



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.064 - SP (2017/0084352-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **HELIO DA SILVA SANCHES**
ADVOGADO : **HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750**
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO**
PACIENTE : **MARCIO ANTONIO DOS SANTOS**

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PRIMARIEDADE DO RÉU. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MEIO SEMIABERTO CABÍVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de três condenações transitadas em julgado e a não elevação da reprimenda na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena.

4. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, sem que se possa falar em indevido *bis in idem*.

5. No caso, a pena foi definida em patamar inferior a 4 anos de reclusão pelos maus antecedentes do réu, tem que tenha sido reconhecida a sua reincidência, o que denota a proporcionalidade do cumprimento da pena em meio semiaberto, já que não restou deduzido fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso.

6. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando pena em meio prisional diverso.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.064 - SP (2017/0084352-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : MARCIO ANTONIO DOS SANTOS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARCIO ANTONIO DOS SANTOS** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime prisional fechado, pela prática do delito descrito no artigo 171, § 3º, c/c o art. 29, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 11-30).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, que restou desprovida pela Corte de origem, mantendo-se o inteiro teor do decreto condenatório, nos seguintes termos:

PENAL. APELAÇÃO. ESTELIONATO PRATICADO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. ART. 171, § 3º, DO CP. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA CONFIGURADAS. DOLO. DOSIMETRIA DAS PENAS MANTIDAS.

1. "O princípio da insignificância incide quando presentes, e cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes do STF.

2. A materialidade delitiva restou cabalmente demonstrada nos autos à vista da falsidade do atestado e do exame falsos (fls. 10/11), apresentados à perícia do INSS e utilizados para instruir requerimento de benefício previdenciário por incapacidade em favor do segurado e corréu, com o objetivo de induzir e manter em erro a autarquia previdenciária, resultando em vantagem indevida consistente no pagamento de auxílio-doença, com prejuízo ao erário.

3. A autoria do crime e o dolo ficaram comprovados diante da prova documental e oral colacionadas aos autos

4. No caso *sub judice*, consta que foram ajuizadas diversas ações penais em desfavor dos apelantes por delitos de estelionato, quadrilha, falsificação de documento público, o que permite inferir que a periculosidade social da ação e a reprovabilidade do comportamento afastam o reconhecimento da excepcional figura excludente da tipicidade material, mantendo-se a acusação.

5. Dosimetria das penas mantidas.

- Maus antecedentes do réu MARCIO ANTONIO DOS SANTOS, tendo em vista a existência de sentença transitada em julgado em seu desfavor.

- Maus antecedentes do réu JOÃO CARLOS VIEIRA DE FREITAS, tendo em vista a existência de sentença transitada em julgado em seu desfavor.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em razão das circunstâncias judiciais totalmente desfavoráveis o regime inicial deve ser mantido o semiaberto, em observância ao art. 33, § 2º, b do Código Penal, como bem fundamentado em primeiro grau, especialmente por ser o réu reincidente. No tocante a quantidade de dias-multa esta foi estabelecida em 40 (quarenta) dias.-multa, em razão dos mesmos motivos que levaram à fixação da pena- base da pena privativa de liberdade um pouco acima do mínimo legal. Como tal quantidade deve ser mensurada de acordo com o art. 59 do CP e não segundo a capacidade econômica do réu, tem-se que ela não pode ser reduzida.

No tocante ao valor de cada dia-multa, foi ele fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo mensal vigente à época dos fatos, ou seja, no mínimo legal.

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal, em razão da reincidência do réu.

6. Apelações desprovidas. Condenações mantidas" (e-STJ, fls. 30-31).

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) "a Preclara Magistrada sentenciante fixou o regime mais gravoso para que o paciente iniciasse o cumprimento da pena que lhe fora imposta, em razão dos maus antecedentes, os quais consistiriam em 03 (três) condenações com trânsito em julgado"; b) "resta patente em grau recursal, houveram por bem os d. Desembargadores, manter o regime mais gravosos já que não vislumbraram qualquer erro a ser reparado, nem excessivo rigor a ser expurgado, fato que, 'd.m.v.', deverá ser reparado pelos Srs. Ministros, máxime se considerarmos a flagrante ocorrência de *bis in idem*"; c) "temos que observar que se consolidou o entendimento de que uma mesma circunstância não deverá ser valorada em mais de um momento ou em mais de uma das fases que compõem o sistema trifásico estabelecido pelo art. 68 do Código Penal"; d) "uma condenação penal transitada em julgado que se presta à caracterização da reincidência, não pode funcionar, na fase da fixação da pena-base, como mau antecedente, conforme restou assentado na Súmula 241, do STJ" (e-STJ, fls. 1-10).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem para que seja estabelecido o regime prisional aberto para o início do desconto da sanção corporal imposta ao ora paciente.

Indeferida liminar (e-STJ, fl. 50), o impetrante interpôs agravo regimental, repisando o pleito de concessão da tutelar de urgência, a fim de que fosse deferido ao réu o direito de aguardar o julgamento do *mandamus* em regime prisional aberto. O agravo regimental, porém, não mereceu conhecimento, mantendo-se a decisão impugnada (e-STJ, fls. 68-72).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 79-84).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 396.064 - SP (2017/0084352-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO : HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : MARCIO ANTONIO DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PRIMARIEDADE DO RÉU. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MEIO SEMIABERTO CABÍVEL. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de três condenações transitadas em julgado e a não elevação da reprimenda na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena.

4. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, sem que se possa falar em indevido *bis in idem*.

5. No caso, a pena foi definida em patamar inferior a 4 anos de reclusão pelos maus antecedentes do réu, tem que tenha sido reconhecida a sua reincidência, o que denota a proporcionalidade do cumprimento da pena em meio semiaberto, já que não restou deduzido fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso.

6. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando pena em meio prisional diverso.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] No tocante ao réu MÁRCIO ANTONIO DOS SANTOS, observo que, dentre os critérios fixados no art. 59 do CP, pesaram em seu desfavor os maus antecedentes.

Na primeira fase da do simetria, ainda que sejam desconsideradas na análise dessa circunstância judicial as ações penais ainda em curso, cumpre asseverar que os maus antecedentes ficaram devidamente comprovados nos autos, diante de condenação definitiva proferida na ação penal n. 2003.61.10.0008238-7 (estelionato previdenciário - certidão de fls. 93/96); Processo n° 355/06 (receptação - certidão de fls. 131) e ação penal n° 602.01.2011.032517-7 (roubo - fls. 145/149).

Nestes termos, razoável a fixação da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses.

Na segunda fase foi reconhecida a atenuante do art. 65, II, 'd', do Código Penal, diminuindo a pena em 3 meses, reduzindo-a, portanto, para 2 anos e 3 meses de reclusão.

À míngua de circunstâncias agravantes ou atenuantes, ou de causas de aumento ou de diminuição da pena, além da majorante específica do §3º do art. 171, incidente na fração obrigatória de 1/3 (um terço), correta a pena final fixada em 3 (três) anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado de cumprimento.

Por fim, destaco que não houve recurso quanto à pena de multa aplicada" (e-STJ, fl. 43).

Com efeito, a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão **apenas** nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Decerto, a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de três condenações transitadas em julgado e a não elevação da reprimenda na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena.

A esse respeito:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. - **Condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. Precedentes.**

- Nos autos, verifica-se que o paciente possui condenações diversas transitadas em julgado, sendo uma apta a configurar a reincidência, não havendo ilegalidade em utilizar algumas condenações na primeira fase e outra na segunda fase. - Deve ser mantido o regime semiaberto, não obstante a pena ser inferior a 4 anos, tendo em vista que o paciente é reincidente.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 391.993/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 27/4/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO E RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AUMENTO NA SEGUNDA FASE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. TERCEIRA FASE. ELEVAÇÃO PELO USO DE ARMA DE FOGO E RESTRINGIR A LIBERDADE DAS VÍTIMAS. EXASPERAÇÃO DAS PENAS EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO NO DELITO DE ROUBO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. RÉU REINCIDENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. Assim, realizada a dosimetria da pena com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como se proceder a qualquer reparo na estreita via do *writ*.

***In casu*, tendo em vista tratar-se de paciente que ostenta diversas condenações com trânsito em julgado anterior ao delito praticado, não**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verifico ilegalidade manifesta na utilização dessas condenações para justificar o aumento da pena-base, em razão da consideração desfavorável das circunstâncias judiciais dos maus antecedentes, bem como da utilização de outra condenação para elevar a pena na segunda etapa, ante a reincidência constatada.

A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que, considerando a multirreincidência do agente, é possível a utilização de condenações pretéritas distintas, evitando-se o *bis in idem*, para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável das circunstâncias judiciais dos maus antecedentes e da reincidência na segunda fase.

3. Esta Corte consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, o enunciado n. 443 da Súmula do STJ.

Na hipótese, o Magistrado sentenciante limitou-se a assinalar que, constatadas duas causas de aumento - emprego de arma (inciso I) e restrição da liberdade das vítimas (inciso V) -, cabível a majoração no patamar de 3/8, fração superior ao mínimo legal previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, que é de 1/3.

Assim, quanto ao referido delito, impõe-se o refazimento da dosimetria da pena.

4. Quanto ao regime prisional, deve ser mantido o fechado no delito de roubo, pois, mesmo com a redução da pena na terceira fase de dosimetria, observa-se que o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 33, § 2º, do Código Penal, haja vista que a pena privativa de liberdade restou fixada em patamar superior a 8 anos e trata-se de réu reincidente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo, que se torna definitiva no patamar de 10 anos de reclusão e 29 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau.

(HC 188.086/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 15/2/2017, grifou-se).

Por outro lado, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, sem que se possa falar em indevido *bis in idem*.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

[...]

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)

"HABEAS CORPUS. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. WRIT DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3º e 44, III, ambos do CP.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se.)

Todavia, verifica-se que a pena foi definida em patamar inferior a 4 anos de reclusão pelos maus antecedentes do réu, tem que tenha sido reconhecida a sua reincidência, o que denota a proporcionalidade do cumprimento da pena em meio semiaberto, já que não restou deduzido fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, para estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando pena em meio prisional diverso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0084352-3

HC 396.064 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00074238720034036110 200361100074238 74238720034036110

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HELIO DA SILVA SANCHES
ADVOGADO	: HÉLIO DA SILVA SANCHES - SP224750
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	: MARCIO ANTONIO DOS SANTOS
CORRÉU	: JOAO CARLOS VIEIRA DE FREITAS

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

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.