



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.289 - SP (2013/0007770-0)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : OZIAS ALVES PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OZIAS ALVES PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : REINIVAL BENEDITO PAIVA - SP077009

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE ESTELIONATO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE APENAS UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. EXASPERAÇÃO INDEVIDA NA SEGUNDA FASE. CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO APÓS OS FATOS. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. REINCIDÊNCIA AFASTADA. PENA REDIMENSIONADA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. DECURSO DE LAPSO SUPERIOR A 4 ANOS ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Não se presta a existência de uma única condenação definitiva a fundamentar o aumento da pena como *maus antecedentes* e como *reincidência*, sob pena de *bis in idem*, nos termos do disposto na Súmula 241/STJ.
3. Ademais, a única condenação definitiva por fato anterior somente transitou em julgado após os fatos *sub examine*, no decorrer da presente ação penal, razão pela qual não pode ser considerada como *reincidência*, mas apenas *maus antecedentes*.
4. Uma vez decorrido lapso temporal superior a 4 anos entre os fatos e o recebimento da denúncia, resta evidenciada a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva retroativa, tratando-se de delito cometido antes da Lei n. 12.234/2010, que extinguiu tal modalidade de prescrição.
5. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir a pena reclusiva a 1 ano e 8 meses, em regime semiaberto, e, por consequência, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.289 - SP (2013/0007770-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : OZIAS ALVES PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OZIAS ALVES PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : REINIVAL BENEDITO PAIVA - SP077009

RELATÓRIO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de OZIAS ALVES PEREIRA, sem pedido de liminar, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, à penas de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 21 dias-multa.

Interposta apelação, foi mantida incólume a condenação do paciente.

No presente *writ*, alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal tendo em vista a consideração de inquéritos policiais em andamento para justificar o aumento da pena-base como *maus antecedentes*, bem como na segunda fase, como *reincidência*.

Sustenta, ainda, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela parcial concessão da ordem (fls. 153/156).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.289 - SP (2013/0007770-0)

VOTO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado pela prática do crime de estelionato, às penas de 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 21 dias-multa, o que foi mantido pelo Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação.

Insurge-se o impetrante, de início, contra a exasperação da pena na primeira e segunda fases da dosimetria.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos da sentença confirmada em 2º Grau:

*O acusado apresenta **péssimos antecedentes criminais** (fl. 378, 385 e 393) e, por isso, a pena base deve ser fixada em 2/3 (dois terços) acima do mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário de meio salário mínimo, nos termos do art. 171, caput, do Código Penal. Na segunda fase da dosimetria da pena, aumento a pena-base em 1/3 (um terço) em razão da reincidência (certidão de fl. 396), fixando-a em 02 (dois) anos, 02 (meses) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa. Ressalte-se que "maus antecedentes por uma condenação e reincidência por outra não faz bis in idem" (STF, HC 73.289-SP, 1ª T., rel. Moreira Alves, 28/11/1995): Não há causas de aumento ou diminuição da pena a serem consideradas, razão porque tomo a pena supra em definitiva.*

*Destaque-se que os **péssimos antecedentes apresentados pelo acusado não permitem a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tampouco a suspensão condicional da pena, por incompatíveis com os artigos 44, III, e 77, II, ambos do Código Penal.*** (fl. 16).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como é consabido, em regra, não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

A propósito:

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO ACUSADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos, não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso frisar que não foi anexada à inicial do presente mandamus a íntegra da ação penal em apreço, de modo que não é possível verificar se os depoimentos mencionados pelas impetrantes, e que foram utilizados pelo magistrado de origem para fundamentar o exame das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do acusado, não se referiram à pessoa do paciente, mas sim ao seu irmão.

4. Como se sabe, o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiram as impetrantes.

5. Ordem denegada (STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe de 01/09/2011).

Consoante consta da sentença condenatória, confirmada em 2º Grau, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista os *maus antecedentes*.

Compulsando a Folha de Antecedentes Criminais, acostada aos autos às fls. 13/75e, verifica-se que o paciente, embora ostente, de fato, diversos processos em andamento e condenações definitivas, à época da sentença, pesava contra si apenas uma condenação transitada em julgado por fato anterior, sendo as demais por fatos posteriores ou que se tornaram definitivas após a condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, resta evidenciado o constrangimento ilegal, na medida em que uma mesma condenação foi utilizada na sentença condenatória como *maus antecedentes* e como *reincidência*, o que não se admite, configurando indevido *bis in idem*, nos termos do disposto na Súmula 241/STJ: *[a] reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.*

Cito, acerca do tema, os seguintes precedentes:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, ART. 297 (3 VEZES) E ART. 304 (2 VEZES), NA FORMA DO ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ART. 180 DO CP: DOSIMETRIA. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. SÚMULA 444/STJ. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. REINCIDÊNCIA. (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 contra acórdão de apelação, como se fosse um indevido sucedâneo recursal.*

2. *Não se pode considerar a mesma condenação transitada em julgado a fim de majorar a pena-base pelos antecedentes e agravar a reprimenda pela reincidência, sob pena de evidente bis in idem, como tampouco a existência de inquéritos penais ou ações penais em curso para valorar negativamente a personalidade, em violação do princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos do enunciado nº 444 da Súmula deste Tribunal.*

3. *A a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.*

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal n.º 2009.063.000729-5 da 2.ª Vara da Comarca de Três Rios/RJ, a fim de reduzir a pena do paciente para 11 (onze) anos de reclusão, mais 60 (sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 231.813/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 09/04/2014).*

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 155, § 4º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE, REFORMANDO, EM PARTE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, EXCLUIU A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA À CULPABILIDADE. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM FACE DOS MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DO APONTADO BIS IN IDEM, NO TOCANTE AO AUMENTO DA PENA-BASE, PELOS MAUS ANTECEDENTES, E À APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DELITUOSA. FUNDAMENTO INIDÔNICO. SÚMULA 444/STJ. PENA DE RECLUSÃO INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

[...]

VI. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, considerou, como circunstâncias judiciais desfavoráveis, os antecedentes e a personalidade do paciente, afastando a elevação da pena-base, a título de culpabilidade, ao considerar inidôneo o seu fundamento, e, por conseguinte, reduziu a reprimenda básica - fixada, pelo Juízo de 1º Grau, em 05 anos e 06 meses de reclusão e 180 dias-multa - para 05 anos e 03 meses de reclusão e 160 dias-multa.

VII. Não há como concluir, de forma incontroversa, se procede a alegação de bis in idem, ao argumento de que as duas condenações, transitadas em julgado, que teriam sido utilizadas para aumentar a pena-base, a título de antecedentes, e, posteriormente, para fins de reincidência, referem-se ao mesmo fato criminoso.

VIII. Não havendo prova inequívoca de que, na hipótese, estar-se-ia considerando, por duas vezes, o mesmo fato criminoso, não há como, na via estreita do habeas corpus, proceder à ampla dilação probatória, já que deve o remédio constitucional vir instruído com todas as provas capazes de comprovar o quanto alegado na impetração, o que não ocorreu, na hipótese.

IX. A jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula 444/STJ, tem entendido que "inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade" (STJ, HC 206.442/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 02/04/2013).

X. A utilização de registros criminais, sem notícia de condenação com trânsito em julgado, para exasperar a pena-base, pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valorização negativa de qualquer circunstância judicial - tais como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, tal como ocorreu, na terceira hipótese -, constitui afronta à Súmula 444 do STJ.

XI. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula 269/STJ).

XII. Tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque desfavorável a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, não faz jus o paciente, em face de sua reincidência, ao regime inicial semiaberto, a despeito de a sanção final ter sido estabelecida, neste writ, em 03 anos e 06 meses de reclusão.

XIII. Habeas corpus não conhecido.

XIV. Ordem concedida, de ofício, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 03 anos e 06 meses de reclusão - a ser cumprida em regime inicial fechado, em face de circunstância judicial negativa, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e da reincidência -, além do pagamento de 90 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal (HC 215.095/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014).

Ademais, a única condenação definitiva por fato anterior somente transitou em julgado após os fatos *sub examine*, no decorrer da presente ação penal (fl. 65), razão pela qual não pode ser considerada como *reincidência*, mas apenas *maus antecedentes*.

Passo, assim, ao redimensionamento das penas.

Como se vê, presentes os *maus antecedentes*, validamente considerados, fixou-se a pena-base em 1 ano e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa, a qual permanece no mesmo patamar na segunda fase, porquanto não caracterizada a *reincidência* do réu, tornando-a definitiva nesse montante, à míngua de outras causas modificativas a serem consideradas.

Quanto ao regime prisional, muito embora tenha sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, faz jus o paciente ao regime intermediário, na medida em que tecnicamente primário, condenado à pena reclusiva não superior a 4 anos.

Por fim, pugna o impetrante pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Compulsando os autos, verifica-se, de fato, o decurso de lapso temporal superior a 4 anos de reclusão, por se tratar de pena reclusiva não superior a 2 anos, consoante o disposto no art. 109, V, do CP, entre a data dos fatos (novembro de 2000 - fl. 11) e a do recebimento da denúncia (12/4/2006 - fl. 12), devendo, por conseguinte ser reconhecida a prescrição da pretensão punitiva retroativa, tratando-se de delito cometido antes da Lei n.12.234/2010, que extinguiu tal modalidade de prescrição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Concedo, porém, a ordem de ofício para reduzir a pena reclusiva a 1 ano e 8 meses, em regime semiaberto, e, por consequência, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0007770-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 263.289 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20020032140 29002 32140 990091365289 99009192265

EM MESA

JULGADO: 04/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ANA BORGES COELHO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : OZIAS ALVES PEREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OZIAS ALVES PEREIRA (PRESO)
ADVOGADO : REINIVAL BENEDITO PAIVA - SP077009

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.