



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 262.254 - SP (2012/0273044-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : OZIAS ALVES PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OZIAS ALVES PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : REINIVAL BENEDITO PAVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ESTELIONATO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

4. A aplicação do art. 16 do Código Penal exige a comprovação da integral reparação do dano ou da restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário. Na espécie, os mencionados requisitos não foram comprovados.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

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

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 262.254 - SP (2012/0273044-0)

IMPETRANTE : OZIAS ALVES PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OZIAS ALVES PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : REINIVAL BENEDITO PAVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor próprio por OZIAS ALVES PEREIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n.º 0003677-83.2003.8.26.0244, assim ementado:

"ESTELIONATO. Conduta de vender o mesmo imóvel por duas vezes, a pessoas diferentes. Configuração. Vítima que sofreu prejuízo, pois não teve seu direito de propriedade reconhecido, haja vista que o compromisso de compra e venda operou-se por instrumento particular, sem a confecção de escritura pública. Prova testemunhal e documental a corroborar a palavra do ofendido em sede policial. Dolo do agente evidenciado. Fraude perpetrada. Negativa isolada do acusado, além de pouco crível. Não comprovado o ressarcimento do prejuízo antes do recebimento da denúncia. Ainda que houvesse sido dado outro terreno à vítima, em compensação, esse fato não tem o condão de isentar o réu de sua responsabilidade. Condenação mantida. Pena bem dosada. Reiteração delitiva por parte de OZIAS, que ostenta dezessete outras condenações por estelionato. Regime fechado confirmado. Apelo desprovido." (Fl. 21)

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 03 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 30 dias-multa, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal.

Foi interposto recurso de apelação pela Defesa, que restou desprovido pelo Tribunal de origem.

No presente *writ*, sustenta-se que a pena-base foi majorada em razão da existência de processos em curso contra o Paciente, sem trânsito em julgado.

Alega-se, ainda, que o Paciente reparou o dano, tendo direito à redução da pena prevista no art. 16 do Código Penal.

Requer-se a redução da pena ao mínimo legal e a consequente declaração da prescrição retroativa da punibilidade.

O Ministro Presidente desta Corte, no período de férias forenses, intimou a Defensoria Pública da União para atuar no feito, em homenagem ao princípio da ampla defesa (fl. 36).

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 46/211, com a juntada de documentos pertinentes à instrução do feito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 225/229, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

A Defensoria Pública da União pugnou pela concessão da ordem de *habeas corpus* às fls. 232/235.

À fl. 239 o Paciente requereu juntada de procuração e requereu intimação do Advogado constituído e urgência na apreciação do feito.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 262.254 - SP (2012/0273044-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ESTELIONATO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO ARREPENDIMENTO POSTERIOR. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

4. A aplicação do art. 16 do Código Penal exige a comprovação da integral reparação do dano ou da restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário. Na espécie, os mencionados requisitos não foram comprovados.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

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

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].

Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" percorreu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em nosso sistema de direito positivo, e consolidada, hoje, a função clássica que lhe é inerente - não obstante as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, como o atesta o art. 10 do AI nº 5/68 -, causa-me preocupação essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça e que, caso eventualmente prevaleça, implicará gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ restringiu, excessivamente, o alcance do remédio constitucional do “habeas corpus”, impondo-lhe condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, quanto à dosimetria da pena, assim se pronunciou o magistrado de primeira instância, *in verbis*:

"[...]

Passo à dosimetria da pena.

Em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59, por infração ao artigo 171, 'caput', do Código Penal, fixo-lhe a pena-base, acima do mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pena esta que torno definitiva ante a ausência de outra circunstância que a modifique.

Aumentei acima do mínimo, uma vez que o acusado responde a inúmeros outros processos criminais e, ainda, ostenta diversas condenações em primeiro grau (certidões de fí. 370, 375, 377, 379, 381, 383, 386, 388,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

389, 395 e 400).

Ademais, o acusado ostenta elevado número de condenações recentes transitadas em julgado e sem força para caracterizar reincidência, como demonstram as certidões de ffs. 376, 380, 387, 393, 420 e 423.

Evidente é que tal situação não revela que seja pessoa de boa conduta social, uma vez que se vê envolvido na prática e apuração de outros crimes da mesma espécie. Tais anotações indicam que mantém vida desregrada, fazendo da criminalidade e do ataque ao patrimônio alheio seu meio de vida.

Assim, manifesta é a desabonadora e deturpada conduta social do acusado, revelando personalidade voltada à vida criminosa.

Vale destacar que o acusado exercia atividade de compra e venda de lotes de terrenos na comarca, como proprietário da Imobiliária NP Imóveis, enganando número elevado de pessoas, fazendo da prática do delito de estelionato, repita-se, seu modo de vida.

Por tudo isso, inviável a fixação da pena base no mínimo legal." (Fls. 17/18)

O Tribunal de origem, por sua vez, no tocante à dosimetria da pena do Paciente, assim consignou:

"[...]

A pena foi bem dosada, em 03 anos de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis do réu, que ostenta nada menos do que 17 condenações transitadas em julgado, todas por estelionatos recentes, conforme salientado na r. sentença." (Fl. 28)

A ordem não comporta concessão.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que as condenações relativas a fatos ocorridos em período anterior ao crime em julgamento poderão ser utilizadas para majorar a pena-base, bastando que na data da prolação da sentença já tenha ocorrido o trânsito em julgado da condenação.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal sob debate, ainda que com trânsito em julgado posterior, justificam o aumento da pena-base pela valoração de maus antecedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*" (AgRg no AREsp 35.077/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 02/04/2013; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.

2. *Na hipótese, embora a reprimenda não alcance 8 (oito) anos de reclusão, tendo sido fixada em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, principalmente à vista das circunstâncias tidas como desfavoráveis.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 87.487/SP, Rel. o Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 13/08/2012; grifo acrescido.)

No caso, observa-se da folha de antecedentes criminais juntada aos autos pelo Tribunal *a quo* (fls. 168/211) que o Paciente já possuía diversas condenações transitadas em julgado à época da prolação da sentença, por fatos praticados antes do delito pelo qual condenado na ação penal em causa, de forma que não se verifica constrangimento ilegal na majoração da pena-base com fundamento nos antecedentes do Réu.

Por fim, não se constata o apontando constrangimento ilegal pelo não acolhimento da tese de arrependimento posterior, porquanto não restou comprovado o preenchimento dos requisitos legais para a configuração da referida causa de diminuição, conforme bem asseverou o Tribunal *a quo*, *in verbis*:

"[...]

Pelo exame do conjunto probatório, nota-se que, de fato, ocorreu o estelionato, em prejuízo de B.M., que confiou em OZIAS na compra do terreno, no entanto, foi enganado. A palavra da vítima em sede policial, ratificada pela palavra de seu vizinho, em Juízo, somadas à prova documental, fornecem certeza acerca da conduta delitiva.

Pelo que se depreende, haveria uma tentativa de OZIAS em ressarcir o prejuízo sofrido por B., para não sofrer as consequências dos seus atos perante a Justiça. A vítima e o sobrinho do réu declararam no sentido de que OZIAS prometeu dar a B. outro terreno no mesmo loteamento, com a condição de ser retirada a "queixa" na delegacia. Ocorre que nada foi provado pela defesa nesse sentido, e, ainda que o réu tenha buscado eximir-se de sua responsabilidade, eventual ressarcimento posterior não torna a conduta do acusado atípica, como bem salientado na sentença.

Nota-se que o nosso ordenamento contempla a reparação do dano



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo instituto do arrependimento posterior, no artigo 16 do Código Penal, que opera efeitos tão somente na dosimetria da pena, mas não na isenção da reprimenda. E, só há valia do arrependimento, se operado antes do recebimento da denúncia, o que, in casu, não pode ser comprovado.

Segundo as provas, o réu colocou uma condição para o ressarcimento, qual seja, que fosse retirada a “queixa” do ofendido perante a Polícia. Ao que consta, isso não deve ter ocorrido, pois o inquérito não foi arquivado, ao contrário, a ação penal foi proposta e chegou ao seu fim, com a condenação.” (Fl. 25)

No mesmo sentido, vejamos os seguintes precedentes desta Corte:

"[...]"

ARREPENDIMENTO POSTERIOR. CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA. RESTITUIÇÃO DO BEM ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE VOLUNTARIEDADE NO ATO.

1. Para o reconhecimento da figura do arrependimento posterior disposta no art. 16 do CP é indispensável que o crime seja cometido sem violência e que o bem seja devolvido à vítima antes do recebimento da denúncia, sendo certo que a sua aplicação só tem lugar nos casos em que a restituição procede-se voluntariamente.

2. Tendo a decisão impetrada consignado que a res furtiva foi apreendida por policial no momento da prisão do paciente, ante a ausência de um dos requisitos necessários à incidência da benesse - espontaneidade na devolução - , é inadmissível minorar-se a reprimenda ao fundamento de que houve posterior arrependimento por parte do agente.

3. Writ parcialmente conhecido e concedido tão-somente para mitigar a pena imposta ao paciente e reconhecer a figura do furto privilegiado, decretando-se extinta a sua punibilidade, pela ocorrência da prescrição; estendendo-se os efeitos da decisão ao co-réu não-paciente." (HC 96.140/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 02/02/2009.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. APLICAÇÃO DO ART. 16 DO CP. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A aplicação do art. 16 do Código Penal exige a comprovação da integral reparação do dano ou a restituição da coisa até o recebimento da denúncia, devendo o ato ser voluntário, o que não ocorreu na espécie.

2. Recurso conhecido e provido." (REsp 711.027/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 12/03/2007.)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0273044-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 262.254 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 36778320038260244 3802003

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : OZIAS ALVES PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OZIAS ALVES PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : REINIVAL BENEDITO PAVA

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, não conheceu do pedido."

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