



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.683 - SP (2013/0109451-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : JOSE PEDRO BASSAN NETO E OUTRO
ADVOGADOS : ÁUDRIA MARTINS TRÍDICO JUNQUEIRA E OUTRO(S)
ELLEN CRISTINA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE PEDRO BASSAN NETO
PACIENTE : ALESSANDRA RUY GUASQUE BASSAN

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO VALORADAS NEGATIVAMENTE COM BASE NO EXPRESSIVO PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE ULTRAPASSA AS COMUNS À ESPÉCIE. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO E NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA-BASE FIXADA VALIDAMENTE ACIMA DO MÍNIMO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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. Mostra-se válido o aumento da pena-base, em razão das consequências do delito, consideradas em desfavor dos pacientes diante do expressivo prejuízo causado à vítima. Precedentes.

3. É certo que o simples fato de não haver sido restituída a *res furtiva* à vítima não tem o condão de justificar, por si só, o aumento da pena, por constituir, em regra, fator comum à espécie, enquanto delito patrimonial. Todavia, quando a lesão se mostrar expressiva, como na espécie, desborda do prejuízo inerente ao delito praticado, configurando motivação plenamente válida, apta a justificar, portanto, o aumento da pena-base.

3. Não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente da imposição do regime prisional mais gravoso aos pacientes, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, validamente considerada. Precedentes.

4. Pelas mesmas razões, não há qualquer incongruência no que diz respeito à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Inteligência dos arts. 44 e 59 do Código Penal. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.683 - SP (2013/0109451-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : JOSE PEDRO BASSAN NETO E OUTRO
ADVOGADOS : ÁUDRIA MARTINS TRÍDICO JUNQUEIRA E OUTRO(S)
ELLEN CRISTINA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE PEDRO BASSAN NETO
PACIENTE : ALESSANDRA RUY GUASQUE BASSAN

RELATÓRIO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de JOSE PEDRO BASSAN NETO e ALESSANDRA RUY GUASQUE BASSAN, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que os pacientes JOSÉ PEDRO e ALESSANDRA foram condenados, como incurso no art. 171, § 2º, VI, do Código Penal, às penas, respectivamente, de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, substituída por duas restritivas de direitos, e 12 (doze) dias-multa e de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, substituída por duas restritivas de direitos, e 11 (onze) dias-multa.

Foram opostos embargos de declaração pelo órgão ministerial, os quais foram acolhidos, afastando-se a substituição das penas.

Interposta apelação, foi negado provimento ao recurso, dando-se "nova definição jurídica aos fatos, declarando os réus como incurso nas penas do art. 171, *caput*, do Código Penal" (fl. 38e).

Alegam os impetrantes, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista a falta de fundamentação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal e, por consequência, para o estabelecimento do regime mais gravoso e ainda para o indeferimento da substituição das penas.

Requerem, inclusive liminarmente, a redução da pena-base ao mínimo legal, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 111/112e.

Foram prestadas as informações às fls. 116/155e.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 158/163e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.683 - SP (2013/0109451-6)

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 os pacientes foram condenados, em 1º Grau, às penas reclusivas de 2 (dois) anos e de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e multa, sendo-lhes, inicialmente, concedido o benefício da substituição das penas, o qual foi posteriormente cassado em embargos de declaração.

Insurgem-se os impetrante, de início, contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto sem motivação idônea.

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

Passo agora a dosagem da pena em relação ao co-réu José PEDRO BASSAN NETO.

Em primeira fase, tendo em vista as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, fixo a pena base em 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa. Reprimenda esta fixada acima do mínimo legal, primeiro por observar ter o réu condenação transitada em julgado (fls. 12 em apenso), e em segundo pelo prejuízo suportado pela vítima. Vale lembrar que a mesma suportou o prejuízo de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) atinente as 219 cabeças de gado, tendo em vista que não foram mais encontradas. Diante disso, suportou a total perda das mesmas, conforme elucida em fls. 109: "perdeu suas 219 cabeças de gado e teve um prejuízo de R\$ 120.000,00, além das correções monetárias e dos honorários de seus advogados". Ressalte-se que o valor não é ínfimo, pelo contrário, é de grande relevância à vítima. Além do mais, se viu obrigada a percorrer vários lugares com o intuito de se ver ressarcida do dano causado a seu patrimônio, que como já mencionado, é de grande valor. Ficou evidente que o comportamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

praticado relevou ofensa maior ao patrimônio da vítima.

Em segunda fase, verifica-se que não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar.

Em terceira fase, igualmente não possui causas de aumento e de diminuição de pena a considerar.

O valor do dia multa será o mínimo legal (1/30 do valor do salário mínimo à época dos fatos), ante a condição econômica do acusado (não há elementos a justificar a fixação acima deste patamar).

Quanto ao regime de pena, observa-se que o semi-aberto é o mais correto, tendo em vista que as conseqüências do crime, como já exposto foram de grande relevância à vítima, considerando o prejuízo por ela suportado. Além do mais, o emprego do disposto no art. 59 é múltiplo, como ensina Guilherme de Souza Nucci em Código Penal Comentado, 7ª Edição — 2007, Parte Geral, Título V, art. 33: “(...) as circunstâncias previstas no art. 59 – culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento da vítima – são utilizadas desde o momento de escolha do montante da pena privativa de liberdade, passando pela eleição do regime, até culminar na possibilidade de substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa e outros benefícios”. Diante disso, é certo que a fixação de um regime prisional mais severo é imprescindível, valendo-se não somente das circunstâncias do crime contidas no art. 59 para a aplicação da pena base, como também para a aplicação do regime prisional. Posto isto, deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semi-aberto.

Neste mesmo diapasão, analisando o exposto acima o réu não faz jus à conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Ademais encontra-se cabalmente demonstrado que as circunstâncias judiciais não são suficientes para punir tal conduta criminosa. Necessário salientar novamente que diante dessas circunstâncias, observa-se a conduta do réu para com a vítima, uma vez que esta foi sujeitada a suportar o prejuízo de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) referente ao gado que não mais fora encontrado, além da busca incessante pelo mesmo. Diante disso, deixo de substituir a pena acima fixada por não estarem preenchidos os requisitos necessários para tanto, levando-se em conta o inciso III do art. 44 do Código Penal.

Passo agora a dosagem da pena em relação à co-ré ALESSANDRA RUY GUASQUE BASSAN.

*Em primeira fase, tendo em vista as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, FIXO a pena base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Nesse mesmo norte, **fixo a pena acima do mínimo legal, tendo em vista que a vítima suportou o prejuízo de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), além de não mais encontrar o seu gado, conforme elucida a mesma em fls. 109: "... perdeu suas 219 cabeças de gado e teve prejuízo de R\$ 120.000,00, além das correções monetárias e dos***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

honorários de seus advogados". Diante disso, considera-se que o valor não é ínfimo, pelo contrário, é de grande relevância para a vítima. Além do mais, a mesma teve que percorrer vários lugares com o intuito de se ver ressarcida do dano causado a seu patrimônio, que como já mencionado, é de grande valor. Desse modo, demonstrado que a ré empregou meio eficaz para a consecução da lesão patrimonial. A sua responsabilização decorre do emprego de fraude deliberada com o objetivo claro de obter proveito ilícito em prejuízo da vítima. De mais a mais, a sua postura releva clara intenção de se furtar à aplicação da lei penal.

Em segunda fase, verifica-se que não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar.

Em terceira fase, igualmente não possui causas de aumento e de diminuição de pena a considerar.

O valor do dia multa será o mínimo legal (1/30 do valor do salário mínimo à época dos fatos), ante a condição econômica da acusada (não há elementos a justificar a fixação acima deste patamar).

Quanto ao regime de pena, observa-se que o semi- aberto é o mais correto, tendo em vista que as conseqüências do crime, como já exposto foram de grande relevância à vítima, considerando o prejuízo por ela suportado. Além do mais o emprego do disposto no art. 59 é múltiplo, como ensina Guilherme de Souza Nucci em Código Penal Comentado 7ª Edição - 2007, Parte Geral, Título V, art. 33: "(...) as circunstâncias previstas no art. 59 - culpabilidade. antecedentes. conduta social. personalidade do agente, motivos circunstâncias e conseqüências do crime e comportamento do vítima - são utilizadas desde o momento de escolha do montante da pena privativa de liberdade, passando pela eleição do regime. até culminar na possibilidade de substituição da privativa de liberdade pela restritiva de direitos ou multa e outros benefícios". Diante disso, é certo que a fixação de um regime prisional mais severo é imprescindível, valendo-se não somente das circunstâncias do crime contidas no art. 59 para a aplicação da pena base, como também para a aplicação do regime prisional. Posto isto, deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semi-aberto.

Neste mesmo diapasão, analisando o exposto acima a ré não faz jus à conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Ademais encontra-se cabalmente demonstrado que as circunstâncias judiciais não são suficientes para punir tal conduta criminosa. Necessário salientar novamente que diante dessas circunstâncias, observa-se a conduta da ré para com a vítima, uma vez que esta foi sujeitada a suportar o prejuízo de R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) referente ao gado que não mais fora encontrado, além da busca incessante pelo mesmo. Diante disso, deixo de substituir a pena acima fixada por não estarem preenchidos os requisitos necessários para tanto, levando-se em conta o inciso III do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, julgo procedente a ação, para CONDENAR:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JOSÉ PEDRO BASSAN NETO, às penas de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, no regime semi-aberto, como incurso no artigo 171, §2º, inciso VI, do Código Penal. Pena esta substituída por duas restritivas de direitos, por igual tempo, a ser definida pelo juízo da execução.

Ante o exposto, julgo procedente a ação, ara CONDENAR: ALESSANDRA RUY GUASQUE BASSAN, às pena de 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no regime Semi-aberto, como incurso no artigo 171, §2º, inciso VI, do (Código Penal. Pena esta substituída por duas restritivas de direitos, por igual tempo, a ser definida pelo juízo da execução (fls. 130/135e).

Opostos embargos declaratórios, foram acolhidos apenas para sanar a contradição entre as razões de decidir e o dispositivo, no qual constou, equivocadamente, a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fl. 23e), não obstante os fundamentos em sentido oposto.

Em apelação, foi mantida a sentença, nos termos seguintes:

A dosimetria das penas não merece reparo.

*A pena-base foi majorada em metade para o réu José Pedro em razão dos **maus antecedentes (fls. 12, do apenso próprio) e pelas consequências do crime, que realmente foram diferenciadas, causando prejuízo patrimonial superior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais) à vítima.***

*Em relação à ré Alessandra, o magistrado a quo acertadamente majorou a base em metade **ante as consequências do crime, pois como já mencionado causou prejuízo financeiro expressivo, justificando o reconhecimento da circunstância judicial desfavorável.***

O regime prisional semiaberto é o mais adequado na espécie e atende ao disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Os réus agiram como dolo desproporcional ao deliberarem o crime. Usaram da condição social que ocupavam para atingirem a consumação do delito e impuseram perda patrimonial desmedida a terceira pessoa, o que, decerto, poderia causar a ruína de uma família. Além do mais, tentaram durante o processo incriminar terceira pessoa, tudo a demonstrar condutas pessoais inadequadas, razão pela qual a restrição de suas liberdades individuais apresenta-se como medida salutar e necessária para a prevenção e reprovação do delito.

Da mesma forma e por estarem ausentes os requisitos legais (art. 44, inc. III, do Código Penal), deixo de substituir a pena privativa de liberdade, benesse insuficiente e que, caso concedida, por certo violaria o princípio constitucional da proporcionalidade das penas criminais, pois, como bem consignou o douto Procurador de Justiça "os recorrente auferiram elevadíssimo lucro com o crime praticado sem procurar em qualquer momento ao menos reduzir os danos causados", sendo inconcebível punição com poucas horas de trabalhos sociais ou doação de cesta básica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Posto isto, pelo meu voto, nego provimento aos apelos e nos termos do art. 383, caput, do Código de Processo Penal, dou nova definição jurídica aos fatos, declarando os réus como incurso nas penas do art. 171, caput, do Código Penal, sem reflexos na reprimenda (fls. 46/48e).

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).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO. ART. 121, § 2.º, I E III, DO CÓDIGO PENAL. (1) SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) JÚRI. CONDENAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO. REEXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. (3) DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DUAS QUALIFICADORAS. RECONHECIMENTO DA SEGUNDA COMO AGRAVANTE OU CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. (4) 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 sucedâneo de revisão criminal.*

2. *Concluindo o Tribunal de origem que não ocorreu julgamento contrário à prova dos autos, porque, sopesando as provas e fatos dos autos, afirmou que o Júri optou por uma das teses que encontram amparo no processo penal, não há ilegalidade flagrante a reparar. Aferição, ademais, que demanda revolvimento fático, não condizente com âmbito mandamental e restrito do habeas corpus.*

3. *Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem aponta motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. **Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.** A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada. E, havendo duas qualificadoras, é possível que uma seja utilizada na primeira ou segunda fase da dosimetria da pena.* 4. *Writ não conhecido (HC 252.449/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).*

Consoante consta da sentença condenatória, confirmada, no particular, pelo acórdão impugnado, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, quanto ao paciente JOSÉ PEDRO, tendo em vista os *maus antecedentes* e as *consequências do delito* e, quanto à paciente ALESSANDRA, apenas, ante as *consequências do delito*.

No que se refere aos *maus antecedentes*, levou-se em conta a existência de condenação transitada em julgado em desfavor do paciente JOSÉ PEDRO.

Já relativamente às *consequências do delito*, foram negativamente valoradas quanto a ambos os pacientes, em virtude do expressivo prejuízo causado à vítima.

É certo que o simples fato de não haver sido restituída a *res furtiva* à vítima não tem o condão de justificar, por si só, o aumento da pena, por constituir, em regra, fator comum à espécie, enquanto delito patrimonial. Todavia, quando a lesão se mostrar expressiva, como na espécie, desborda do prejuízo inerente ao delito praticado, configurando motivação plenamente válida, apta a justificar, portanto, o aumento da pena-base.

Na mesma linha:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ARGUMENTAÇÃO IDÔNEA. 2. REGIME INICIAL MAIS SEVERO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte de Justiça, embora o prejuízo causado seja elementar do crime patrimonial, as consequências do delito podem autorizar maior juízo de censura, justificando o recrudescimento da pena-base e, conseqüentemente, em regime prisional mais severo, quando seja ele expressivo, como o foi na espécie (roubo majorado), porquanto as vítimas sofreram desfalque da ordem de R\$ 300.000,00.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 272.028/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 12/02/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXPRESSIVO CAUSADO À VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação da pena base, necessária se faz a pertinente fundamentação do aumento em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

VI. Em que pese o dolo do crime de roubo consistir na subtração de coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, as consequências da conduta imputada ao réu desbordam do resultado típico, considerando o maior o prejuízo à vítima, razão pela qual não se infere flagrante ilegalidade na exasperação da pena base.

VII. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que as consequências do crime podem ser consideradas desfavoráveis, se o prejuízo causado pelo crime restar concretamente demonstrado, como na espécie dos autos (Precedente).

VIII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator (HC 226.402/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 14/08/2012).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO EM CONCURSO FORMAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CRITÉRIO TRIFÁSICO. INOBSERVÂNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA CONSIDERAR DESFAVORÁVEIS A PERSONALIDADE E A CONDUTA SOCIAL DA RÉ. AUMENTO DE 1/2 EM RAZÃO DE DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONTINUIDADE DELITIVA. REAPRECIAÇÃO DAS PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não pode o julgador, de forma desordenada e em fases aleatórias, sem respeito ao critério trifásico, majorar a pena-base fundando-se nos elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como na hipótese.

2. As circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do criminoso não podem ser valoradas negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador, de forma suficiente a justificar a exasperação da pena-base.

3. Justificada a fixação da pena-base acima do mínimo legal, contudo, nos antecedentes da ré, com base em condenação transitada em julgado, e nas consequências do crime, porque o dano patrimonial foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressivo, o que certamente traz maior reprovabilidade a conduta da Paciente.

4. A presença de duas majorantes no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é causa obrigatória de aumento da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

5. Nos termos do art. 71 do Código Penal, o delito continuado evidencia-se quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie. Necessário também que os delitos guardem conexão no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva.

6. No caso em apreço, não é possível, na via exígua do writ, proceder a amplo reexame dos fatos e das provas carreadas aos autos para se reconhecer a continuidade delitiva, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fática da causa, restou convicta quanto à não configuração dessa fictio juris.

7. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

8. Ordem parcialmente concedida para, sem prejuízo da condenação, reformar o acórdão da apelação e a sentença condenatória, tão-somente quanto à dosimetria da pena (HC 164.197/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

Como se vê, todas as circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis foram assim consideradas mediante fundamento válido, não havendo, pois, razão para a pretendida redução da pena-base ao mínimo legal.

No mais, não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente da imposição do regime prisional mais gravoso aos pacientes, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, validamente considerada, como já assinalado, sendo que, quanto ao paciente JOSÉ PEDRO, ainda pesam contra si maus antecedentes.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CONDENAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DOS POSTULADOS DA AMPLA DEFESA E DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DO CRIME. INEXISTÊNCIA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA DOSIMETRIA DA PENA, NA FIXAÇÃO DO REGIME E NA NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO.

1. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas e não deve ser utilizado a fim de provocar a discussão de temas afetos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a apelação criminal, a recurso especial, a agravo em execução, tampouco deve vir como sucedâneo de revisão criminal.

2. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. A denúncia é apta quando apresenta narrativa congruente dos fatos, descrevendo conduta que, em tese, configura crime, de forma suficiente a propiciar à parte o correto exercício do contraditório e da ampla defesa.

4. Sem a configuração nem a demonstração de real prejuízo, não há espaço para se declarar a pretendida nulidade, sob a alegação de cerceamento de defesa ou de violação do princípio da isonomia.

5. A pena-base somente pode ser fixada no mínimo caso todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal sejam favoráveis ao réu.

6. Justifica-se a imposição de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, se a pena-base é fixada acima do mínimo legal, ante o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável ao condenado.

7. É possível a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão de ausência de mérito do condenado, centrando-se na ausência de requisito subjetivo.

8. Writ não conhecido (HC 209.836/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 09/09/2014).

RECURSO EM "HABEAS CORPUS". TRÁFICO DE DROGAS INTERNACIONAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. POSSE DE 1,63 KG DE COCAÍNA NA MALA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO PARA SUBSTITUIR A PRISÃO CAUTELAR POR MEDIDA DIVERSA. INADEQUAÇÃO / INSUFICIÊNCIA. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES

1. A necessidade da segregação cautelar mantida na sentença condenatória se encontra fundamentada na participação do recorrente no tráfico internacional de entorpecentes, diante das circunstâncias da prisão e dos entorpecentes apreendidos (1,63 kg de cocaína) na mala, tudo a evidenciar dedicação à vida delituosa, alicerce suficiente para a motivação da garantia da ordem pública.

2. O Superior Tribunal de Justiça, em orientação uníssona, entende que persistindo os requisitos autorizadores da segregação cautelar (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

312, CPP), é despiciendo o recorrente possuir condições pessoais favoráveis.

3. ***É assente nas Cortes Superiores o entendimento de que, reconhecida circunstância judicial tida como negativa, hábil a elevar a pena-base além do mínimo legal (art. 42, do Estatuto Antidrogas c/c o art. 59, do CP), revela-se motivação capaz para estipular o regime inicial mais gravoso (art. 33, § 3º, do CP).***

4. Recurso em "habeas corpus" não provido.

(RHC 37.637/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 30/05/2014)

Pelas mesmas razões, não há qualquer incongruência no que diz respeito à negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do disposto nos arts. 44 e 59 do Código Penal, diante do reconhecimento de circunstância judicial desfavorável.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

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. CRIMES DE ESTELIONATO NAS FORMAS TENTADA E CONSUMADA, EM CONTINUIDADE DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa 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. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (Súmula 440/STJ).

3. Na espécie, a despeito de a condenação final ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o Tribunal impetrado manteve o regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, consideradas na individualização da reprimenda, atendo-se, corretamente, ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, não havendo, portanto, contrariedade ao enunciado sumular.

4. Justificado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é inviável a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, conforme dispõe o art. 44, III, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 285.650/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PRETENDIDA EXTENSÃO DOS EFEITOS DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM FAVOR DE CORRÉU. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REPRIMENDA INFERIOR A 04 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Busca-se a extensão de efeitos do acórdão proferido pela Quinta Turma, nos autos do HC n.º 235.025/SP, de relatoria do Ministro Gilson Dipp. Porém, ao contrário do que ocorrido com o Corrêu, a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, ante o reconhecimento da existência de maus antecedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Não se encontrando os corréus na mesma situação fático-processual, não cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por um deles. *Precedentes.*

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

6. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável ao Paciente, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. Contudo, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime inicial fechado, no caso, pois trata-se de Paciente primário, condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão, pelo que deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

8. Inviável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, em se considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

9. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto (HC 281.394/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014).

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0109451-6

HC 268.683 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032243320058260369 1362005 32243320058260369

EM MESA

JULGADO: 07/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOSE PEDRO BASSAN NETO E OUTRO
ADVOGADOS	: ÁUDRIA MARTINS TRÍDICO JUNQUEIRA E OUTRO(S) ELLEN CRISTINA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSE PEDRO BASSAN NETO
PACIENTE	: ALESSANDRA RUY GUASQUE BASSAN
CORRÉU	: ADÉCIO ANTÔNIO MARSON

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 da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.