



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.724 - ES (2009/0202436-7)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : ALVAIR MACEDO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : ALVAIR MACEDO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. PECULATO. EXACERBAÇÃO DA PENA IMPOSTA. ILEGALIDADE MANIFESTA CAPAZ DE SUPERAR O ÓBICE APONTADO E JUSTIFICAR A INTERVENÇÃO DESTA CORTE.

1. Conquanto se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a revisão de nossa jurisprudência.

2. Mister restaurar a missão constitucional desta Corte de Justiça, que não pode continuar servindo como se fosse um "terceiro grau de jurisdição", pois a sua atuação restringe-se às hipóteses delineadas no art. 105 da Carta Magna.

3. À luz desse preceito, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

4. No caso, constata-se que o acórdão da apelação transitou em julgado sem que fosse interposto recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, preferindo a defesa a via do *habeas corpus*.

5. Ora, se a defesa não lançou mão dos meios recursais cabíveis, deixando transitar em julgado o acórdão atacado, não pode, agora, valer-se do *habeas corpus* para suprir a omissão.

6. Vislumbra-se, entretanto, flagrante ilegalidade capaz de superar o óbice apontado e justificar a intervenção desta Corte.

7. O acréscimo superior a quase o triplo da pena-base cominada ao delito mostra-se desproporcional, mormente se considerados os fundamentos utilizados na avaliação das circunstâncias judiciais que à exceção das circunstâncias do crime, revelam-se genéricos e atinentes ao próprio tipo penal, o que não justifica a pena-base aplicada.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda imposta à paciente pelo crime previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, sendo que a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura expedia ordem de ofício em menor extensão. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 07 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.724 - ES (2009/0202436-7)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuida-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de ALVAIR MACEDO DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Narram os autos que a paciente foi condenada como incurso no art. 312, § 1º, c/c o art. 71, do Código Penal à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 133 (cento e trinta e três) dias-multa.

Contra este desate foi interposto recurso de apelação pela defesa, e, o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo, em acórdão assim ementado:

PENAL. PECULATO. CONFISSÃO DA RÉ. NÃO APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA PENA.

1. A confissão efetivada pela ré em sede policial e não retratada em Juízo é prova plenamente válida para sustentar o decreto condenatório, tendo em vista que se encontra em harmonia com as demais provas dos autos.

2. Tratando-se de imputação de peculato, inaplicável o princípio da insignificância, para justificar a atipicidade da conduta, à vista da suposta pequenez das importâncias desviadas, já que o bem jurídico que se pretende ver tutelado, em crimes desta natureza, é a probidade administrativa, no que tange ao patrimônio público; o interesse patrimonial do Estado, no sentido de zelar pela probidade e fidelidade do funcionário público para com a administração.

3. Correta a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, tendo em vista que a ré - para conseguir seu intento de subtrair valores do INSS através de concessão fraudulenta de benefícios previdenciários cessados em virtude do falecimento dos segurados -, engendrou uma fraude bem articulada no seio do Posto de Benefícios de Cariacica/ES, induzindo a erro outros servidores que lá também trabalhavam, e agindo com extrema reprovabilidade ao conceder diversos benefícios fraudulentos.

4. Adequada também a majoração da pena em 2/3 (dois terços), em decorrência da continuidade delitiva prevista no art. 71 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal, pois consoante destacou o magistrado a quo, a acusada praticou mais de sete vezes o mesmo crime.

5. Recurso improvido. (e-fl. 49)

Houve o trânsito em julgado do acórdão.

No presente *habeas corpus*, alega que a pena-base foi fixada de forma exasperada, uma vez que todas as circunstâncias judiciais consideradas como desfavoráveis foram motivadas por elementares já inerentes ao tipo penal.

Aduz, mais, que a fração de 2/3 (dois terços) decorrente da continuidade delitiva não é proporcional à quantidade de delitos imputados ao paciente.

Sustenta ainda que o acusado faz jus ao cumprimento de pena em regime aberto, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por haver preenchido os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.724 - ES (2009/0202436-7)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Conquanto se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, a revisão de nossa jurisprudência (*overruling*).

A Constituição da República define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional. Destacam-se, por oportuno, as de previsão inserta no art. 105, inciso I, alínea "c" e inciso II, alínea "a": *habeas corpus* originário e recurso ordinário em *habeas corpus*, respectivamente.

O primeiro é cabível quando "o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea 'a', ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral".

O segundo, vale dizer, o recurso ordinário, somente será cabível contra decisões denegatórias proferidas em *habeas corpus* julgados em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

De outro lado, o instrumento previsto, também com matiz constitucional (art. 105, inciso III) é o recurso especial. Nesse aspecto, a competência desta Corte se limita, *in verbis*:

"Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III- julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;*
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)*
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atribuído outro tribunal."

À luz desse preceito, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do *habeas corpus*, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

Com efeito, mister se faz restaurar a verdadeira missão constitucional desta Corte de Justiça, que não pode continuar servindo como se fosse um "terceiro grau de jurisdição", pois a sua atuação restringe-se às hipóteses delineadas na Constituição da República.

A propósito, vejam-se os seguintes julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via eleita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

4. In casu, a Defesa conformou-se com a sentença condenatória e, após o trânsito em julgado, impetrou o prévio writ. O Tribunal de origem não conheceu do habeas corpus, assentando inexistir ilegalidade evidente e indicando o cabimento de revisão criminal. O acórdão impugnado encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a quem não incumbe apreciar o mérito das teses defensivas, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC nº 160.697/SC, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Moura, DJe de 26/3/2012)

HABEAS CORPUS. TEMAS JÁ APRECIADOS EM APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DO TRIBUNAL A QUO EM CONHECER WRIT ORIGINÁRIO. RACIONALIZAÇÃO DO USO DO REMÉDIO HERÓICO. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme preceituado pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura: "é imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal." (HC 117.696/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011)

2. Mesmo sendo o habeas corpus um dos remédios constitucionais destinados a tutelar um dos bens mais importantes - a liberdade -, o seu emprego deve submeter-se às hipóteses de cabimento.

3. No caso, as matérias ventiladas no writ originário são complexas, razão pela qual a apreciação destas por meio de habeas corpus encontra-se obstada, em face do âmbito cognitivo do remédio heroico. Portanto, não há falar em ilegalidade ou arbitrariedade da decisão que não conhece do mandamus primevo, motivo pelo qual a insurgência deve ser aviada por meio de outro instrumento processual mais adequado.

4. Ordem denegada.

(HC nº 220.301/TO, Relator o Desembargador convocado Vasco Della Giustina, DJe de 19/12/2011)

Do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REAPRECIAÇÃO DE PROVA. DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Habeas Corpus, instrumento de tutela primacial de liberdade de locomoção contra ato ilegal ou abusivo, tem como escopo precípua a liberdade de ir e vir.

2. Deveras, a cognominada doutrina brasileira do Habeas Corpus ampliou-lhe o espectro de cabimento, mercê de tê-lo mantido como instrumental à liberdade de locomoção.

3. A inadmissibilidade do writ justifica-se toda vez que a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização revela banalização da garantia constitucional ou substituição do recuso cabível, com inegável supressão de instância.

4. Consectariamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que não cabe Habeas Corpus: a) Nas hipóteses sujeitas à pena de multa (Súmula 693 do STF); b) Nas punições em que extinta a punibilidade (Súmula 695 do STF); c) Nas hipóteses disciplinares militares (art. 142 § 2 da CRFB), salvo para apreciação dos pressupostos da legalidade de sua infligência; d) Nas hipóteses em que o ato Atacado não afeta o direito de locomoção; vedada a aplicação do princípio da fungibilidade; e) Nos afastamentos dos cargos públicos por questões penais ou administrativos; f) Na preservação de direitos fundamentais que não a liberdade da locomoção de ir e vir, salvo manifesta teratologia e influência na liberdade de locomoção; g) Contra decisão de relator de Tribunal de Superior ou juiz em writ originário, que não concede o provimento liminar, porquanto erige prejudicialidade no julgamento do próprio meritum causae; h) Contra decisão de não conhecimento de writ nos Tribunal de Superior uma vez que a cognição meritória do habeas corpus pelo STF supressão de instância; salvo manifesta teratologia ou decisão contrária à jurisprudência dominante ou pela Corte Suprema.

5. A supressão de instância, por constituir error in procedendo, impede que sejam conhecidos, em sede de habeas corpus, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores. Precedentes (HC 93.904/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 094; HC 97.761/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 79.551/SP, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 73.390/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 81.115/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão).

6. A análise dos elementos de convicção acerca das circunstâncias avaliadas negativamente na sentença condenatória não é compatível com a via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes (HC 97058, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010).

7. In casu, o impetrante busca: (i) a supressão da circunstância judicial da alta culpabilidade, fulcrada no longo iter criminis percorrido, já que o Tribunal de Justiça eliminou a causa de aumento de pena da interestadualidade; (ii) a exclusão da circunstância judicial da elevada quantidade de droga, por ser o próprio elemento do tipo; (iii) o reconhecimento da incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pois, embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistente pedido nas instâncias anteriores, o STJ deveria ter concedido habeas corpus de ofício para esse fim, considerando que a quantidade de droga deve ser apreciada na primeira fase de fixação da pena, não na terceira; (iv) uma vez reconhecendo-se a minorante do “tráfico privilegiado”, objeto do pedido anterior, o reconhecimento da possibilidade de a paciente cumprir a pena em regime aberto, bem como a sua substituição por pena restritiva de direitos.

8. Os argumentos aviados no presente writ que envolvam a aplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não são passíveis de cognição nesta sede, porquanto matérias não suscitadas perante o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

9. Deveras, assiste razão ao Ministério Público, ao assentar: “Embora o uso do transporte público interurbano tenha sido valorado na terceira fase e o Tribunal estadual tenha afastado a interestadualidade, reconhecendo que “a ré iniciou e concluiu o delito dentro do Estado de Mato Grosso do Sul”, as demais circunstâncias valoradas pela sentença (natureza e quantidade da droga) são suficientes para autorizar o acréscimo de seis meses na pena-base (art. 42 da Lei nº 11.343/06).”

10. O habeas corpus, in casu, foi utilizado em substituição ao Recurso Ordinário, sem qualquer excepcionalidade que permita a preterição do meio de impugnação previsto pela Lei, motivo pelo qual não deve ser conhecido.

11. O art. 42 da Lei 11.343/06 estabelece que o juiz, ao fixar a pena, considerará a natureza e a quantidade da substância ou do produto, permitindo ao magistrado, portanto, elevar a pena base em razão da elevada quantidade de droga.

12. A análise da culpabilidade do agente tem cunho subjetivo, devendo ser realizada pelas instâncias inferiores, afigurando-se inapropriada a sua aferição em sede de habeas corpus, máxime diante da ausência de toda e qualquer teratologia da decisão.

13. Ordem denegada.

(HC nº 108.268/MS, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 5/10/2011)

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPUTAÇÃO DO DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. CONTROVÉRSIA SOBRE O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE TRANSITOU EM JULGADO PELA NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ATO COATOR EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL FEDERAL. 2. IMPETRAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PELA QUAL SE PRETENDIA A REDUÇÃO DA PENA BASE FIXADA NA CONDENAÇÃO DO PACIENTE, INVIÁVEL EM HABEAS CORPUS.

1. Este Supremo Tribunal assentou não ser possível o conhecimento de habeas corpus quando não interposto o recurso cabível para provocar o reexame da matéria objeto da impetração. Precedentes.

2. Não se presta o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente. Precedentes.

3. Ordem denegada.

(HC nº 110.152/MS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 22/6/2012)

De se ver recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal, de 21/8/2012:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. **O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.**

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal.

Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado.

(HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 6/9/2012)

No caso, constata-se que o acórdão da apelação transitou em julgado sem que fosse interposto recurso ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, preferindo a defesa a via do *habeas corpus*.

Ora, se a defesa não lançou mão dos meios recursais cabíveis, deixando transitar em julgado o acórdão vergastado, não pode, agora, valer-se do *habeas corpus* para suprir a omissão.

Entretanto, vislumbro flagrante ilegalidade capaz de superar o óbice apontado e justificar a intervenção desta Corte no que toca à fixação da pena.

Com efeito, no caso o crime é de peculato – art. 312, § 1º, do CP, pena de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa – e o Juiz de primeiro grau fixou a reprimenda básica acima do mínimo legal nos seguintes termos:

(...) Verifico que a ré ALVAIR MACEDO DA SILVA é capaz de culpabilidade, atuando de forma dolosa, motivada pelo ganho fácil às custas do dinheiro público. As circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são totalmente favoráveis. As consequências do crime não são graves, sob o aspecto financeiro, mas o fato traz descrédito à Administração Pública, é aviltante aos olhos da sociedade, abalando o fragilizado sistema previdenciário. Tais fraudes são uma das razões porque as pessoas honestas que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trabalharam e contribuíram por toda a vida não recebem seus benefícios, morrem na fila da esperança aguardando sua aposentadoria. A notícia da fraude leva intranquilidade a inúmeros segurados, sem falar na desmoralização da Previdência Social e do próprio Estado, que até hoje se ressente de tais achques. Neste mesmo sentido há vários julgados, à guisa de exemplo: É correta a fixação da pena acima do mínimo legal em virtude do vulto do prejuízo tentado e a repercussão social do fato, a incentivar as fraudes na Previdência Social, justamente por aqueles incumbidos de preveni-los e a macular o prestígio internacional do país, perante importante firma estrangeira(...) A FAC não ostenta anotações dignas de nota, para fins de antecedentes, diante do princípio da inocência. Nada há sobre sua conduta social. As circunstâncias em que o crime foi praticado revelam que a ré, servidora do INSS, utilizou-se de outros colegas, que foram enganados, para consumir o crime, envolvendo pessoas inocentes para obter seu intento criminoso. A fraude foi bem articulada, com elevado grau de especialização, uma das razões pela grande demora na apuração do crime. **Assim, fixo a pena-base acima de seu mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa**, por considerar suficiente para reprovação da conduta criminosa e demonstrar a severidade da sanção penal pela prática do gravíssimo crime de lesa-pátria, cujo objetivo é desestimular tais ilícitos, posto que é esta uma das características fundamentais da pena. **Diante da confissão espontânea desde a fase investigatória policial, reduzo em 1 (um) e 20 (vinte) dias-multa a pena base. Ante a inexistência de quaisquer circunstâncias agravantes ou atenuantes, passo à terceira fase de fixação da pena. Nesta, em razão da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CP, aumento em 2/3 (dois terços) a pena-base, tendo em vista que a acusada praticou mais de sete vezes o mesmo crime de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (...), tornando definitiva a pena em 6(seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 133 (cento e trinta e três) dias-multa.** Levando-se em consideração sua situação econômica, nos termos do art. 60 do CP, fixo no mínimo legal cada dia-multa. O regime inicial de cumprimento da pena será o semi-aberto, por força do disposto no art. 33, § 2º, do CP. (e-fl. 28) Grifei.

Como se verifica, ainda que se reconheça certa discricionariedade ao Magistrado para aplicação da reprimenda, o acréscimo superior a quase o triplo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base cominada ao delito, mostra-se irregular, mormente se considerados os fundamentos utilizados na avaliação das circunstâncias judiciais atinentes às consequências do crime, dos quais destaco: "o fato traz descrédito à Administração Pública, é aviltante aos olhos da sociedade, abalando o fragilizado sistema previdenciário."

Tais motivos, à exceção das circunstâncias do crime, revelam-se genéricos e atinentes ao próprio tipo penal, o que não justifica a pena-base aplicada em primeiro grau.

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, mostra-se adequada a redução da pena-base, porém, em patamar acima do mínimo, já que, conforme bem ressaltado na sentença, "a ré, servidora do INSS, utilizou-se de outros colegas, que foram enganados, para consumir o crime, envolvendo pessoas inocentes para obter seu intento criminoso. A fraude foi bem articulada, com elevado grau de especialização, uma das razões pela grande demora na apuração do crime."

Dessa forma, fixo a reprimenda básica em 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 20 (trinta) dias-multa. Foi reconhecida a atenuante da confissão, assim a reprimenda deve ser reduzida em 1 (um) ano (o mesmo da origem) para 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Quanto ao acréscimo pela continuidade permanece o mesmo estabelecido na sentença – 2/3 (dois terços) –, porquanto consta que a paciente praticou o delito mais de 7 (sete) vezes. Ausentes outras circunstâncias modificadoras, fica a pena estabelecida definitivamente em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão da apelação.

Quanto à fixação do regime prisional, permanece o semiaberto, uma vez que as circunstâncias judiciais não são totalmente favoráveis à paciente, motivo pelo qual também não se mostra recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pelo exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo, entretanto, ordem de ofício para reduzir a reprimenda imposta à paciente pelo crime previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 312, § 1º, do Código Penal para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.724 - ES (2009/0202436-7)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Busca o impetrante a revisão na dosimetria da pena, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos.

Acolhendo-se o posicionamento esposado pelo relator, preclaro Ministro Og Fernandes, a ordem restou concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Com a devida vênia da ilustrada maioria, ousei divergi em parte, concedendo, de ofício, a ordem em menor proporção, a fim de incidir a minoração em 1/6 (um sexto) ante a confissão espontânea, tendo alicerçado meu raciocínio nos seguintes argumentos infra-expostos.

O nobre Ministro fixou a pena-base relativa ao delito de peculato em 3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa, patamar do qual não discrepei, em atenção às circunstâncias judiciais desfavoráveis, que ainda foram mantidas na dosimetria pelo relator.

Contudo, quanto à confissão espontânea, acredito que o *quantum* de 1/6 (um sexto) aplica-se ao caso concreto.

De fato, o juiz singular reduziu a reprimenda pela atenuante em 1/6 (um sexto) em virtude de uma dada sanção, na qual se atingiu o abatimento de 1 (um) ano na reclusão.

Com a pena-base agora minorada, não se justifica, com as devidas escusas, a mitigação no patamar de 1/3 (um terço), a fim de alcançar o mesmo 1 (um) ano de redução.

De se manter, creio, a fração de 1/6 (um sexto) pela atenuante da confissão, alcançando a reprimenda o *quantum* de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 17 (dezessete) dias-multa.

Pelo crime continuado, acrescenta-se 2/3 (dois terços) na dosimetria penal, restando a sanção em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 27 (vinte e sete) dias-multa.

Ante o exposto, com vênia ao entendimento externado pela maioria, **concedo a ordem, de ofício, em menor extensão** somente a fim de fixar a reprimenda em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0202436-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 150.724 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 199850010077363
9800077464

21199
9800077466

9800077367

9800077399

9800077405

EM MESA

JULGADO: 07/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ALVAIR MACEDO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : ALVAIR MACEDO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, sendo que a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura expedia ordem de ofício em menor extensão."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.