncias justifica o deslocamento do preceito sancionador para o tipo derivado, podendo a outra figurar como agravante ou circunstância judicial' (HC 104.071/MS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 25/5/09).

5. Correto o Tribunal de origem, ao manter a sentença no tocante à impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, concluindo que o paciente não preenche os requisitos contidos no art. 44 do Código Penal.

6. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 10 meses de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 4 dias-multa." (HC 158.887/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 02/08/2010.)

Ademais, na sistemática do Código Penal, a eventual reparação dos danos causados deve ser verificada na segunda fase da dosimetria da pena e, uma vez constatada, é causa de atenuação obrigatória da pena (art. 65, inciso III, alínea "a"). Por outro lado, contudo, a sua ausência não é prevista como causa de agravamento da reprimenda. Sendo assim, não se mostra da melhor técnica ponderá-la quando da análise das circunstâncias judiciais de delito contra o patrimônio, no qual o prejuízo da vítima é ínsito ao tipo penal.

Sobre o tema:

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA. AFASTAMENTO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FURTO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE REPARAÇÃO DO DANO. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Incabível o afastamento das qualificadoras de concurso de agentes e escalada, pois tal exigiria um minucioso exame do acervo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus.

2. *É firme a orientação deste Tribunal no sentido de que, para a incidência do privilégio inscrito no § 2º do art. 155 do Código Penal, é imperativo não incidir, na espécie, nenhuma das hipóteses qualificadoras do crime de furto, em que prevalece o desvalor da ação.*

3. *As consequências do crime que estejam subsumidas ao próprio tipo penal de furto qualificado não podem servir para aumentar a pena-base nos termos do art. 59 do Código Penal.*

4. *'Cuidando-se de crime duplamente qualificado, uma das circunstâncias justifica o deslocamento do preceito sancionador para o tipo derivado, podendo a outra figurar como agravante ou circunstância judicial' (HC 104.071/MS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 25/5/09).*

5. *Correto o Tribunal de origem, ao manter a sentença no tocante à impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, concluindo que o paciente não preenche os requisitos contidos no art. 44 do Código Penal.*

6. *Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 10 meses de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 4 dias-multa." (HC 158.887/SP. 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 02/08/2010.)*

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. (1) ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. (2) PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. ILAÇÃO INDEVIDA. FULCRO EM FEITOS PENDENTES DE JULGAMENTO. (3) CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO REPARAÇÃO DO PREJUÍZO. CRIME DE FURTO. PARTICULARIDADE ÍNSITA AO TIPO. IMPOSSIBILIDADE. (4) CIRCUNSTÂNCIAS. CONCURSO DE AGENTES. BIS IN IDEM. FURTO QUALIFICADO. CONSTRANGIMENTO AUSÊNCIA. QUALIFICADORA DE ESCALADA. COMPARSARIA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (5) PENA BASE. ACIMA DO MÍNIMO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO. PENA SUBSTITUTIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Não é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal - a título de antecedentes ou de personalidade voltada para o crime - a existência de ações penais em curso contra o paciente ou a motivação do crime própria do tipo penal.*

2. ***No universo do crime de furto, a reparação do dano pode repercutir favoravelmente ao agente; contudo, a ausência de tal procedimento não pode militar negativamente visto que tal particularidade já se encontra valorada pelo legislador no âmbito de reprovabilidade do próprio tipo penal.***

3. *Cuidando-se de crime duplamente qualificado, uma das circunstâncias justifica o deslocamento do preceito sancionador para o tipo derivado, podendo a outra figurar como agravante ou circunstância judicial.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, justifica-se, a teor do art. 33, § 3.º, do Código Penal, a fixação do regime inicial semiaberto e, nos moldes do art. 44, III, do mesmo diploma legal, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

5. *Ordem concedida para, reconhecendo a indevida exasperação da pena base, redimensioná-la, de cinco anos de reclusão e cento e oitenta dias multa, no mínimo legal, com regime inicial fechado, para dois anos, quatro meses e quinze dias de reclusão, com regime inicial semiaberto, e vinte e dois dias multa, no mínimo legal, remanescendo, no mais, o arresto atacado." (HC 104.071/MS, 6ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 25/05/2009 - sem grifo no original.)*

Passa-se à readequação da pena dos três Pacientes

Fica afastada a valoração negativa da culpabilidade, da personalidade e das consequências do crime, indevidamente considerados. Não havendo outra circunstância judicial negativa, reduzo a pena-base para o mínimo legal de 1 (um) ano e 10 (dez) dias-multa, patamar que, pela ausência de atenuantes e agravantes, mantenho provisoriamente. Faço incidir a causa de aumento do art. 171, § 3º, do Código Penal, e majoro a reprimenda em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em **1 (um) ano e 4 (quatro) meses e pagamento de 13 (treze dias-multa), no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias.**

Entretanto, compulsando os autos, e conforme andamento processual que faço juntar aos autos, verifica-se que, entre a publicação da sentença (17/10/2003) e a prolação do acórdão impetrado (18/03/2008), transcorreu prazo superior a 4 (quatro) anos, razão pela qual houve a extinção da pretensão punitiva, pela consumação da prescrição superveniente, nos termos do art. 109, inciso V c.c. o art. 114, inciso II, do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO a ordem, na forma do pedido alternativo, para reduzir as penas para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor fixado na sentença e de ofício, DECLARO extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. os arts. 109, inciso V, e 114, inciso II, do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0105910-8

HC 106.459 / PA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200039000101224 200700104423

EM MESA

JULGADO: 23/11/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. HELENITA AMELIA CAIADO DE ACIOLI

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO	: PAULO ALFREDO UNES PEREIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1A REGIÃO
PACIENTE	: ARÃO DOS SANTOS MARTINS
PACIENTE	: ENÉAS DE SOUZA FONSECA
PACIENTE	: WALTER FERREIRA RIBEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

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, concedeu parcialmente a ordem e, de ofício, declarou extinta a punibilidade, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 23 de novembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário