



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.726 - SP (2011/0058703-1)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : FÁBIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : REINALDO ROBERTO CAFFÉ
PACIENTE : SANDRO SILVA CAFFÉ

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO MAJORADO (ART. 171, § 3º, CP). *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DA AÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. CRIME COMETIDO CONTRA A CAIXA - CEF ECONÔMICA FEDERAL. OBTENÇÃO DE SAQUE DO FGTS MEDIANTE DOCUMENTAÇÃO FALSA. OFENSA A INTERESSES E SERVIÇOS DA UNIÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. MAJORANTE DECORRENTE DO FATO DE O CRIME TER SIDO COMETIDO CONTRA ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO (ART. 171, § 3º, CP). CONSEQUÊNCIA DO RECONHECIMENTO DE QUE A CONDUTA CONSISTENTE EM OBTER SAQUES DO FGTS MEDIANTE DOCUMENTAÇÃO FALSA INDICA EVENTUAL OFENSA A INTERESSES E SERVIÇOS DA UNIÃO. COAÇÃO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DECORRENTE DA DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. MAGISTRADO QUE TOMOU AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA EVITAR OFENSA À AMPLA DEFESA E OCORRÊNCIA DA NULIDADE. PREJUÍZO. AUSÊNCIA. PENA-BASE EXASPERADA A TÍTULO DE CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MENÇÃO A CIRCUNSTÂNCIAS QUE DESBORDAM DO CRIME DE ESTELIONATO. DEMISSÃO DE SERVIDORES. COAÇÃO ILEGAL. AUSÊNCIA.

1. É inadmissível o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso ordinariamente previsto na legislação processual penal ou, especialmente, no texto constitucional (precedentes do STJ e do STF).
2. Apesar de se ter solidificado o entendimento no sentido da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do recurso cabível, este Superior Tribunal analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de coação manifesta à liberdade de locomoção, não tendo sido aplicado o referido entendimento de forma irrestrita, de modo a prejudicar eventual vítima de coação ilegal ou abuso de poder e convalidar ofensa à liberdade ambulatorial.
3. Busca a impetração a anulação da ação penal que imputou aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pacientes o crime de estelionato majorado, ao argumento de incompetência do Juízo processante, de nulidade decorrente da deficiência da defesa técnica durante a instrução e da insuficiência de provas a justificarem a condenação, ou, subsidiariamente, a redução da reprimenda definitiva, como consequência do afastamento da causa especial de aumento decorrente de o crime ter sido cometido contra entidade de direito público, bem como da fixação da reprimenda-base no mínimo legal.

4. Firmou-se no âmbito da Terceira Seção deste Superior Tribunal a compreensão de que a utilização de documentos falsos para a liberação da cota do PIS e do FGTS na Caixa Econômica Federal - CEF indica eventual ofensa a interesses e serviços da União, sobressaindo-se a competência da Justiça Federal para o processamento do delito.

5. Evidenciado que este Superior Tribunal, em caso semelhante ao dos autos, consolidou o entendimento de que a utilização de documento falso para fins de obtenção de saque indevido do FGTS, em detrimento da CEF configura eventual ofensa a interesses e serviços da União, a consequência lógica seria a aplicação da majorante decorrente da prática do crime de estelionato contra entidade de direito público (art. 171, § 3º, do CP).

6. Ainda que o defensor constituído pelos pacientes tenha-se mostrado inerte durante a instrução criminal, o que poderia causar eventual ofensa à ampla defesa, tal não ocorreu, porque o magistrado singular tomou as providências cabíveis para evitar a ocorrência da nulidade, tendo nomeado a Defensoria Pública e, ante a sua inércia por causa de uma greve à época, indicado defensor dativo, donde se infere a não ocorrência de prejuízo, indispensável para se configurar a nulidade.

7. Este Superior Tribunal entende que a ausência da defesa prévia prevista no modificado art. 395 do Código de Processo Penal pela Lei n. 11.719/2008 não configura nulidade, sendo dispensável.

8. Alcançar conclusão no sentido da insuficiência de provas, aptas a consubstanciar a condenação dos acusados, demanda a análise do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*, carente de dilação probatória.

9. Não se vislumbra ausência de fundamentação na exasperação da pena-base, a título de consequências do crime, quando evidenciado que o magistrado singular, corroborado pelo Tribunal de origem, fez menção a circunstâncias que desbordam do próprio tipo penal de estelionato, ao afirmar que, *além de causar prejuízo à Caixa Econômica Federal, prejudicaram também os servidores da FEBEM, pessoas simples e humildes, vítimas secundárias do delito, que foram enganados, na ilusão de que receberiam o que lhes era devido e acabaram, em sua grande maioria, sendo demitidos da Instituição, fato que também justifica a elevação da pena.*

10. *Writ* não conhecido, devendo ser cassada a liminar anteriormente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferida.

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, por unanimidade, não conhecer da ordem, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 08 de abril de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.726 - SP (2011/0058703-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de **Reinaldo Roberto Caffé** e **Sandro Silva Caffé**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Narram os autos que o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo/SP condenou os pacientes, juntamente com outros corréus, como incurso no art. 171, § 3º, do Código Penal, tendo sido aplicadas ao paciente Reinaldo Roberto Caffé as penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 328 dias-multa, e ao paciente Sandro Silva Caffé as penas de 4 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 246 dias-multa (fls. 33/73 – Ação Penal n. 0106056-27.1997.4.03.6181).

Inconformada, a defesa interpôs apelação criminal na colenda Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena-base dos pacientes e fixar o regime inicial aberto de cumprimento da pena, resultando a reprimenda definitiva do paciente Reinaldo Roberto Caffé em 2 anos, 11 meses e 16 dias de reclusão e 120 dias-multa e a do paciente Sandro Silva Caffé em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 90 dias-multa (fls. 164/197 – Apelação Criminal n. 0106056-27.1997.4.03.6181):

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO. LEVANTAMENTO FRAUDULENTO DE FGTS. ART. 171 DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINARES. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NO INTERROGATÓRIO REALIZADO EM JUÍZO E DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE. CRIME PRATICADO CONTRA A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA E DOLO DEMONSTRADO EM RELAÇÃO A TRÊS DOS QUATRO CONDENADOS. AUSÊNCIA DE PROVA DA PARTICIPAÇÃO EM RELAÇÃO A ESTE ÚLTIMO. ABSOLVIÇÃO. ART. 386, VII, DO CPP. DOSIMETRIA DA PENA. AÇÕES PENALIS EM ANDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO PODE SER EMPREGADA PARA AGRAVAR A PENA. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CP. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFIGURAÇÃO. CRIME PRATICADO CONTRA ENTIDADE PÚBLICA ADMINISTRADORA DE RECURSOS POPULARES. CAUSA DE AUMENTO DO § 3º DO ART. 171 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. Inexiste nulidade do interrogatório judicial realizado sem a presença de defensor, quando o ato ocorreu antes da vigência da Lei nº 10.792/2003, período em que o interrogatório judicial não estava sujeito ao contraditório, pois, consoante o disposto no art. 187 do CPP, tratava-se de ato personalíssimo, com as características da judicialidade e da não-intervenção da acusação e da defesa. Precedentes do STJ.

2. A ausência de apresentação de defesa prévia não gera nulidade ao processo, ressalvada a hipótese de o defensor não ter sido intimado para o ato, tendo em vista que a peça é de cunho facultativo. Precedentes do STF e do STJ.

3. O sujeito passivo do estelionato narrado na denúncia é a Caixa Econômica Federal, pessoa jurídica de direito público federal, a qual era responsável pela guarda dos valores sacados, e não os correntistas do FGTS, que foram beneficiados pela fraude. Desse modo, é da Justiça Federal a competência para o processamento e julgamento do feito, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.

4. Materialidade, autoria e o dolo amplamente comprovados em relação a três dos quatro condenados em primeira instância.

5. Não se mostra possível sustentar o decreto condenatório exclusivamente em declarações colhidas de terceiros na fase inquisitiva que não puderam ser confirmadas em juízo em virtude da morte da testemunha, por se tratar de elemento de convicção que não foi submetido ao crivo do contraditório. Absolvição que se impõe, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

6. Ante o teor da súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, a existência de inquéritos e ações penais não transitadas em julgado não pode ser invocada pelo juiz na primeira fase da dosimetria para agravar a pena.

7. A atenuante facultativa nominada do artigo 66 do Código Penal permite ao magistrado, de acordo com seu prudente arbítrio, reduzir a pena em virtude da verificação de circunstância relevante, seja anterior, seja posterior ao crime. Todavia, se mostra necessário que o fato invocado pela defesa guarde alguma relação com a prática do crime ou com suas consequências.

8. A Caixa Econômica Federal possui o monopólio na gestão do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, não se sujeitando ao regime de mercado em relação a esta atividade. Funciona como verdadeiro instituto de economia popular, conquanto também não se controverta sobre sua natureza de ente público integrante da administração indireta da União. Por tais razões, deve incidir a causa de aumento prevista no § 3º do artigo 171 do Código Penal.

9. Praticados dois ou mais delitos de forma continuada, deve incidir a majorante prevista no artigo 71 do Código Penal.

10. A aplicação da causa de aumento não gera *bis in idem*, ainda que os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusados venham a ser condenados em outros processos por crimes que praticados em continuidade delitiva com os apurados nestes autos, já que as penas serão unificadas pelo Juízo das execuções penais, conforme determina o artigo 65 da Lei das Execuções Penais.

11. Embora as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 não sejam totalmente favoráveis aos réus, também não obstam, por outro lado, o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime legal mais brando, respeitados os limites objetivos previstos no artigo 33 do Código Penal.

12. Do mesmo modo, presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos.

13. Preliminares rejeitadas. Apelações parcialmente providas.

Daí a presente impetração, em que se alega constrangimento ilegal consistente:

a) no processamento, pela Justiça Federal, do crime de estelionato majorado cometido contra a Caixa Econômica Federal – CEF;

b) em nulidade decorrente da deficiência da defesa técnica durante a instrução criminal;

c) na manutenção da condenação imposta aos pacientes, mesmo quando inexistente prova suficiente para tanto;

d) na aplicação da causa especial de aumento, consistente na prática do crime contra entidade pública (art. 171, § 3º, CP); e

e) na fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Sustenta o impetrante que não há motivo que justifique a competência da Justiça Federal para processar e julgar o fato delituoso, pois a entidade pública presente no contexto dos fatos não é parte nem tem interesse na ação penal, as consequências do fato encontram-se restritas ao âmbito particular e não existiu ofensa a bens ou interesses da União. Informa a existência de precedente do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido da pretensão formulada.

Aduz que os pacientes ficaram indefesos durante a instrução criminal, pois *o advogado constituído dos pacientes não apresentou defesa prévia, não arrolou testemunhas, não compareceu a audiências e, por fim, a advogada*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dativa nomeada para os pacientes também não requereu nenhuma diligência na fase do art. 499 do CPP, ou seja, até o ingresso nos autos desta Defensoria Pública os pacientes estavam totalmente indefesos e não puderam produzir nenhuma prova em favor de sua inocência (fl. 11).

Alega a insuficiência das provas para a condenação dos pacientes, tendo em vista que *a prova relativa à autoria restou extremamente frágil para sustentar um decreto condenatório, vez que alicerçada apenas em depoimentos das vítimas, sendo que umas sequer reconheceram os pacientes (fl. 14);*

Acrescenta que a causa especial de aumento decorrente da prática do crime contra entidade de direito público deve ser afastada, pois o delito não foi praticado "em detrimento" da CEF, figurando esta apenas como *estabelecimento onde estavam os valores das vítimas, ou seja, não havendo prejuízo nenhum à instituição bancária (fl. 17).*

Alega que a pena-base foi exasperada sem fundamentação idônea para tanto, pois não há elementos que demonstrem a reprovabilidade da conduta, para fins de exasperação a título de culpabilidade, e as circunstâncias e consequências do crime não desbordam do próprio tipo penal de estelionato.

Postula, então, a concessão liminar da ordem para que seja anulada a ação penal ou reduzidas as penas impostas aos pacientes, em razão da fixação da pena-base no mínimo legal e do afastamento da majorante do crime cometido contra ente público.

Em 28/3/2011, o então Relator, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), deferiu o pedido liminar para determinar a suspensão da ação penal e dos efeitos do acórdão que julgou a apelação até o julgamento do mérito do presente *writ* (fls. 119/121).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo conhecimento parcial da impetração e, nessa extensão, pela concessão parcial da ordem (fls. 129/142):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. Estelionato em detrimento de instituição de direito público - art. 171, § 3º, do CP. Saques fraudulentos da conta vinculada ao FGTS. Pedido de absolvição. Reexame do material fático-probatório. Impossibilidade pela via eleita. Competência da Justiça Federal. Prejuízo à União evidenciado pela vinculação das contas de FGTS a projetos sociais. Adequação da incidência da causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 CP. Pedido de reconhecimento de nulidade por ausência de defesa técnica. Réus assistidos por defensor constituído, intimado dos atos e que apresentou as peças adequadas. Não demonstração de prejuízo. Exasperação da pena-base. Desproporcionalidade. Duas circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Parecer pelo conhecimento parcial e, nessa extensão, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 200.726 - SP (2011/0058703-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): O presente *writ* foi impetrado contra acórdão do Tribunal de origem que deu parcial provimento à apelação interposta pela defesa, mostrando-se como substitutivo de recurso especial.

Na esteira do que vem decidindo esta Corte Superior de Justiça, é necessária uma racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução, tampouco em substituição a revisão criminal, de cognição mais ampla.

A propósito: HC n. 155.924/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/8/2012; HC n. 190.067/MS, Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1º/8/2012.

Em circunstâncias excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, poder-se-ia admitir a impetração do *mandamus* diretamente nesta Corte, para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

Busca o impetrante a anulação da ação penal que imputou aos pacientes o crime de estelionato majorado, ao argumento de incompetência do Juízo processante, de nulidade decorrente da deficiência da defesa técnica durante a instrução criminal e da insuficiência de provas para justificar a condenação. Pede, subsidiariamente, a redução da reprimenda definitiva, como consequência do afastamento da causa especial de aumento decorrente de o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime ter sido cometido contra entidade de direito público, bem como da fixação da reprimenda-base no mínimo legal.

No tocante à alegada incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o crime de estelionato, majorado pelo fato de o delito ter sido cometido contra entidade de direito público, observa-se que a situação dos autos é semelhante à já analisada e decidida nesta Corte Superior, em que se utilizou de documento falso para fins de obtenção de saque indevido da conta do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, em detrimento da CEF.

Na ocasião do julgamento dos EDcl no AgRg no CC n. 98.778/SP, de minha relatoria, firmou-se, no âmbito da Terceira Seção deste Superior Tribunal, a compreensão de que a utilização de documentos falsos para a liberação da cota do PIS e do FGTS na CEF indica eventual ofensa a interesses e serviços da União, sobressaindo-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar o delito.

A propósito:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS. EXCEPCIONALIDADE. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ESTELIONATO. SAQUE DE PIS E FGTS. APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS FALSOS. DEPÓSITOS SOB A GUARDA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

1. Destinam-se os embargos de declaração a sanar ambiguidade, aclarar obscuridade, dirimir contradição ou suprir omissão (art. 619 do CPP).

2. A obtenção de efeitos infringentes somente é possível, excepcionalmente, nos casos em que, reconhecida a existência de um desses defeitos, a alteração do julgado seja consequência inafastável de sua correção, bem como nas hipóteses de erro material ou equívoco manifesto que, por si sós, sejam suficientes para a inversão do julgado.

3. No caso, sanada a omissão, concluiu-se pela competência da Justiça Federal, porquanto as condutas investigadas - utilização de documentos falsos para a liberação de cota do PIS e do FGTS na Caixa Econômica Federal - indicam eventual ofensa a interesses e serviços da União.

4. Embargos de declaração acolhidos para sanar a omissão e, conseqüentemente, atribuir-lhes efeito modificativo a fim de declarar competente o suscitado, Juízo Federal da 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.

(EDcl no AgRg no CC n. 98.778/SP, da minha relatoria, Terceira Seção,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe 2/9/2011 – grifo nosso)

Naquela oportunidade, disse eu que:

[...]

Ora, aqui, o propósito era a utilização de documentos falsos para a liberação de cota do PIS e do FGTS na Caixa Econômica Federal – CEF, gestora dos recursos.

É consabido que duas das principais operações da Caixa, verdadeiro banco público, é administrar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (cuja destinação é vinculada a programas sociais de habitação popular) e o Programa de Integração Social – PIS (contribuição social tributária, utilizada para financiar o pagamento de benefícios ao trabalhador brasileiro). O levantamento indevido de qualquer um desses direitos gera o comprometimento dessas finalidades.

Assim, as condutas investigadas indicam eventual ofensa a interesses e serviços da União, a atrair a competência da Justiça Federal. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça. Confira-se este antigo julgado da Sexta Turma:

PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ESTELIONATO. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO FALSO. SAQUE. DEPÓSITOS SOB A GUARDA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

1 - Se o numerário a que buscava o paciente sacar, por meio de apresentação de documento falso, estava depositado na Caixa Econômica Federal e, portanto, sob a guarda e responsabilidade de empresa pública da União, exsurge a competência da Justiça Federal, a teor do disposto no art. 109, inciso IV, da Constituição Federal.

2 - Ordem denegada.

(HC n. 11.906/RJ, Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 21/8/2000)

[...]

A compreensão firmada serve, ainda, para refutar o pleito de afastamento da causa especial de aumento, consistente no fato de o delito ter sido cometido contra entidade de direito público, em que também não se vislumbra constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

Assim como se decidiu, no precedente citado, que a competência para processar e julgar o crime imputado aos pacientes é da Justiça Federal, em razão de a utilização de documentos falsos para a liberação da cota do PIS e do FGTS na Caixa indicar eventual ofensa a interesses e serviços da União, deve ser reconhecida a incidência da causa especial de aumento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale dizer, evidenciado que este Superior Tribunal, em caso semelhante ao dos autos, consolidou o entendimento de que a utilização de documento falso para fins de obtenção de saque indevido do FGTS, em detrimento da CEF, configura eventual ofensa a interesses e serviços da União, a consequência lógica seria a aplicação da majorante em questão.

No tocante ao pleito de reconhecimento de nulidade, fundamentado na deficiência da defesa técnica durante a instrução criminal, também não vislumbrei coação ilegal apta a justificar a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício.

O Juízo de primeiro grau refutou a alegada nulidade nos seguintes termos (fl. 40):

[...]

Não procede, ainda, a preliminar de nulidade aduzida pela Defensoria Pública da União, por suposta ausência de defesa técnica efetiva em relação a LENICE, REINALDO e SANDRO.

Note-se, em primeiro lugar, que o defensor constituído acompanhou os interrogatórios, sendo intimado do prazo para a apresentação de defesa prévia (fls. 782/787), não apresentando a referida peça processual, que não é obrigatória, por simples opção ("O não-oferecimento de defesa prévia pelo defensor dativo não importa em nulidade, se foi regularmente intimado. Trata-se de técnica de livre escolha da defesa. A ampla defesa deve ser considerada no seu contexto não abrangendo atos isolados" STJ, in RT 722/547).

Para a audiência da oitiva das testemunhas de acusação, foi nomeado defensor *ad hoc*, para representação dos acusados (fl. 894 e 918), em virtude da ausência do defensor constituído.

A Defensoria Pública da União foi nomeada para representar os referidos co-réus ainda na fase na de oitiva de testemunhas de defesa, mas, diante da greve dos Defensores Públicos, foi nomeado defensor dativo no processamento do artigo 499 da Lei Adjetiva Penal, que nada requereu na referida fase processual (fl. 1105).

Além do mais, não foi demonstrado o prejuízo causado aos acusados, não sendo mencionadas sequer as eventuais testemunhas que deveriam ter sido inquiridas.

Assim, depreende-se que no decorrer da instrução processual, os referidos co-réus foram devidamente representados, inclusive pela própria Defensoria Pública da União, não existindo o suposto vício arguido.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, entendeu que (fls. 81/83):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Também não merece prosperar a preliminar argüida pelos apelantes LENICE SILVA CAFFÉ, REINALDO ROBERTO CAFFE e SANDRO SILVA CAFFÉ, no sentido de que o processo é nulo em razão de seu advogado constituído ter negligenciado a condução de suas defesas, deixando de apresentar defesa prévia, de arrolar testemunhas e de comparecer às audiências.

Primeiramente, verifico que o defensor constituído pelos apelantes estava presente aos seus respectivos interrogatórios (fls. 782/787), saindo ciente do prazo para oferecimento de defesa prévia, tendo, inclusive, apostado a sua assinatura nos respectivos termos.

Cumpre observar, ademais, que a ausência de defesa prévia, desde que devidamente intimado o defensor para sua apresentação, não se traduz em deficiência ou ausência de defesa, haja vista que se trata de oportunidade de manifestação da qual o defensor pode abrir mão, segundo a estratégia que melhor se adequar à proteção dos direitos do réu, mesmo porque, segundo a sistemática processual então vigente, as teses relacionadas ao mérito da imputação poderiam ser melhor exploradas por conta das alegações finais, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

[...]

Noto que na audiência realizada em 06.04.2005, para oitiva de testemunha da acusação, o patrono dos apelantes, conquanto devidamente intimado, não se fez presente. Contudo, o Juízo de primeiro grau nomeou defensor *ad hoc* para acompanhar a colheita da prova e atuar no interesse dos acusados (fls. 894/896), mesma sistemática empregada nas audiências seguintes, resguardando o contraditório e a ampla defesa dos réus.

A partir do termo de deliberação de fls. 1040, extrai-se que os apelantes informaram da revogação do mandato outorgado a seu patrono, bem como pleitearam que sua defesa fosse exercida pela Defensoria Pública da União, o que foi prontamente autorizado pelo MM. Juízo *a quo*.

Na fase do artigo 499 do CPP, o defensor dos réus nada requereu (fls. 1105).

Assim, conforme corretamente observou o magistrado sentenciante, não restou demonstrado qualquer prejuízo aos acusados, não tendo sido mencionadas sequer as eventuais testemunhas que deveriam ter sido inquiridas.

Portanto, não há qualquer mácula processual que implique na nulidade do julgado.

[...]

Conforme se vê, ainda que o defensor constituído pelos pacientes tenha-se mostrado inerte durante a instrução criminal, o que poderia causar eventual ofensa à ampla defesa, tal não ocorreu, porque o magistrado singular tomou as providências cabíveis para evitar a ocorrência da nulidade, tendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nomeado a Defensoria Pública e, ante a sua inércia por causa de uma greve à época, indicado defensor dativo, donde se infere a não ocorrência de prejuízo.

Ademais, de fato, este Superior Tribunal entende que a ausência da defesa prévia prevista no modificado art. 395 do Código de Processo Penal pela Lei n. 11.719/2008 não configura nulidade, sendo dispensável.

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TEMAS DO RECURSO NÃO SUBMETIDOS À ANÁLISE DO TRIBUNAL DE ORIGEM. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. NÃO APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA. ANTIGA REDAÇÃO DO ART. 395 DO CPP. PEÇA DISPENSÁVEL.

1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem sobre os temas trazidos no recurso, mostra-se inviável o pronunciamento por este Tribunal Superior, por ausência do indispensável prequestionamento da matéria.

2. A defesa prévia, prevista na antiga redação do art. 395 do Código de Processo Penal, era considerada peça não obrigatória, dispensável, razão pela qual sua não apresentação não tem o condão de acarretar qualquer nulidade.

3. Agravo a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 81.583/MA, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 7/12/2012 – grifo nosso)

Em relação à alegação de insuficiência de provas para justificar a condenação dos pacientes, também não verifiquei a viabilidade de se conceder ordem de *habeas corpus* de ofício.

É que alcançar conclusão no sentido da insuficiência de provas, aptas a consubstanciar a condenação dos acusados, demanda a análise do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do *habeas corpus*, carente de dilação probatória.

Em relação ao pleito de redução da pena-base, não vislumbrei coação ilegal à liberdade de locomoção.

O Juízo de primeiro grau exasperou a reprimenda-base dos pacientes mediante a seguinte fundamentação (fls. 65/68):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

III) REINALDO ROBERTO CAFFÉ:

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, fixo a pena-base para o réu em 03 (anos) de reclusão, levando em conta a extensa lista de apontamentos em sua folha de antecedentes (fls. 481/484, 507/507-verso, 516/517, 965/971, 1146 e 1203/1204), e que responde a vários outros processos por crimes idênticos a este, denota personalidade voltada à prática de crimes. Some-se que, além de causar prejuízo à Caixa Econômica Federal, prejudicaram também os servidores da FEBEM, pessoas simples e humildes, vítimas secundárias do delito, que foram enganados, na ilusão de que receberiam o que lhes era devido e acabaram, em sua grande maioria, sendo demitidos da Instituição, fato que também justifica a elevação da pena.

[...]

IV) SANDRO SILVA CAFFÉ:

Considerando as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, *caput*, do Código Penal, fixo a pena-base para o réu em 03 (anos) de reclusão, levando em conta a extensa lista de apontamentos em sua folha de antecedentes (fls. 460/463, 508/509, 518/519, 953/957, 1116, 1147, 1148, 1180 e 1203/1204), e que responde a vários outros processos por crimes idênticos a este, denotando a personalidade voltada para a vida delituosa. Some-se que, além de causar prejuízo à Caixa Econômica Federal, prejudicaram também os servidores da FEBEM, pessoas simples e humildes, vítimas secundárias do delito, que foram enganados, na ilusão de que receberiam o que lhes era devido e acabaram, em sua grande maioria, sendo demitidos da Instituição, fato que também justifica a elevação da pena.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, afastou a circunstância judicial da personalidade, consubstanciada em inquéritos e ações penais em andamento, mantendo a circunstância das consequências do crime, tendo afirmado que (fls. 92/94):

[...]

2. Reinaldo Roberto Caffé

PRIMEIRA FASE: A partir dos mesmos fundamentos empregados na dosimetria da pena imposta ao acusado CLAUDIONOR BARBOSA DE MIRANDA, a pena-base relativamente ao acusado REINALDO ROBERTO CAFFÉ restou fixada em 03 (três) anos de reclusão.

Além dos argumentos utilizados para a redução da pena de CLAUDIONOR, os quais também se aplicam a REINALDO, observo que ele não era funcionário da FEBEM, não podendo suportar, assim, agravamento de pena por violação de dever funcional. Embora tal critério não tenha sido considerado pelo juízo de origem, a pena de ambos foi estabelecida no mesmo patamar, o que não se coaduna com a diferente situação por eles vivenciada. Assim, reduzo a pena-base relativa ao acusado para 01 (um) ano



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 08 (oito) meses de reclusão, acima do mínimo legal em virtude das consequências do delito, que levou à demissão dos servidores da FEBEM.

[...]

3. Sandro Silva Caffé

A pena-base relativa a SANDRO SILVA CAFFÉ restou fixada em 03 (três) anos de reclusão na sentença.

A partir dos mesmos argumentos empregados em relação ao corréu REINALDO, reduzo a pena imposta a SANDRO para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Também pelas razões já expostas, deixo de aplicar a circunstância atenuante genérica prevista no artigo 66 do Código Penal, bem como mantenho a causa de aumento prevista no §3º do artigo 171 do Código Penal.

[...]

Conforme se vê, o Juízo de primeiro grau exasperou a reprimenda imposta aos pacientes em 2 anos acima do mínimo legal, com fundamento nas circunstâncias judiciais da personalidade e consequências do crime.

O Tribunal de origem, por sua vez, afastou a circunstância da personalidade, reduzindo a reprimenda em 1 ano e 4 meses, mantendo a circunstância judicial das consequências do crime.

Em relação à fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para justificar o aumento a título de consequências do crime, não vislumbrei constrangimento ilegal apto a justificar a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, pois o Juízo de primeiro grau, corroborado pelo Tribunal de origem, fez menção a circunstâncias que desbordam do próprio tipo penal de estelionato majorado, ao afirmar que, *além de causar prejuízo à Caixa Econômica Federal, prejudicaram também os servidores da FEBEM, pessoas simples e humildes, vítimas secundárias do delito, que foram enganados, na ilusão de que receberiam o que lhes era devido e acabaram, em sua grande maioria, sendo demitidos da Instituição, fato que também justifica a elevação da pena.*

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
ESTELIONATO. CHEQUE PÓS DATADO. TIPICIDADE. DOLO E MEIO
FRAUDULENTO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPROVAÇÃO. ALTERAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NA VIA DO ESPECIAL. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07/STJ. CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284 DO STF. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Inaplicável o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a inexistência de estelionato quando o cheque é emitido como forma de garantia de dívida, quando as instâncias ordinárias, soberanas na análise de matéria-fático probatória, consideram demonstrada a intenção de induzir a vítima em erro para obter vantagem ilícita, enquadrando a conduta no art. 171, caput, do Código Penal. Incidência da Súmula n.º 07/STJ. Precedentes.

2. Recurso especial que não demonstra a ausência de fundamentação do acórdão recorrido ao entender desfavorável a circunstância da culpabilidade. Aplicação da Súmula n.º 284 da Suprema Corte.

3. O considerável prejuízo sofrido pela vítima e o fato de a conduta do Agravante ter ocasionado a demissão de alguns funcionários da empresa demonstra uma maior reprovabilidade da conduta, a autorizar o aumento da pena-base.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 387.928/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 9/12/2013 – grifo nosso)

Também não vislumbrei coação ilegal em relação ao *quantum* de redução, em razão do afastamento da circunstância judicial da personalidade, pois o magistrado singular aumentou a pena em 2 anos em razão da consideração negativa de duas circunstâncias e o Tribunal a reduziu em mais de 1 ano em razão do afastamento de uma circunstância.

Não há constrangimento ilegal no regime inicial de cumprimento da pena, tendo em vista que o Tribunal de origem fixou o menos rigoroso (aberto) para ambos os pacientes.

Em face do exposto, **não conheço** da impetração, devendo ser cassada a liminar anteriormente deferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0058703-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 200.726 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1060562719974036181 200903990111820 9701060563

EM MESA

JULGADO: 08/04/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO	: FÁBIO RICARDO CORREGIO QUARESMA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: REINALDO ROBERTO CAFFÉ
PACIENTE	: SANDRO SILVA CAFFÉ
CORRÉU	: CLAUDIONOR BARBOSA DE MIRANDA
CORRÉU	: LENICE SILVA CAFFÉ
CORRÉU	: PAULO FRANCHI
CORRÉU	: DANILO PEREIRA RAMOS
CORRÉU	: VIRGÍLIO ANTÔNIO GOBBO
CORRÉU	: ANA ANGÉLICA JIMENEZ RIBEIRO
CORRÉU	: LUIZ CARLOS ANDRADE ROCHA
CORRÉU	: WANDA DE OLIVEIRA GALCHIN
CORRÉU	: EDIVALDO GUILHERME DOS SANTOS
CORRÉU	: ANDERSON MARTINS JACINTO
CORRÉU	: MARIA APARECIDA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato Majorado

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, cassada a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Néfi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator.