



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.278 - PB (2009/0234288-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JOSÉ ALVES CARDOSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : FRANCISCO ARNAUD SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO NA MODALIDADE SIMPLES POR DUAS VEZES. CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO BEM ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. EXISTÊNCIA. SISTEMA TRIFÁSICO. OBSERVÂNCIA. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTES STJ. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

2. A desfavorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais justifica a aplicação da pena-base acima do mínimo, sobretudo diante das circunstâncias que envolveram a preparação do ato criminoso, relevadoras da culpabilidade exacerbada e da personalidade desvirtuada do agente, e das consequências dos delitos, que causaram sérios prejuízos a diversas vítimas.

PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. DESFAVORABILIDADE DA MAIORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há ilegalidade na fixação do modo fechado de execução quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, constata-se que a maioria das circunstâncias judiciais são negativas, indicando que a forma mais gravosa mostra-se justificada e é a mais adequada para a prevenção e repressão do crime denunciado.

RECURSO EM LIBERDADE. PACIENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DE ESTELIONATO. FUGA DA PRISÃO. NÃO COMPARECIMENTO EM JUÍZO. NECESSIDADE DE GARANTIR-SE A ORDEM PÚBLICA E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PERSISTÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUTELAR. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. PRECEDENTES DO STJ. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. Verificado que a prisão preventiva do réu foi decretada em razão de ter ficado foragido durante vários anos, tendo sido localizado apenas na ocasião em que tentava tirar o passaporte para sair do país, bem como pelo fato de sua liberdade significar um risco à ordem pública, tendo em vista a prática sucessiva de estelionatos na área de construção civil, justificada está a continuidade da custódia, como orienta esta Corte Superior.

2. *Habeas corpus* parcialmente concedido, para reduzir a pena-base imposta ao paciente, que resta definitiva em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 1 (um) dia de reclusão e pagamento de 140 (cento e quarenta) dias-multa, por violação ao art. 171, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 71 do CP, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão combatido.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de agosto de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.278 - PB (2009/0234288-2)

IMPETRANTE : JOSÉ ALVES CARDOSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
PACIENTE : FRANCISCO ARNAUD SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FRANCISCO ARNAUD SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 200.1998.009615-6/003, deu-lhe parcial provimento tão somente para excluir da condenação do paciente o valor atribuído a título de indenização mínima às vítimas, mantida, no mais, a sentença que o condenou à pena de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 171, *caput*, c/c o art. 71, ambos do CP, negando-lhe ainda o direito de recorrer em liberdade.

O impetrante alega constrangimento ilegal, ao argumento de que a sentença condenatória manteve a segregação cautelar do paciente sem apresentar qualquer fundamento idôneo que a justificasse, o que violaria o disposto no art. 93, inciso IX, da CF/88.

Considera que a Corte de origem também não mencionou qualquer motivo efetivamente ensejador da necessidade de se negar ao paciente o direito de recorrer em liberdade, ressaltando que estão ausentes quaisquer das hipóteses autorizadas previstas no art. 312 do CPP.

Destaca que a denúncia foi recebida em 21-12-1997 e que o paciente foi citado por edital, não tendo comparecido à audiência para o seu interrogatório, estando preso cautelarmente desde 25-8-2008, quando foi capturado.

Entende que a reprimenda-base foi fixada muito acima do mínimo legal, sem que o juiz singular tivesse demonstrado as razões pelas quais a teria instituído nesse patamar, o que afrontaria o princípio da individualização da pena e o sistema trifásico de fixação da sanção.

Defende que o magistrado de primeiro grau, quando da apreciação das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, limitou-se à afirmação genérica de que elas seriam, em sua quase totalidade, desfavoráveis ao paciente, sem ter apontado quaisquer elementos concretos que corroborassem com a sua asserção.

Argumenta que, segundo o disposto nos enunciados das Súmulas ns. 718 e 719 do STF, é inadmissível a fixação do regime inicial mais gravoso tão somente com base na gravidade em abstrato do delito, como teria feito o juiz singular.

Pondera que, considerando que o paciente encontra-se custodiado há 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, verifica-se que ele já cumpriu mais de 1/6 (um sexto) da pena que lhe foi imposta, razão pela qual teria o direito de progredir para o regime semiaberto, justificando, assim, a expedição liminar de alvará de soltura em seu favor.

Requeru, em sede de liminar, fosse o paciente imediatamente colocado em liberdade, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor. No mérito, pugna para que seja declarada a nulidade da sentença condenatória e do acórdão objurgado e para que seja confirmado o pleito sumário, mantendo a liberdade do paciente.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas, noticiando a progressão do paciente ao regime semiaberto, obtida em 19-1-2010 (fls. 70).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 155.278 - PB (2009/0234288-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Dos elementos que instruem os autos percebe-se que o paciente foi denunciado, juntamente com outros acusados, em duas ações penais, em ambas por violação ao art. 171, *caput*, do CP, que foram reunidas por decisão do Juízo singular, com fundamento no previsto no art. 71 do CP.

Na primeira ação penal evidencia-se que o Ministério Público ofereceu denúncia em desfavor do paciente porque, em 25-8-1994, constituiu uma sociedade comercial destinada à construção e venda de apartamentos na planta e uniu-se ao segundo denunciado, corretor de imóveis, visando lesar várias pessoas na venda de unidades no edifício Maricelma II, entre elas as vítimas descritas na denúncia, em número de três, as quais compraram os imóveis, mas jamais os receberam, pois o prédio sequer foi construído (fls. 25).

Consta que na referida ação o ora paciente, citado por edital, deixou de comparecer em juízo, tendo ficado suspensos o processo e o prazo prescricional.

Após quase dez anos de suspensão sem que houvesse notícia do paradeiro do paciente, este foi localizado em "Recife-PE, na sede da Polícia Federal, tirando o passaporte para sair do país, razão pela qual foi decretada sua prisão preventiva" (fls. 26).

Com a prisão do paciente, descobriu-se que respondia a outra ação penal, também pelo crime de estelionato na sua modalidade simples, em razão dos seguintes fatos:

[...] o acusado, em parceria com os outros acusados, estes proprietários da construtora El-Shaday, usaram de artifícios ardilosos e venderam à vítima [...], um dos apartamentos no edifício Residencial Multifamiliar, num plano de 100 (cem) prestações, recebendo, no ato, a chave de uma casa no Geisel, uma linha telefônica, no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), e ainda 19 (dezenove) parcelas, no valor, cada, de R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais). No entanto, a vítima descobriu que a construtora havia falido e nenhum



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tijolo tinha sido erguido no terreno. (fls. 26)

Também nesta ação o réu deixou de comparecer em juízo após haver sido citado por edital, ensejando novamente a suspensão do processo e do prazo prescricional. Após a notícia da sua captura, a prisão preventiva foi decretada também nestes autos.

Os processos foram reunidos, por entender o togado singular se tratarem de crimes cometidos em continuidade delitiva, ou seja, perpetrados pelo mesmo acusado, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, tendo o paciente findado condenado ao cumprimento de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 171, *caput*, c/c art. 71 do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso apenas para excluir da condenação o valor atribuído a título de indenização mínima às vítimas, mantida, no mais, a sentença condenatória.

No que se refere à sustentada ilegalidade na exasperação das sanções básicas impostas, necessário se faz, para melhor análise da questão *sub examine*, transcrever o seguinte trecho da sentença condenatória, *verbis*:

O estelionato em que foi vítima Ildeci Vieira Tavares:

A culpabilidade: *é manifesta, tendo o acusado agido com grande reprovabilidade ao vender, na planta, um imóvel que sabia previamente não iria ser construído, inclusive simulando a edificação em terreno alheio;*

Antecedentes: *apesar de ser tecnicamente primário, tem péssimos antecedentes, pois já foi condenado, pelo mesmo crime, nesta Vara, mas quando cumpria pena fugiu, estando ainda a responder processos neste juízo e na 1ª Vara Distrital de Mangabeira, conforme certidão de fls. 150/152 do segundo processo;*

Conduta social: *comprometedora em razão das várias ações criminosas, sendo conhecido como "useiro e vezeiro" na prática de embuste, notadamente no ramo da construção civil;*

Personalidade: *censurável, revelando-se portador de um*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

péssimo caráter, sem o menor escrúpulo, visando apenas o lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio; lesou várias outras pessoas e depois fugiu;

Motivos: *não vi motivos para o crime, a não ser a astúcia e ganância típicos do estelionatário.*

Circunstâncias: *favorecem a prática da infração, pois houve a criação de uma construtora, a confecção do contrato e início de uma construção para atrair a vítima;*

Consequências: *de ordem financeira foram graves, tanto para a vítima Ildeci que pagou o imóvel, quanto para a construtora 3-E Engenharia, que recebeu daquela como pagamento de outro imóvel e também para o Sr. Petrônio Carreira, dono do terreno, que arcou com despesas para demolir os pilares, sem que até agora tenha havido ressarcimento;*

Comportamento da vítima: *em nada concorreu para o crime, ao contrário, foi ludibriada em sua boa fé.*

Por tais razões, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão [...].

[...]

O estelionato em que foi vítima Carlos Alberto dos Santos Alves:

A culpabilidade: *é manifesta, tendo o acusado agido com grande reprovabilidade ao vender, na planta, um imóvel que sabia previamente não iria ser construído, sequer chegando a erguer um tijolo;*

Antecedentes: *apesar de ser tecnicamente primário, tem péssimos antecedentes, pois já foi condenado, pelo mesmo crime, nesta Vara, a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses, mas quando cumpria pena fugiu, estando ainda a responder processos, por igual delito, neste juízo e na 1ª Vara Distrital de Mangabeira, conforme certidão de fls. 150/152;*

Conduta social: *comprometedora em razão das várias ações criminosas, sendo conhecido como "useiro e vezeiro" na prática de embuste, notadamente no ramo da construção civil;*

Personalidade: *censurável, revelando-se portador de um péssimo caráter, sem o menor escrúpulo, visando apenas o lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio; lesou várias outras pessoas e depois fugiu;*

Motivos: *não vi motivos para o crime, a não ser a astúcia e ganância típicos do estelionatário.*

Circunstâncias: *favorecem a prática da infração, pois houve a criação de uma construtora, no nome da esposa, confeccionou o contrato e assim atraiu a vítima;*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consequências: de ordem financeira foram graves, pois a vítima se desfez de sua casa, uma linha telefônica e ainda pagou 19 prestações, cada uma de R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais) sem que tenha sido ressarcida.

Comportamento da vítima: em nada concorreu para o crime, ao contrário, foi ludibriada em sua boa fé.

Por tais razões, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão [...].

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalteradas as reprimendas básicas, sob a seguinte fundamentação:

No tocante à súplica de que houve exagero no quantum da pena-base, entendo que melhor sorte não acompanha o apelante, pois, não há nenhum excesso a ser modificado, até porque o magistrado deteve-se, realmente, nos elementos probatórios carreados aos autos, haja vista que todos eles, além de apontarem para o increpado como autor do crime de estelionato, influíram, terminantemente, nos moduladores do art. 59 do CP, tanto que forma desfavoráveis em sua totalidade, impulsionando o julgador a se afastar do mínimo legal.

Por conseguinte, não há como apontar falha na sentença, pois, basta observar que o MM. Juiz bem dimensionou, com clara satisfação, a exigida fundamentação dentro dos limites traçados no bojo do álbum processual e de acordo com o livre convencimento racional, que lhe é, processualmente, assegurado. (fls. 21)

Inicialmente, cumpre destacar que não há o que se falar em nulidade da sentença por ofensa ao sistema trifásico ou por ausência de fundamentação que justificasse a exasperação aplicada na primeira fase da dosimetria, isto porque, ao contrário do que alega o impetrante, percebe-se, da leitura do trecho do referido *decisum* supra transcrito, que o magistrado singular analisou detalhadamente cada uma das circunstâncias judiciais e apresentou motivação para a avaliação negativa ou positiva de todas elas, tendo, inclusive, realizado a aplicação da pena separadamente para cada fato criminoso imputado ao autor, terminando por, em razão da continuidade delitiva, *"considerando que as penas são idênticas e duas foram as ações, aplico sobre uma delas o acréscimo de 1/6, perfazendo, em definitiva, a reprimenda de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão"* (fls. 34), inexistindo quaisquer das ilegalidades aventadas na petição inicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aliás, verifica-se que o impetrante, ao impugnar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, deixou de atacar especificamente cada uma das circunstâncias avaliadas negativamente pelo juiz sentenciante e demonstrar a razão pela qual, supostamente, cada uma delas teria sido analisada erroneamente, tendo se limitado a postular genericamente pelo reconhecimento da nulidade da sentença condenatória ante a sustentada inobservância dos artigos 59 e 68 do Código Penal e do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o que, de fato, conforme já restou demonstrado, não ocorreu na hipótese.

Vencido este ponto, cumpre esclarecer que aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Na hipótese em apreço, verifica-se que foram consideradas desfavoráveis ao paciente, na primeira fase da dosimetria, as circunstâncias judiciais **da culpabilidade, dos antecedentes, da personalidade, da conduta social, das circunstâncias e consequências do delito**, e assim estabeleceu-se a reprimenda básica bem acima do mínimo legal para o tipo penal em que condenado o agente, tendo a Corte impetrada entendido devida a sanção fixada, diante das particularidades do caso.

Verifica-se que considerou-se negativos os antecedentes e a conduta social do paciente haja vista a existência de inquéritos policiais e de ações penais em andamento em seu desfavor, e, nesse ponto, as instâncias ordinárias foram contrárias ao entendimento pacificado nessa Corte Superior e no colendo Supremo Tribunal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda não transitadas em julgado, não poderiam ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Aliás, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Dessa forma, merece afastada a consideração negativa destas duas circunstâncias judiciais.

Quanto às demais, não há ilegalidade a ser declarada, pois não se pode acoimar de constrangedor o aresto combatido no ponto em que manteve a pena-base acima do mínimo, já que, segundo consta dos autos, o paciente criou duas empresas de construção civil, uma delas inclusive no nome de sua esposa, para mais fácil ludibriar os ofendidos, lavrando contratos de compra e venda, visando dar aparência de legalidade aos negócios que fazia - compra e venda de apartamentos na planta que jamais foram construídos -, causando sérios prejuízos a diversas vítimas, não se podendo olvidar, ainda, que por duas vezes furtou-se a comparecer em juízo, sendo que na primeira ação penal o processo ficou suspenso por quase 10 (dez) anos, somente retomando seu curso quando cumprido o mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do agente, fatores que autorizam a conclusão pela desfavorabilidade das circunstâncias judiciais da culpabilidade, personalidade, forma como cometido o crime e consequências do delito.

Nesse contexto, constatada a inadequação apenas parcial da sentença e do acórdão proferidos, e a predominância das circunstâncias judiciais desfavoráveis, de ser reduzida a reprimenda básica imposta ao paciente para 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 70 (setenta) dias-multa, para ambos os delitos de estelionato por ele praticados, sobretudo diante das circunstâncias que envolvem a preparação do ato criminoso, relevadoras da culpabilidade exacerbada e da personalidade desvirtuada do agente, para ambos os delitos de estelionato cometidos pelo agente.

Presente a atenuante da confissão espontânea, reduz-se a sanção no mesmo patamar procedido na sentença - de 4 (quatro) meses - perfazendo a reprimenda 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantida a de multa, que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sofre alteração nessa etapa.

Reconhecida a continuidade delitiva, eleva-se a pena de 1/6 (um sexto), como feito na condenação, totalizando definitivamente em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 1 (um) dia de reclusão e pagamento de 140 (cento e quarenta) dias-multa, nos termos do art. 72 do CP, diante da ausência de outras causas modificativas.

Quanto ao regime prisional estabelecido, verifica-se que o magistrado singular destacou que deveria ser fixado o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda nos termos do art. 33, § 3º, do CP, em razão de as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do CP, *"serem, em quase sua totalidade, desfavoráveis ao paciente"* (fls. 34).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o modo mais gravoso de execução, *"à luz do art. 33, § 3º, do CP"*, tendo em vista que *"as circunstâncias judiciais lhe foram, totalmente, desfavoráveis"* (fls. 21 e 22)

E, assim decidindo, não se pode considerar ilegal o acórdão impetrado no ponto em que preservou o regime inicialmente fechado de cumprimento de pena, pois, mesmo diante do afastamento das circunstâncias judiciais referentes aos antecedentes criminais e à conduta social, e embora a reprimenda do paciente tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos, a desfavorabilidade da maioria das circunstâncias judiciais desfavoráveis justificam a imposição do modo mais gravoso, sobretudo tendo sido evidenciada a reiteração criminosa no mesmo tipo de crime.

Assim, embora a pena do condenado tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior 8 (oito) anos de reclusão, não há o que se falar em coação ilegal no tocante à imposição da forma fechada de execução, ainda mais quando a remansosa jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse norte:

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS.
CONTRADIÇÃO. EQUÍVOCO CONFIGURADO. ATRIBUIÇÃO DE
EFEITOS INFRINGENTES. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÃO. CONSEQUÊNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Conforme dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou ambiguidade existentes no julgado.

2. A atribuição de efeitos infringentes somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um dos defeitos elencados nos incisos do art. 619, a alteração do julgado seja consequência inarredável da correção do referido vício;

bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto, que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado.

Precedentes.

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, 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. Precedentes do STJ.

4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, a fim de, sanando a contradição apontada, manter o regime inicial fechado estabelecido pela sentença condenatória.

(EDcl no HC 202.357/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 03/11/2011)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME CONTINUADO. 3 VÍTIMAS (DUAS COM 9 ANOS E UMA COM APENAS 6 ANOS). PENA CONCRETIZADA: 7 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 6 ANOS. PACIENTE CONDENADO AO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO EM PRIMEIRO GRAU. ÓBICE À PROGRESSÃO CASSADO PELO TRIBUNAL A QUO. ELEIÇÃO DO REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL NÃO ADSTRITO À QUANTIDADE DA SANÇÃO IMPOSTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Na fixação do regime inicial de cumprimento da pena (art. 33, § 3º do CPB), o Juiz, com acerto judicante, não leva em conta tão só e apenas o total da reprimenda aplicada, mas realiza a análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB), tendo em vista a finalidade de dito regime carcerário.

2. São distintos e inconfundíveis os propósitos e finalidades da operação intelectual do Juiz (i) para fixar o quantum da pena e (ii) para estabelecer o regime prisional do seu cumprimento, apesar de se valer do mesmo contexto de circunstâncias do art. 59 do CPB; na primeira delas, dá-se prioridade à verificação da culpabilidade do réu, mensurando a sanção pela medida necessária à repressão do ilícito, enquanto, na segunda, se tem como meta a segurança da sociedade e a reeducação do agente, daí porque não há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correlação necessária ou de causa e efeito entre uma e outra operação. Esta correlação só ocorre quando a pena é superior a oito anos.

3. Inexiste constrangimento ilegal ou erro judicial na determinação do regime fechado para o início de cumprimento da pena, ainda que esta tenha sido fixada no mínimo legal, pois a forma de cumprimento não está adstrita à quantidade da sanção imposta, de maneira a obrigar o Magistrado a escolher regime mais brando apenas em função desse fator.

4. Se o Juiz, por benevolência, impuser pena mais branda do que a que deveria ter aplicado, não está ele obrigado a ser, também, benévolo na imposição do regime inicial de cumprimento dela, por não estar impedido de cumprir a lei com referência a esse regime. (HC 77.613/SP, Rel. para acórdão Min. MOREIRA ALVES, DJU 14.04.2000).

5. A Lei desatreia a pena aplicada do regime prisional, ainda que fundados nos mesmos critérios, ao impor o regime fechado ao condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 anos e ao facultar o regime semi-aberto ao condenado à pena de mais de 4 até 8 anos (CPB, art. 33, § 2º, a e b), de forma a permitir que o Juiz, levando em conta a periculosidade do agente e a segurança da sociedade, imponha o regime prisional adequado. Faz o mesmo quando prevê a hipótese de transferência a regime mais rigoroso (CPB, art. 33, § 2º, e LEP, art. 118) (STF, HC 75.508/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJU 07.11.1997).

6. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

7. Habeas Corpus denegado. (HC 98.295/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/5/2008, DJe 30/6/2008)

Finalmente, em relação ao direito recorrer em liberdade, evidencia-se que o magistrado sentenciante assim se manifestou:

O acusado está com prisão preventiva decretada porque esteve foragido durante vários anos, sendo localizado apenas quando tentava tirar um passaporte para sair do país.

Violou, seguidamente, a ordem pública com a prática de sucessivos estelionatos, representando em liberdade, um risco para a paz social.

Há notícia de que, após condenado, fugiu quando cumpria pena, sendo esse um forte indicativo de que, caso seja solto, não aguardará inerte os efeitos desta sentença.

Assim estando presentes os motivos que ensejaram sua prisão preventiva, mantenho-a, por seus fundamentos, denegando o direito de apelar em liberdade, na forma do disposto no parágrafo único do art. 387 do CPP. (fls. 35)

O Tribunal a quo, por sua vez, manteve o entendimento do Juízo singular,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando "a configuração de todos os fundamentos do art. 312, do CPP" (fls. 23).

Da leitura acurada dos autos, nota-se que ao paciente foi negado o direito de aguardar em liberdade o julgamento de eventual recurso sob o argumento de que a sua prisão preventiva teria sido decretada em razão deste haver ficado foragido durante vários anos, tendo sido localizado apenas na ocasião em que tentava tirar um passaporte para sair do país, bem como pelo fato de sua liberdade significar um risco à paz social, tendo em vista a prática sucessiva de estelionatos na área de construção civil, não se podendo olvidar, ainda, que o magistrado singular afirmou haver notícia de que o paciente, *"após condenado, fugiu quando cumpria pena, sendo esse um forte indicativo de que, caso seja solto, não aguardará inerte os efeitos desta sentença"* (fls. 35).

Assim, evidencia-se que o Juízo Singular considerou adequado manter o paciente recolhido ao cárcere, entendimento ratificado pela Corte Estadual, justificando com base em argumentos idôneos que a custódia se fazia necessária ante a persistência dos requisitos insculpidos no art. 312 do CPP, sobretudo a necessidade de garantir-se a ordem pública e de assegurar-se a aplicação da lei penal, estando-se, então, diante da excepcionalidade quanto à prisão.

Destarte, demonstrada, com base em elementos concretos dos autos, a presença do *periculum libertatis*, justificada está a continuidade da custódia imposta ao paciente, como orienta esta Corte Superior, da qual são exemplos os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. QUESTÃO SUPERADA. APELO EM LIBERDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Com a prolação de sentença condenatória, fica superada a alegação de excesso de prazo na instrução criminal. Aplicação da Súmula n.º 52 do Superior Tribunal de Justiça.

2. A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. Ademais, constata-se que a decisão que indeferiu o benefício da liberdade provisória, além de fundamentar com a vedação contida no art. 44 da Lei de Entorpecentes, apresentou razões bastantes para, isoladamente, justificar a manutenção da prisão cautelar da Paciente.

4. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento "de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF, HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 28/08/08.) 5. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, na parte restante, denegada a ordem. (HC 163.366/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 06/04/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. O direito de apelar em liberdade da sentença condenatória não se aplica ao réu preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de prisão em flagrante ou de prisão preventiva.

Precedentes.

II. Não se vislumbra constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar depois que foi proferida condenação pendente de recurso, pois já afastada, ainda que não definitivo, a presunção de inocência do acusado.

III. Exatamente neste sentido andou a Reforma Processual Penal de 2008, que manteve em vigor o art. 393 do CPP, segundo o qual, é efeito da sentença condenatória recorrível ser o réu preso ou conservado na prisão.

IV. Ordem denegada.

(HC 173.302/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

Ademais, em consulta à página eletrônica do Tribunal impetrado, constata-se que a condenação transitou em julgado para as partes, baixando os autos ao Juízo de origem em 27-4-2010.

Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, para reduzir a pena-base imposta ao paciente, que resta definitiva em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 1



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(um) dia de reclusão e pagamento de 140 (cento e quarenta) dias-multa, por violação ao art. 171, *caput*, por duas vezes, na forma do art. 71 do CP, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão combatido.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0234288-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 155.278 / PB
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20019980096156 20019980100644

EM MESA

JULGADO: 14/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : JOSÉ ALVES CARDOSO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA

PACIENTE : FRANCISCO ARNAUD SILVA (PRESO)

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.