



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 348.309 - RJ (2016/0026277-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
EMBARGANTE : SEVERO TEIXEIRA TAVARES
ADVOGADO : CARLO HUBERTH C C E LUCHIONE E OUTRO(S)
EMBARGADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. OMISSÃO CARACTERIZADA. PENA IGUAL A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Resta caracterizada a omissão se o acórdão recorrido deixou de apreciar pedido deduzido expressamente na petição inicial do *habeas corpus*.
2. Presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal.
3. Embargos de declaração acolhidos para o saneamento da omissão, sem alteração do dispositivo do acórdão.

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, acolheu os embargos de declaração, sem efeitos modificativos, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 348.309 - RJ (2016/0026277-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
EMBARGANTE : SEVERO TEIXEIRA TAVARES
ADVOGADO : CARLO HUBERTH C C E LUCHIONE E OUTRO(S)
EMBARGADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

RELATÓRIO

Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora): Trata-se de embargos de declaração interpostos por SEVERO TEIXEIRA TAVARES em face de acórdão proferido por esta Turma assim ementado:

HABEAS CORPUS. ART. 5º, CAPUT, DA LEI Nº 7.492/1986. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DO ART. 61, I, "G", DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO DA CONFIANÇA INERENTE AO TIPO PENAL DO DESVIO/APROPRIAÇÃO INDÉBITA FINANCEIROS. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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, porém, a pena do paciente, condenado pela prática de desvio de valores de instituição financeira (art. 5º da Lei nº 7.492/1986), foi agravada com fundamento na violação da confiança nele depositada (CP, art. 61, I, "g"). Ocorre que o art. 5º da Lei nº 7.492/1986 tipifica um delito especial - que somente pode ser cometido pelos exercentes das funções previstas no art. 25 da mesma lei - fundado exatamente na violação dos deveres inerentes a tais cargos, fazendo com que a quebra da confiança depositada no autor do delito seja ínsita ao tipo penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir as penas impostas ao paciente para 4 (quatro) anos de reclusão, mais 185 (cento e oitenta e cinco) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Sustenta o Embargante que o acórdão embargado, conquanto tenha, ao afastar a agravante do art. 61, I, "g" do Código Penal, reduzido as sanções impostas, deixou de apreciar o pedido expressamente formulado de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Argumenta que a pena aplicada não foi superior a quatro anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça, o Embargante não é reincidente e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 348.309 - RJ (2016/0026277-9)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. OMISSÃO CARACTERIZADA. PENA IGUAL A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE.

1. Resta caracterizada a omissão se o acórdão recorrido deixou de apreciar pedido deduzido expressamente na petição inicial do *habeas corpus*.
2. Presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal.
3. Embargos de declaração acolhidos para o saneamento da omissão, sem alteração do dispositivo do acórdão.

VOTO

Relatora MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora): Revendo a petição inicial do *habeas corpus* verifico que, de fato, foi formulado pedido expresso de que, afastada a agravante do artigo 61, I, "g", do Código Penal, fosse substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos

Os embargos, portanto, devem ser acolhidos para o saneamento da omissão, que restou efetivamente caracterizada.

No mérito, contudo, não assiste razão ao Embargante. Faço uma rápida recapitulação processual quanto às circunstâncias judiciais reconhecidas como negativas nas instâncias inferiores.

Em suma, o Embargado, funcionário do Citibank, foi condenado pela prática das condutas descritas nos artigos 5º da Lei nº 7.492/1986 e 171 do Código Penal, na forma do artigo 71 deste último diploma, por ter, na qualidade de gerente "de fato" do setor responsável por efetuar a contratação das empresas prestadoras de serviços da sua área (compensação bancária), aproveitando-se dessa posição, contratado serviços da empresa de propriedade da sua esposa e de seu sogro. Tais serviços nunca foram prestados, propiciando um desvio de dinheiro da instituição financeira no valor de R\$ 6.854.846,60.

Na sentença condenatória, proferida pelo Juízo da Segunda Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, a pena-base do Embargante fora fixada em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, tendo sido consideradas negativas as vetoriais das circunstâncias e consequências do delito, bem como da personalidade do agente (fl. 22-23).

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região afastou a consideração negativa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade do Embargante, mantendo a reprovação das circunstâncias do delito - que compreendeu um "esquema complexo e extremamente ardiloso" - e das consequências do delito - dado o alto montante desviado, cerca de sete milhões de reais. A pena-base, assim, restou fixada em 3 (três) anos de reclusão (fl. 61).

Esse entendimento foi mantido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região da 2ª Região, no julgamento de Embargos Infringentes e de Nulidade. Dado o reconhecimento da agravante do artigo 61, I, "g", do Código Penal, bem como da continuidade delitiva (CP, art. 71), a pena definitiva foi fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

O acórdão embargado não alterou a pena-base, tendo afastado, exclusivamente, a agravante do artigo 61, I, "g", do Código Penal, em razão de acarretar em inaceitável *bis in idem*.

Significa dizer que continua hígido o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no que se refere ao reconhecimento das circunstâncias judiciais negativas contra o Embargante, quais sejam, as circunstâncias do delito - que compreendeu um "esquema complexo e extremamente ardiloso" - e as suas consequências, dado o alto montante desviado da instituição financeira, cerca de sete milhões de reais.

Nos termos do artigo 44 do Código Penal, além da aplicação de pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos e da inexistência de reincidência, para a substituição da pena privativa de liberdade é preciso que "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias" indiquem essa substituição como suficiente para a prevenção e repressão da prática criminosa (inciso III).

Entendo que, no caso concreto, as circunstâncias judiciais não indicam que a substituição da pena seja recomendável. O valor desviado foi substancial, o que corrobora que as consequências do delito foram realmente sérias. Por outro lado, o esquema montado, com a criação de contratos simulados e serviços não prestados, demonstra a alta reprovabilidade das circunstâncias do delito.

Conforme entendimento jurisprudencial tranquilo neste Superior Tribunal de Justiça, presente circunstância judicial negativa, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal.

Menciono precedentes neste sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. JUSTIFICATIVAS IDÔNEAS. CONDUTA SOCIAL, MOTIVOS DO CRIME, PERSONALIDADE, CONSEQUÊNCIAS DO DELITO E COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. REGIME PRISIONAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- É certo que a existência de elementares do tipo penal não constituem fundamentos idôneos para elevar a pena-base, entretanto, a maior reprovabilidade da culpabilidade foi justificada, pois o paciente praticou o delito valendo-se do cargo de policial civil, adotando conduta oposta àquela de quem exerce o cargo de um agente da lei, do qual se espera, justamente, a repressão de tais condutas.

- Considerando que o delito foi cometido dentro da delegacia, em período de férias do Delegado Chefe, resta justificado o aumento da pena-base em razão da consideração desfavorável das circunstâncias do crime.

- Não verifico a existência de uma maior reprovabilidade apta a justificar o aumento da pena-base em razão da desvalorização das consequências do delito com base na repercussão da imprensa. Isso porque tal consequência não pode ser atribuída à conduta do paciente, extrapolando, assim, sua esfera de conhecimento.

- A conduta social e a personalidade do paciente foram desvaloradas sem justificativa idônea, porquanto os julgadores se limitaram à adoção dos argumentos utilizados para desvalorar a culpabilidade.

- O motivo do crime, evitar que o corréu desembolsasse dinheiro para substituir o banco do táxi, não ultrapassa a elementar do tipo penal consubstanciada no proveito alheio.

- O comportamento neutro da vítima não pode ser utilizado para justificar exasperação da pena-base. Precedentes.

- Nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal - CP, considerando a pena aplicada, inferior a 4 anos, e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional semiaberto, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.

- Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, não há falar em flagrante ilegalidade quanto à inaplicabilidade do art. 44, III, do CP, estando justificada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente.

(HC 335.103/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016; sem destaques no original)

HABEAS CORPUS. ART. 304, C.C. O ART. 297, DO CÓDIGO PENAL (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DOSIMETRIA DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAUS ANTECEDENTES E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. MAIS DE UMA CONDENÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. (3) REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. (4) PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO. INVIABILIDADE. (5) NÃO CONHECIMENTO.

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. Não há falar em *bis in idem*, diante da consideração negativa dos antecedentes, bem como pela aplicação da agravante da reincidência, se existe mais de uma condenação com trânsito em julgado.

3. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.

4. Presente circunstância judicial desfavorável, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 266.828/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014; sem destaques no original)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. QUANTIDADE DE DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA O INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a quantidade da droga apreendida (acima de 19kg de maconha), é fundamento idôneo para negar a benesse relativa à substituição da pena privativa de liberdade por sanções alternativas, conforme o disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal. Precedentes.

2. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1385704/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016; sem destaques no original)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 312, CAPUT, C.C. ART. 29, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. (3) PENA CORPORAL. SUBSTITUIÇÃO. RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. 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. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, estabelecida a reprimenda em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é adequada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

3. Presente circunstância judicial negativa, não há eiva na vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme estatui o art. 44, III, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar, para estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente.

(HC 245.501/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014; sem destaques no original)

No caso concreto, a gravidade das circunstâncias judiciais negativas recomendam a negativa da substituição da pena privativa de liberdade.

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração apenas para que o acórdão embargado reste integrado pela fundamentação exposta no presente julgado, mantido o dispositivo *in totum*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0026277-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 348.309 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 05294704020064025101 200651015294705 5294704020064025101

EM MESA

JULGADO: 05/04/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLO HUBERTH CASTRO CUEVA E LUCHIONE E OUTROS
ADVOGADO : CARLO HUBERTH C C E LUCHIONE E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : SEVERO TEIXEIRA TAVARES
CORRÉU : ANDRÉA BORGES DE MOURA TAVARES
CORRÉU : JOSE DE MOURA FILHO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : SEVERO TEIXEIRA TAVARES
ADVOGADO : CARLO HUBERTH C C E LUCHIONE E OUTRO(S)
EMBARGADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

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, acolheu os embargos de declaração, sem efeitos modificativos, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

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