



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.084 - SP (2016/0123413-6)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : ANTONIO JOSE CARVALHO SILVEIRA
ADVOGADO : ANTÔNIO JOSÉ CARVALHO SILVEIRA - SP092285
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ODAIR LUIZ PEREIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE ESTELIONATO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO GERADORA DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA EM FACE DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA O REGIME MAIS GRAVOSO – O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Mostra-se legítima a valoração negativa dos *antecedentes* do réu com base na existência de uma condenação definitiva em seu desfavor, não obstante sua primariedade.
3. O conceito de *maus antecedentes*, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem *reincidência*, mas servem como *maus antecedentes*.
4. Anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa da personalidade. Inteligência da Súmula 444/STJ.
5. A presença de circunstância judicial desfavorável constitui fundamento concreto para a imposição do regime prisional mais gravoso, qual seja, o semiaberto – por se tratar de réu primário, condenado à pena reclusiva inferior a quatro anos de reclusão – e não o fechado.
6. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, descabida a concessão da substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das penas, nos termos do art. 44, III, do CP.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas do paciente a 1 ano e 2 meses de reclusão e 12 dias-multa, fixando o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de novembro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.084 - SP (2016/0123413-6)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : ANTONIO JOSE CARVALHO SILVEIRA

ADVOGADO : ANTÔNIO JOSÉ CARVALHO SILVEIRA - SP092285

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ODAIR LUIZ PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

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

Narra o impetrante que o paciente foi condenado, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 ano, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 dias-multa.

Interposta apelação, foi-lhe negado provimento.

Alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista a falta de fundamentação para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como para a imposição do regime inicial fechado. Ressalta que inquéritos em andamento não servem como fundamento para exasperação da pena-base, sob pena de afronta à Súmula 444/STJ.

Requer, assim, inclusive liminarmente, seja reduzida a pena-base ao mínimo legal, com o afastamento da vetorial dos maus antecedentes, e a fixação do regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 37/46.

Foram prestadas as informações às fls. 29/77 e 80/88.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, às fls. 91/93.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.084 - SP (2016/0123413-6)

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 o paciente foi condenado pela prática do crime de estelionato, art. 171, *caput*, do Código Penal.

Insurge-se o 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 condenatória e do acórdão que a confirmou, *in verbis*:

DOSIMETRIA DA PENA:

I — PENA-BASE

*Considerando e atendendo à **culpabilidade** dos Réus, tenho que não se reveste o fato praticado de reprovabilidade anormal ou exacerbada, tendo o dolo sido regular ao tipo; aos seus **antecedentes**, observo que os Réus possuem inúmeros processos criminais, a maioria em andamento, contando maus antecedentes, porque os réus Odair (fl. 279) e Alan (fl. 286) possuem cada um no mínimo uma condenação por fato anterior, porém com trânsito em julgado posterior ao cometimento deste, de maneira que não podem ser levadas em conta para reincidência, mas aqui não há impedimentos para o efeito diante da certeza da culpabilidade, inclusive por fato específico (estelionato); à **conduta social**, não se tem nos autos elementos para aferi-las contrariamente ao interesses dos Réus, pois dizem respeito tão-só à forma com que eles se relacionam com seus pares em seu meio; à **personalidade**, deturpada, pois envolvidos com diversos processos por crimes de estelionato, de maneira que ela é, evidentemente, voltada para o crime; aos **motivos do crime** não havendo especificação quanto aos motivos que realmente os levaram ao delito, a presunção é de que foram eles motivados pela perspectiva de lucro fácil, mas tal*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

móvel não é alheio aos delitos contra o patrimônio em geral, razão pela qual deixo de considerar essa circunstância em desfavor dos Réus; às circunstâncias do crime, respeitante estas, não há nada que refuja à normalidade dos delitos de estelionato; às consequências do crime foram de uma só ordem: o prejuízo da vítima, mas isso é inerente ao tipo; e, finalmente, quanto ao comportamento da vítima, saliente-se que ela em nada contribuiu para a conduta delituosa; tampouco instigou os Réus a pratica-las. Deixo, assim, de considerar esta circunstância.

Assim, fixo sua pena base pelo delito de estelionato para os Réus em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e a multa pecuniária em 14 (quatorze) dias-multa, sendo cada dia-multa referente à 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato (art. 49 e seu § 1º, do Código Penal).

II - PENA PROVISÓRIA

Passo à análise das agravantes e das atenuantes e fixação da pena provisória e, no ensejo, não vislumbro quaisquer circunstâncias que possam ser apreciadas para agravar ou atenuar a pena, já que, como exposto na fase anterior, apesar dos diversos envolvimento criminais justamente por estelionato, tecnicamente primários.

Assim, passo ao exame da fase seguinte, ficando a pena, por ora, inalterada.

III - PENA DEFINITIVA

Também ausentes quaisquer circunstâncias especiais ou gerais capazes de ensejar o aumento ou diminuição das penas encontradas, torno-as definitivas no montante encontrado na fase anterior. (fls. 43/44 - sentença).

Legítima, portanto, a expiação.

O acréscimo à pena-base é justo. Com efeito, os réus têm maus antecedentes (fls. 279 Odair; fls. 286 - Alan) e personalidade voltada para senda do crime (fls. 250/260 e 270/303). Portanto, militam em desfavor deles as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. E se tal são desfavoráveis, alteando a pena-base, justificado o regime mais drástico, circunstâncias que, reunidas, por inelutável consequência, afastam possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (art. 44, III, CP) ou a suspensão condicional da pena (art. 77, II, CP).

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento aos recursos. (fl. 11 - acórdão).

Como é consabido, em regra não se presta o *habeas corpus* 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. A propósito: STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe de 01/09/2011, HC 252.449/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014.

Consoante consta dos autos, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em face da valoração negativa das circunstâncias judiciais dos *antecedentes criminais* e da *personalidade*.

Quanto aos *antecedentes* do paciente, foram negativamente valorados em virtude de ostentar, no mínimo, *uma condenação por fato anterior, porém com trânsito em julgado posterior ao cometimento deste, de maneira que não podem ser levadas em conta para reincidência, mas aqui não há impedimentos para o efeito diante da certeza da culpabilidade, inclusive por fato específico (estelionato)* (fl. 43).

Compulsando a Folha de Antecedentes Criminais, acostada aos autos às fls. 87/88, verifica-se que o paciente à época da sentença possuía, de fato, uma condenação definitiva em seu desfavor.

Com efeito, o conceito de *maus antecedentes*, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem *reincidência*, mas servem como *maus antecedentes*, inexistindo, portanto, o alegado constrangimento ilegal.

Outrossim, a *personalidade* do agente foi considerada *deturpada* (fl. 43), apenas porque *envolvido com diversos processos por crimes de estelionato, de maneira que ela é, evidentemente, voltada para o crime* (fl. 43).

Ocorre que anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa de nenhuma circunstância judicial, por força da Súmula 444/STJ: *[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO DA CONFISSÃO PARA A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DEVIDO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. INEXISTÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA EM DESFAVOR DOS PACIENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. RÉUS PRIMÁRIOS. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HC NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. A teor do entendimento cristalizado na Súmula 444/STJ: [é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

5. Uma vez reduzida a pena-base ao mínimo legal, tratando-se de réus primários, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, fixando o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas reclusivas (HC 194.634/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 17/03/2015).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO À PERSONALIDADE DO AGENTE (EN. 444/STJ). SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTO IDÔNEO (EN. 269/STJ). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

IV - Nesse sentido, o aumento de 1/6 na pena-base em relação à má personalidade, baseada apenas afirmação de que o paciente seria pessoa voltada à prática de estelionatos, não se coaduna com o entendimento disposto no enunciado nº 444 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, o qual assenta ser "vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base".

V - A despeito do montante final da pena (1 ano e 4 meses de reclusão), "é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (En. 269/STJ).

VI - Destaca-se que o Paciente é reincidente específico o que, nos termos do art. 44, § 3º, do CP, impede a conversão pretendida. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena-base, tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto. (HC 293.847/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 19/12/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, assim, ao redimensionamento das penas:

Consoante já salientado, tendo em conta que, de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, apenas uma delas foi assim considerada mediante fundamento válido, reduzo a pena-base, proporcionalmente, a 1 anos e 2 meses de reclusão e 12 dias-multa, tornando-a definitiva nesse patamar, à míngua de outras causas modificativas.

Verifica-se, ainda, quanto ao regime, a presença de ilegalidade flagrante, apta a justificar a concessão da ordem de ofício.

Com efeito, muito embora as instâncias ordinárias tenham se valido de fundamento concreto para a imposição do regime prisional mais gravoso, qual seja, a presença de circunstância judicial desfavorável, tal motivação, apesar de válida, apenas pode justificar a fixação do regime mais gravoso, qual seja, o semiaberto – por se tratar de réu primário, condenado à pena reclusiva inferior a quatro anos de reclusão – e não o fechado.

Já quanto ao pleito de substituição das penas, uma vez fixada a pena-base acima do mínimo legal, com o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, justificada a negativa da concessão da benesse, ante o não atendimento dos pressupostos legais do art. 44, III, do CP.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Concedo, porém, a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 2 meses de reclusão e 12 dias-multa, fixando o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0123413-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 356.084 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020613820098260220 20613820098260220 252009 3932009

EM MESA

JULGADO: 10/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO JOSE CARVALHO SILVEIRA
ADVOGADO : ANTÔNIO JOSÉ CARVALHO SILVEIRA - SP092285
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ODAIR LUIZ PEREIRA (PRESO)
CORRÉU : ALAN ROGGER ROSA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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