



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.109 - SP (2014/0197121-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : EDSON MENDONCA JUNQUEIRA E OUTROS
ADVOGADO : EDSON MENDONÇA JUNQUEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICHARD SEDRIC PIRES SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. PRESENTE *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO PARCIALMENTE RESSARCIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ABUSO DE CONFIANÇA. ELEMENTOS INERENTES AO DELITO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO ATÉ O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. FALTA DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A APLICAÇÃO TARDIA DA MEDIDA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

3. Na espécie, as instâncias de origem não arrolaram elementos concretos, que justificassem o acréscimo da pena-base. A ausência do ressarcimento integral do prejuízo não constitui fundamentação adequada para justificar a valoração negativa das consequências do crime, pois é resultado do próprio tipo penal violado. Outrossim, o fato da vítima ser entidade que presta assistência médica já é objeto de valoração específica, decorrente da aplicação da causa de aumento.

4. O abuso da confiança que foi deferida ao acusado é também circunstância inerente ao crime de estelionato, onde seu agente utiliza-se, como de fato o fez, de meio fraudulento, para induzir o ofendido a erro.

5. Tratando-se de pena inferior a 4 anos, de réu primário, de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, a estipulação do regime inicial aberto é apropriada, sendo também de rigor a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

6. Se o processo ainda não alcançou termo e não há qualquer alteração processual a revelar necessidade do encarceramento cautelar, deve-se reconhecer que não se afigura plausível a privação da liberdade.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valoração negativa dada às circunstâncias do crime, alterar o regime inicial de cumprimento de pena, proceder à substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, e ratificar a liminar outrora deferida, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Tribunal *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.109 - SP (2014/0197121-5)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : **EDSON MENDONCA JUNQUEIRA E OUTROS**
ADVOGADO : **EDSON MENDONÇA JUNQUEIRA E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **RICHARD SEDRIC PIRES SILVA**

RELATÓRIO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RICHARD SEDRIC PIRES SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0003429-88.2011.8.26.0066).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 171, § 3º, n.f. do art. 71, ambos do Código Penal, às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, mais pagamento de 98 (noventa e oito) dias-multa.

A defesa, insatisfeita, interpôs recurso de apelação, no qual buscava, preliminarmente, a anulação do feito. No mérito, pugnava pela absolvição do acusado, fosse por ausência de provas ou atipicidade da conduta, ou, o redimensionamento da pena e modificação do regime prisional.

A Corte de origem deu parcial provimento ao apelo, apenas para reduzir a pena imposta ao sentenciado, nos seguintes termos (fls. 96/100):

5 - A dosimetria comporta pequeno reparo.

As penas-base foram fixadas acima dos mínimos legais (01 ano e 06 meses de reclusão e 11 dias-multa), porque consideradas negativas as circunstâncias do crime (praticado com abuso de confiança) e as suas consequências (não houve ressarcimento integral). Tais fatores, nos termos do artigo 59, do Código Penal, justificam a elevação das básicas.

Desmerece maiores digressões a alegada falta de cautela da vítima na conferência dos dados que lhe foram apresentados, pois é a conduta delinquente do réu que está em julgamento.

Por outro lado, cuidando-se de instituição que presta assistência médica aos portadores de câncer de todo o país, qualquer que seja o desfalque, graves são as consequências geradas para o atendimento dos pacientes.

Na segunda fase, nada foi considerado.

Entretanto, o acionado faz jus à incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, b, do Código Penal, porquanto procurou minorar o prejuízo ocasionado por sua conduta.

Em razão disso, as penas-base retornam aos patamares mínimos.

Na terceira etapa, fica mantido o acréscimo decorrente da causa de aumento de pena do § 3º, do artigo 171, do Código Penal. Nesse ponto, não há qualquer dúvida, ante a documentação encartada as fls. 06/20, de que o crime foi cometido em detrimento de instituto de assistência social.

Bem reconhecida também a continuidade delitativa, operou-se acréscimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 2/3, dada a quantidade expressiva de crimes: foram provados sete.

De acordo com a doutrina e a jurisprudência, o melhor critério a ser considerado para dosar o quantum de aumento da pena no crime continuado é o do número de infrações cometidas (TACrimSP, ACrim 1.043.343, 12ª Câmara, rel. Juiz Ary Casagrande, j. 10-3-1997, RT, 746:610 e 613).

As multas foram somadas, em respeito ao artigo 72, do Código Penal, o qual prevê que “No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente”.

É verdade que, a esse respeito, reina divergência na jurisprudência. Corrente altamente respeitável sustenta que, sendo o crime continuado, por ficção jurídica, crime único, não se lhe aplica o disposto no artigo 72, do Código Penal. A pecuniária teria que ser unificada nos termos do artigo 71.

Entretanto, não é este, com todo o respeito que merecem os que assim pensam, o meu entendimento.

O artigo 71, do Código Penal, ao estabelecer as condições para o reconhecimento da continuidade delitiva, menciona a existência de mais de uma ação ou omissão, consubstanciando dois ou mais crimes. Concurso de crimes, portanto, pouco importando que, para fins de aplicação de pena, por medida de política criminal, a fim de se evitarem penas privativas de liberdade excessivamente longas, que esta é sua razão histórica, sejam eles unificados. Só se unifica, aliás, o que é múltiplo. E a unificação é apenas e exclusivamente para fins de imposição de pena, como reza o referido dispositivo legal.

Uma série de crimes, naquelas condições, se consideram em continuação, para se aplicar a pena de um só deles, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. A unificação da pena não tem o condão de afastar a realidade do concurso de crimes, que o próprio dispositivo legal reconhece.

E a unificação só alcança as penas privativas de liberdade, porque assim quis o legislador. Nada o impediria de dar o mesmo tratamento à pecuniária. Mas isso ficou afastado, expressamente, no artigo 72, que, desenganadamente, excepcionou a regra da unificação das privativas de liberdade, em qualquer das modalidades de concurso de crimes. Se o intuito do legislador fosse o de excluir o concurso resultante da continuidade delitiva, por considerá-la uma unidade para todos os fins, teria feito anteceder a restrição do artigo 72 à definição do crime continuado. Procedendo de maneira diversa, deixou claro que a restrição se lhe aplica. A sistematização dos dispositivos, portanto, não deixa dúvida de que o artigo 72 se aplica ao artigo 71.

Destarte, resultam definitivas as penas em 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 80 dias-multa.

O valor do dia-multa foi fixado em um salário mínimo, considerada a capacidade financeira do réu, que é médico, com rendimentos mensais em torno de R\$ 20.000,00. Bem justificado na sentença recorrida, não comporta qualquer reparo ou modificação.

Também se justificou a impropriedade da substituição da pena carcerária por restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44, inciso III, do Código Penal (fls. 312). Ausente o requisito subjetivo, realmente a substituição não se mostra socialmente recomendável nem suficiente à reprovação e prevenção dos crimes cometidos.

6.- O regime prisional estabelecido inicial semiaberto mostra-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conveniente, de acordo com o artigo 33, § 3º, do mesmo codex. Fundamentou-se na natureza e quantidade de pena e na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Mais não era necessário dizer.

7.- Pelo exposto, repelidas as preliminares, dou provimento parcial ao apelo, a fim de reduzir as penas do réu para 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 80 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença, inclusive por seus próprios e jurídicos fundamentos. Esgotadas as vias impugnativas, expeça-se mandado de prisão.

Alegam os impetrantes, inicialmente, que serão interpostos recurso especial e extraordinário, mas, em razão da existência de ilegalidade, impetrou-se *habeas corpus* em razão de sua celeridade e da existência de ilegalidade manifesta.

Aduzem que a Corte de origem determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, salientando que o paciente responde ao processo em liberdade.

Esclarecem que já foi expedido mandado de prisão em desfavor do paciente (fl. 105).

Asserem que o acórdão combatido não justificou a necessidade da custódia cautelar do paciente. Invocam precedentes desta Corte que não admitem a execução provisória da pena.

Argumentam, ainda, que a pena-base foi aumentada em razão de circunstâncias inerentes ao tipo penal (abuso de confiança e prejuízo), incorrendo em *bis in idem*.

Consignam que o aumento da pena-base, em razão das circunstâncias desfavoráveis, impediu a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, cabíveis no caso em apreço.

Destacam que o Promotor de Justiça que atuou em primeiro grau, em seu parecer, foi favorável à fixação do regime aberto e à substituição.

Requerem, liminarmente, a expedição de contramandado de prisão, permitindo-lhe aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação.

No mérito, pretendem a confirmação da medida liminar, a redução da pena-base no mínimo legal, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O pleito liminar foi deferido, em 13.8.2014, "para assegurar ao paciente, nos autos n.º 066.01.2011.003429-0, o direito de aguardar em liberdade o julgamento definitivo deste *writ* pela Turma ou o trânsito em julgado da condenação"(fls. 310/316).

As informações foram juntadas às fls. 332/343 e 345/374.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Mario José Gisi, pelo não conhecimento do *writ*, ou, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecido, pela denegação da ordem.

Estes autos foram distribuídos por prevenção ao HC 223.907/SP, impetrado em favor do ora paciente e julgado prejudicado em 3.2.2014.

Na origem, os autos aguardam julgamento de embargos de declaração opostos ao acórdão ora impugnado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 301.109 - SP (2014/0197121-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. PRESENTE *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO PARCIALMENTE RESSARCIDO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ABUSO DE CONFIANÇA. ELEMENTOS INERENTES AO DELITO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO ATÉ O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. FALTA DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A APLICAÇÃO TARDIA DA MEDIDA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*.

3. Na espécie, as instâncias de origem não arrolaram elementos concretos, que justificassem o acréscimo da pena-base. A ausência do ressarcimento integral do prejuízo não constitui fundamentação adequada para justificar a valoração negativa das consequências do crime, pois é resultado do próprio tipo penal violado. Outrossim, o fato da vítima ser entidade que presta assistência médica já é objeto de valoração específica, decorrente da aplicação da causa de aumento.

4. O abuso da confiança que foi deferida ao acusado é também circunstância inerente ao crime de estelionato, onde seu agente utiliza-se, como de fato o fez, de meio fraudulento, para induzir o ofendido a erro.

5. Tratando-se de pena inferior a 4 anos, de réu primário, de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, a estipulação do regime inicial aberto é apropriada, sendo também de rigor a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

6. Se o processo ainda não alcançou termo e não há qualquer alteração processual a revelar necessidade do encarceramento cautelar, deve-se reconhecer que não se afigura plausível a privação da liberdade.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar a valoração negativa dada às circunstâncias do crime, alterar o regime inicial de cumprimento de pena, proceder à substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, e ratificar a liminar outrora deferida, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Tribunal *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

VOTO

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cuida-se, em verdade, de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial que, a rigor de técnica, e, em prestígio à lógica do sistema recursal, não deveria ser processado.

A compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

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.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012).

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à análise da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao pedido de redução da pena, cumpre deixar assentado que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na seqüência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada. (HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada. 4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados. (HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do *habeas corpus*, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente *mandamus* tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o *habeas corpus* presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa. 6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

Assim, a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

Na espécie, colhe-se da sentença condenatória, *in verbis* (fls. 48/51):

Em relação às oito circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal:

Não há elementos que justifiquem a exasperação da pena-base relacionados à culpabilidade do réu. Nada indica que a relação potencial conhecimento da ilicitude/exigibilidade de conduta diversa mereça nova consideração além daquela efetuada quando da verificação da culpabilidade como última etapa do conceito analítico do crime.

A conduta social do acusado não pesa em seu desfavor ante a falta de evidências de que sua atuação social seja consideravelmente negativa.

Sem elementos quanto à personalidade do agente em seu sentido juridicamente mais aceito. Sentido esse que demandaria maior pesquisa sobre a formação moral e sobre o temperamento do réu.

Os motivos também são neutros, já que naturais para o tipo de infração.

As circunstâncias da infração penal pesam contra o réu, que prestava serviços à vítima. O réu abusou da confiança que lhe era depositada tanto por seus sócios quanto pela vítima, que pagava pelos procedimentos antes de efetiva verificação de sua prestação.

As conseqüências pesam contra o réu, já que não houve ressarcimento integral do prejuízo (fls. 276).

O comportamento da vítima não influenciou no ânimo do réu.

Por fim, e atento à sumula 444 do Superior Tribunal de Justiça, o réu não ostenta maus antecedentes.

Da análise das oito circunstâncias judiciais do artigo 59, conclui-se que há razões para exasperação, uma vez que as circunstâncias em que praticado o crime e suas conseqüências merecem consideração negativa, motivo pelo qual, tendo em conta o intervalo entre máxima e mínima abstratamente cominadas ao delito (01 a 05 anos de reclusão), fixo a pena base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e em 11 (onze) dias multa.

Não vislumbro agravantes ou atenuantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Incide sobre a pena provisória a causa de aumento de pena prevista pelo parágrafo 3º do artigo 171, uma vez que o crime foi cometido em prejuízo de reconhecida instituição filantrópica que presta assistência médica a portadores de câncer de todo o país (Hospital do Câncer de Barretos). Assim, aumento em um terço a pena provisória que chega a 02 (dois) anos de reclusão e 14 (catorze) dias multa.

O réu, através de mais de uma ação, praticou diversos delitos de estelionato homogêneos quanto aos seus predicados. Para a consecução de todos, utilizou-se de um mesmo ardil.

Assim, reconheço a existência da continuação criminosa e aumento em dois terços a pena, que chega, então, a 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Impossível qualquer outra fração de aumento ante o significativo número de crimes praticados. Friso que a fraude efetivamente comprovada ocorreu durante sete meses, o que importa em, no mínimo, sete relatórios fraudulentos confeccionados pelo réu e em sete vantagens indevidas recebidas. Tudo de forma a justificar o pagamento de mais de 200 (duzentos) procedimentos fictícios (fls. 37).

Nos termos do artigo 72 do Código Penal, a pena de multa monta a 98 (noventa e oito) dias-multa. Considerando a qualificação e situação econômica do réu, fixo o valor do dia-multa em 01 (um) salário mínimo nacional.

Diante da natureza e da quantidade de pena e da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o réu deverá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime inicial semiaberto. Pelos mesmos motivos inviável substituição da reprimenda corporal conforme artigo 44 do Código Penal.

O Tribunal de origem, entendendo que o acusado faria jus à incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "b", do Código Penal, redimensionou a pena estabelecida na sentença condenatória, nos seguintes termos (fls. 96/100):

5 - A dosimetria comporta pequeno reparo.

As penas-base foram fixadas acima dos mínimos legais (01 ano e 06 meses de reclusão e 11 dias-multa), porque consideradas negativas as circunstâncias do crime (praticado com abuso de confiança) e as suas consequências (não houve ressarcimento integral). Tais fatores, nos termos do artigo 59, do Código Penal, justificam a elevação das básicas.

Desmerece maiores digressões a alegada falta de cautela da vítima na conferência dos dados que lhe foram apresentados, pois é a conduta delincente do réu que está em julgamento.

Por outro lado, cuidando-se de instituição que presta assistência médica aos portadores de câncer de todo o país, qualquer que seja o desfalque, graves são as consequências geradas para o atendimento dos pacientes.

Na segunda fase, nada foi considerado.

Entretanto, o acionado faz jus à incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, b, do Código Penal, porquanto procurou minorar o prejuízo ocasionado por sua conduta.

Em razão disso, as penas-base retornam aos patamares mínimos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na terceira etapa, fica mantido o acréscimo decorrente da causa de aumento de pena do § 3º, do artigo 171, do Código Penal. Nesse ponto, não há qualquer dúvida, ante a documentação encartada as fls. 06/20, de que o crime foi cometido em detrimento de instituto de assistência social.

Bem reconhecida também a continuidade delitiva, operou-se acréscimo de 2/3, dada a quantidade expressiva de crimes: foram provados sete.

De acordo com a doutrina e a jurisprudência, o melhor critério a ser considerado para dosar o quantum de aumento da pena no crime continuado é o do número de infrações cometidas (TACrimSP, ACrim 1.043.343, 12ª Câmara, rel. Juiz Ary Casagrande, j. 10-3-1997, RT, 746:610 e 613).

As multas foram somadas, em respeito ao artigo 72, do Código Penal, o qual prevê que “No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente”.

É verdade que, a esse respeito, reina divergência na jurisprudência. Corrente altamente respeitável sustenta que, sendo o crime continuado, por ficção jurídica, crime único, não se lhe aplica o disposto no artigo 72, do Código Penal. A pecuniária teria que ser unificada nos termos do artigo 71.

Entretanto, não é este, com todo o respeito que merecem os que assim pensam, o meu entendimento.

O artigo 71, do Código Penal, ao estabelecer as condições para o reconhecimento da continuidade delitiva, menciona a existência de mais de uma ação ou omissão, consubstanciando dois ou mais crimes. Concurso de crimes, portanto, pouco importando que, para fins de aplicação de pena, por medida de política criminal, a fim de se evitem penas privativas de liberdade excessivamente longas, que esta é sua razão histórica, sejam eles unificados. Só se unifica, aliás, o que é múltiplo. E a unificação é apenas e exclusivamente para fins de imposição de pena, como reza o referido dispositivo legal.

Uma série de crimes, naquelas condições, se consideram em continuação, para se aplicar a pena de um só deles, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. A unificação da pena não tem o condão de afastar a realidade do concurso de crimes, que o próprio dispositivo legal reconhece.

E a unificação só alcança as penas privativas de liberdade, porque assim quis o legislador. Nada o impediria de dar o mesmo tratamento à pecuniária. Mas isso ficou afastado, expressamente, no artigo 72, que, desenganadamente, excepcionou a regra da unificação das privativas de liberdade, em qualquer das modalidades de concurso de crimes. Se o intuito do legislador fosse o de excluir o concurso resultante da continuidade delitiva, por considerá-la uma unidade para todos os fins, teria feito anteceder a restrição do artigo 72 à definição do crime continuado. Procedendo de maneira diversa, deixou claro que a restrição se lhe aplica. A sistematização dos dispositivos, portanto, não deixa dúvida de que o artigo 72 se aplica ao artigo 71.

Destarte, resultam definitivas as penas em 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 80 dias-multa.

O valor do dia-multa foi fixado em um salário mínimo, considerada a capacidade financeira do réu, que é médico, com rendimentos mensais em torno de R\$ 20.000,00. Bem justificado na sentença recorrida, não comporta qualquer reparo ou modificação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, verifica-se que as instâncias de origem não arrolaram elementos concretos, que justificassem o acréscimo da pena-base. É de registrar que não constitui fundamentação adequada considerar as **consequências** como desfavoráveis apenas pela alegação de que não houve o ressarcimento integral do prejuízo.

Com efeito, o prejuízo à vítima é resultado do próprio tipo penal violado - art. 171 do Código Penal: "Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento" - sendo, portanto, comum nessa espécie de delito.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. PREJUÍZO À VÍTIMA. CONSEQUÊNCIA DESFAVORÁVEL. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Muito embora as condenações anteriores do agente não estejam abrangidas pelo conceito de personalidade do agente, se prestam a fundamentar validamente o aumento da pena-base como maus antecedentes, ensejando, do mesmo modo, a exasperação da pena, em igual patamar. Precedentes.

2. Salvo quando considerável o prejuízo causado à vítima, não pode a vaga referência ao dano razoável, sem maiores esclarecimentos, servir de base para a exasperação, na medida em que constitui circunstância inerente ao tipo penal incriminador, qual seja: o estelionato. Precedente do STJ.

3. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão impugnados, reduzindo as penas nos termos explicitados no voto.

(HC 165.057/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Ademais, a Corte bandeirante não logrou demonstrar a excepcionalidade das consequências geradas para o atendimento aos pacientes, valendo-se de considerações genéricas. Outrossim, o fato da vítima ser entidade que presta assistência médica já é objeto de valoração específica, decorrente da aplicação da causa de aumento.

No tocante às **circunstâncias** do crime tampouco foi apresentada fundamentação idônea. Isso porque o abuso da confiança que foi deferida ao paciente é também circunstância inerente ao crime de estelionato, onde seu agente utiliza-se, como de fato o fez, de meio fraudulento, para induzir o ofendido a erro.

Nesse sentido, confira-se:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO (51 VEZES). CRIME CONTINUADO. PENA CONCRETIZADA: 6 ANOS DE RECLUSÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO QUÁDRUPLO DO MÍNIMO LEGAL, EM 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO ADSTRITA ÀS CONSEQÜÊNCIAS DO DELITO. DESPROPORCIONALIDADE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA TÃO-SOMENTE PARA DIMINUIR A PENA DO PACIENTE PARA 3 ANOS E 9 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, PORÉM.

1. A pena deve ser fixada com estrita observância dos arts. 59 e 68 do CPB, porquanto a fuga dos parâmetros estabelecidos legalmente ou a ausência de fundamentação válida no momento da dosimetria da pena constitui constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio de Habeas Corpus, sempre que não houver necessidade de dilação probatória, pois pode submeter o apenado à prisão por tempo superior ou inferior ao que seria admissível e adequado para a prevenção e reprovação do delito.

2. A confiança da vítima no agente está ínsito no crime de estelionato, no qual o executor utiliza-se de ardil ou qualquer outro meio fraudulento para induzir o ofendido ao erro e, por isso, não pode ser utilizada como justificativa para majorar a pena base, sob pena de bis in idem.

3. Em que pese as conseqüências do crime serem amplamente aceitas como fundamento para a exasperação da pena base acima do mínimo legal, esse fato, isoladamente, é insuficiente para lastrear aumento da pena-base no quádruplo do mínimo legal, salvo situações excepcionalíssimas, que devem ser, também, concretamente delineadas pelo Julgador no momento da dosimetria da pena (art. 93, IX da CF/88).

4. Parecer do MPF pela denegação do writ.

5. Ordem concedida, porém, para, mantida a condenação, diminuir a pena-base para 1 ano e 9 meses de reclusão, mantida a posterior majoração, de sorte a totalizar 3 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

(HC 114.939/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 16/02/2009)

Dessarte, necessário redimensionar a pena. Diante do afastamento das circunstâncias negativamente valoradas, fixo a pena-base no mínimo legal de 1 (um) ano de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

Mesmo reconhecida a presença da atenuante prevista no art. 65, III, b, do Código Penal, não há como aplicar a redução, diante do enunciado da Súmula n.º 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, mantidos os acréscimos decorrentes da causa de aumento prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal e da continuidade delitiva, a sanção final é a mesma estabelecida pela Corte de origem, ou seja, 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais pagamento de 80 (oitenta) dias-multa.

No que se refere ao regime prisional, verifica-se que o julgador estabeleceu o semiaberto, "diante da natureza e da quantidade de pena e da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal apenas reiterou este entendimento.

Ocorre que, com o afastamento da valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, e fixação da pena-base no mínimo legal, não subsiste razão legítima para justificar a permanência do regime intermediário como inicial para o cumprimento da pena.

Nos termos do artigo 33, § 2.º, "c" e § 3.º, c.c. o artigo 59, do Código Penal, tem-se que fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, e não sendo o condenado reincidente, a estipulação do regime inicial aberto é apropriada.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO SIMPLES NA FORMA TENTADA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Reconhecida a primariedade do acusado e inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena com base na gravidade abstrata do delito, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal e nas Súmulas n.º 440/STJ e 718/719/STF.

2. Constata-se que, no caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que a Paciente, conforme observado no acórdão combatido, não preenche os requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal, notadamente por possuir condenação não transitada em julgado por outro crime de roubo. Precedente.

3. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação e o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, fixar o regime aberto como regime inicial para cumprimento de pena.

(HC 196.582/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 02/12/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. NECESSIDADE DE ANÁLISE E VALORAÇÃO DE PROVA. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. REGIME INICIAL MAIS SEVERO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA APENAS NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. SÚMULA 718/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Alegações de fragilidade do conjunto probatório coligido em desfavor do paciente demandam, inexoravelmente, apreciação e valoração de matéria fático-probatória, vedadas nesta via. Precedentes.

2. Nos termos da Súmula 718/STF, 'A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada'.

3. Na hipótese, a fixação pelo Tribunal *a quo* do regime inicial fechado pela prática do crime de roubo na forma tentada, com base apenas na gravidade genérica do delito, constitui constrangimento ilegal, por inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do referido diploma legal.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, a aplicação de regime prisional mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda atenta contra o art. 33, § 3º, do referido diploma legal.

5. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. (HC 55.808/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23.05.2006, DJ 19.06.2006 p. 172.)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado no enunciado n.º 719:

Enunciado n.º 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Tratando-se de pena inferior a 4 anos, de réu primário, de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, é de rigor a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Nesse sentido, essa Corte já se posicionou:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Estando presentes os requisitos permissivos do art. 44, *caput* e parágrafos, do Código Penal, tanto que, dentre outros fatores, a pena-base foi fixada no mínimo legal - porque favoráveis todas as circunstâncias judiciais -, é de ser permitida a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

Precedentes.

3. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício para, reformando o acórdão, determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções.

(HC 288.587/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. HEDIONDEZ AFASTADA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO.

- No caso, considerando que o crime praticado pelo ora paciente - associação para o tráfico - foi cometido na vigência da Lei 6.368/1976 (meses de abril a junho de 2005), a pena aplicada (três anos de reclusão), bem como a primariedade do paciente e os seus bons antecedentes, mostra-se possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal. Atento às mesmas balizas, cabível também a substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos. Precedentes desta Corte.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 272.704/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 24/02/2014)

Resta examinar o apontado constrangimento decorrente da prisão cautelar do réu, antes do trânsito em julgado da condenação.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá** fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." (NR)

In casu, o juízo de primeiro grau não se pronunciou quanto ao direito do réu para apelar em liberdade, mantendo a situação que já se delineava, pois não há notícia de que estivesse segregado até aquele momento.

O Tribunal, ao modificar a penalidade imposta ao réu, limitou-se a determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente (fl. 105), antes do trânsito em julgado da condenação, sem apontar qualquer fato novo a justificar a segregação cautelar, *verbis*:

7.- Pelo exposto, repelidas as preliminares, dou provimento parcial ao apelo, a fim de reduzir as penas do réu para 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e 80 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença, inclusive por seus próprios e jurídicos fundamentos. Esgotadas as vias impugnativas, expeça-se mandado de prisão. (fl. 100)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre pontuar, ainda, que o increpado teve sua liberdade mantida durante toda a instrução e após a sentença, não havendo informações de que durante este período tenha cometido prática delitativa semelhante ou tomado qualquer medida que ensejasse o encarceramento prematuro.

Ora, a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

Nesse contexto, tenho por equivocado o acórdão neste ponto.

Se o processo ainda não alcançou termo e não há qualquer alteração processual a revelar necessidade do encarceramento cautelar, deve-se reconhecer que não se afigura plausível a privação da liberdade.

Neste sentido, colhem-se os precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE PELA FALTA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONSTITUIR NOVO DEFENSOR, ANTE A RENÚNCIA DO ANTIGO PATRONO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NÃO SE CONSOLIDA, JÁ QUE EFETIVADA A INTIMAÇÃO.

PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA.

IMPOSSIBILIDADE, SE NÃO PRESENTES OS REQUISITOS PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR, COMO NO CASO. PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE.

1. Verifica-se não haver interesse processual quanto ao pedido de afastamento da agravante da reincidência, uma vez que o Tribunal a quo, ao julgar os embargos infringentes e de nulidade interpostos pelo Paciente, efetivou tal providência 2. O Tribunal impetrado não reconheceu a nulidade por ausência de intimação do réu pois, o ora Paciente foi intimado para constituir novo patrono através de carta precatória, em 24/05/2007. E, quanto a intimação da sentença condenatória, o acórdão recorrido afasta a ocorrência de qualquer nulidade uma vez que, o defensor do ora Paciente foi intimado, e ainda, o próprio réu, por ser advogado e deter conhecimento técnico, apresentou, segundo afirma a Corte impetrada, razões de apelação.

3. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o que não se observa, na hipótese.

4. Constata-se, na espécie, entretanto, a ocorrência de ilegalidade por não estar demonstrada a necessidade da medida cautelar. Segundo orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 312 do CPP" (HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 26/02/2010).

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem para assegurar ao ora Paciente o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, à mingua dos requisitos legais para manutenção de sua segregação cautelar.

(HC 135.872/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 10/10/2011)

'Prisão (recolhimento). Réu (em liberdade). Apelação improvida (expedição de mandado). Prisão (caráter provisório). Sentença (trânsito em julgado).

1. Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc.

2. O ato que determina a expedição de mandado de prisão – oriundo de Juiz ou proveniente de Tribunal (do relator de apelação, por exemplo) – há de ser sempre fundamentado.

3. Presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico.

4. Em tese, só se justifica prisão após o trânsito em julgado.

5. É da jurisprudência do Superior Tribunal que o réu, já em liberdade, em liberdade permanecerá até que se esgotem os recursos de índole ordinária.

6. De igual sorte, quanto aos recursos de índole extraordinária.

7. Conforme a Súmula nº 267/STJ, porém, a interposição de recurso não obsta mandado de prisão, desde que, obviamente, a autoridade judiciária competente justifique a prisão, tal como acontece, por exemplo, com a preventiva (art. 315 do Cód. de Pr. Penal).

8. É ilícita a expedição de mandado de prisão sem fundamentação do respectivo ato.

9. Ordem concedida a fim de se garantir liberdade ao paciente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória'.

(HC nº 51.004/SP, Relator o Ministro NILSON NAVES, DJU de 12/6/2006)

Diante do exposto, defiro a liminar para assegurar ao paciente, até o julgamento definitivo deste **writ**, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação."

(HC 67.608/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 10/10/2006)

Ante o exposto, não conheço da impetração. De ofício, concedo a ordem para afastar a valoração negativa dada às circunstâncias e às consequências do crime, alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, procedendo-se à substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, que serão melhor individualizadas pelo Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das Execuções Penais, e ratifico a liminar outrora deferida, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado do Processo n.º 066.01.2011.003429-0, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que o Tribunal *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0197121-5

HC 301.109 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034298820118260066 0660120110034290 20140000457325 3032011
34298820118260066 660120110034290

EM MESA

JULGADO: 04/11/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDSON MENDONCA JUNQUEIRA E OUTROS
ADVOGADO : EDSON MENDONÇA JUNQUEIRA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICHARD SEDRIC PIRES SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato Majorado

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.