



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.801 - SP (2011/0230569-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARCELLA OLIVEIRA MELLONI DE FARIA
ADVOGADO : ALEXANDRE PERALTA COLLARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADELINO BIDO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Precedentes. Incidência do Enunciado da Súmula n.º 444 desta Corte.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e tratando-se de crime continuado, a extinção da punibilidade recairá sobre a pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação. Incidência do Enunciado da Súmula n.º 497 do Supremo Tribunal Federal.

3. Com base nas penas aplicadas ao ora Paciente - dois anos de reclusão - sem o reconhecimento da continuidade delitiva, o prazo prescricional aplicável é de 04 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

4. Verifica-se, assim, o transcurso do lapso temporal exigido para a configuração da prescrição, no período compreendido entre a cessação da atividade criminosa (13 de novembro de 1996) e o recebimento da denúncia (9 de abril de 2001).

5. *Habeas corpus* concedido para declarar a extinção da punibilidade do ora Paciente, pela prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa.

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 a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de abril de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.801 - SP (2011/0230569-1)

IMPETRANTE : MARCELLA OLIVEIRA MELLONI DE FARIA
ADVOGADO : ALEXANDRE PERALTA COLLARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADELINO BIDO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADELINO BIDO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao apelo, manteve a condenação do ora Paciente à pena de 06 anos, 07 meses e 10 dias de reclusão, em regime semiaberto, como incurso no art. 90 da Lei n.º 8.666/93 e no art. 1.º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67.

Sustenta a Impetrante, em suma, que a pena-base do Paciente foi agravada com base na valoração negativa de seus antecedentes, em afronta ao Enunciado da Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça, o que impediu o reconhecimento da prescrição.

Afirma, outrossim, que após o encerramento da instância ordinária, a Corte paulista expediu mandado de prisão em desfavor do Paciente, apesar da interposição de agravo de instrumento contra a decisão que negou seguimento ao recurso especial.

Defende, nesse esteira, que como o Paciente respondeu solto a toda ação penal, não pode iniciar o cumprimento de sua pena reclusiva antes do trânsito em julgado da condenação.

Requer, assim, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente, para que ele possa recorrer em liberdade. No mérito, busca a fixação da pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

O pedido liminar foi parcialmente deferido, para assegurar ao ora Paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 244/443, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal opinou pelo parcial cabimento do *habeas corpus* (fls. 450/462).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 219.801 - SP (2011/0230569-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Precedentes. Incidência do Enunciado da Súmula n.º 444 desta Corte.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e tratando-se de crime continuado, a extinção da punibilidade recairá sobre a pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação. Incidência do Enunciado da Súmula n.º 497 do Supremo Tribunal Federal.

3. Com base nas penas aplicadas ao ora Paciente - dois anos de reclusão - sem o reconhecimento da continuidade delitiva, o prazo prescricional aplicável é de 04 (quatro) anos, nos termos do art. 109, V, do Código Penal.

4. Verifica-se, assim, o transcurso do lapso temporal exigido para a configuração da prescrição, no período compreendido entre a cessação da atividade criminosa (13 de novembro de 1996) e o recebimento da denúncia (9 de abril de 2001).

5. *Habeas corpus* concedido para declarar a extinção da punibilidade do ora Paciente, pela prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O Paciente foi condenado pelo à pena de 03 anos, 10 meses e 20 dias de detenção, em regime inicial aberto, e à pena de 18 dias-multa, como incurso nas penas do artigo 90, da Lei 8 666/93, na forma do artigo 29 e 71, *caput*, ambos do Código Penal, e à pena de 02 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial aberto, e 12 dias-multa, como incurso nas penas do artigo 1.º inciso I, do Decreto-Lei n.º 201/67, na forma do § 1.º, nos termos do artigo 71, *caput*, do Código Penal.

A sentença condenatória, proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única de General Salgado/SP, assim individualizou a pena imposta ao Paciente:

"1) Em relação ao acusado ADELINO BIDO:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a) quanto ao delito previsto no artigo 90 da lei 8.666/93:

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, a sua pena deve ser aumentada de 1/6, pois o acusado ostenta maus antecedentes, embora seja tecnicamente primário, prazão pela qual fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção e 11 (onze) dias multa, essa fixada em meio salário mínimo para cada dia, pois todos os acusados possuem razoáveis condições financeiras. Foi utilizado como maus antecedentes a condenação em primeira instância contra o acusado.

Quanto à segunda fase de aplicação de pena, não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

No tocante à terceira fase de aplicação da pena, deve ser reconhecida a continuidade delitiva, já fundamentada em tópico próprio, devendo incidir o aumento máximo, pois foram 9 (nove) crimes. Nesses termos, torno a reprimenda definitiva em 3 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de detenção e 18 (dezoito) dias multa, essa fixada em meio salário mínimo para cada dia, pois todos os acusados possuem razoáveis condições financeiras.

[...]

a) quanto ao delito previsto no decreto lei 2014/67:

Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, a sua pena deve ser aumentada de 1/6, pois o acusado ostenta maus antecedentes, embora seja tecnicamente primário, prazão pela qual fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção e 11 (onze) dias multa, essa fixada em meio salário mínimo para cada dia, pois todos os acusados possuem razoáveis condições financeiras. Foi utilizado como maus antecedentes a condenação em primeira instância contra o acusado.

Quanto à segunda fase de aplicação de pena, não há circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

No tocante à terceira fase de aplicação da pena, deve ser reconhecida a continuidade delitiva, já fundamentada em tópico próprio, devendo incidir o aumento mínimo, pois foram praticados 2 (dois) crimes. Nesses termos, torno a reprimenda definitiva em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção e 12 (doze) dias multa, essa fixada em meio salário mínimo para cada dia, pois todos os acusados possuem razoáveis condições financeiras." (fls. 50/52)

O acórdão impugnado declarou extinta a punibilidade de todos os corréus que tiveram a pena-base fixada no mínimo legal, contudo, manteve a condenação do Paciente, alegando que a majoração da pena foi fundamentada, nos seguintes termos:

"A dosimetria penal foi corretamente realizada pela r sentença, tendo em vista que atendeu às diretrizes determinadas pelo artigo 59 do Código Penal, considerando o fato de o réu Adelino BIdo possuir maus antecedentes" (fl. 110)

Pois bem.

Inicialmente, ressalto que excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder, é vedado, em sede de *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Na hipótese em apreço, verifica-se que a pena-base do ora Paciente foi fixada acima do mínimo legal, basicamente, por conta da valoração negativa dos **antecedentes** do réu com fundamento em uma sentença condenatória, proferida pela Justiça Federal, sem trânsito em julgado (fls. 94/102).

Portanto, foi indevidamente exasperada a reprimenda no que diz respeito aos antecedentes criminais, já que, nos termos do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido dispõe a Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DAS PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE DOS RÉUS. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

2. Apesar do indevido agravamento da pena-base pela personalidade dos réus, o acórdão impugnado reconheceu corretamente que as consequências do crime são desfavoráveis aos Pacientes, uma vez que os danos infligidos à Seguridade Social foram consideráveis, de forma apta a elevar a reprimenda um pouco acima do mínimo legal.

3. Ordem concedida parcialmente para reduzir a pena aplicada aos Pacientes, mantido o regime aberto fixado pela acórdão. Prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar." (HC 197169/SC, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 08/06/2011.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.

*I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**).*

II - In casu, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.

III - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.

V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Habeas corpus concedido." (HC 136.685/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 07/12/2009.)

Desse modo, devem ser reformados a sentença condenatória e o acórdão que a manteve, a fim de extrair a circunstância judicial indevidamente considerada e fixar as penas-base no mínimo legal.

Portanto, como bem reconheceu o acórdão impugnado, em relação aos corréus que tiveram a reprimenda fixada no piso, a punibilidade do Paciente está extinta, uma vez que fixada uma *"pena-base não superior a 2 anos, para todos os delitos aos quais foram condenados, a prescrição da pretensão punitiva se dá no prazo de 4 anos, conforme inciso V do artigo 109 do Código Penal. Como os fatos criminosos ocorreram entre 24 de janeiro de 1996 e 13 de novembro de 1996 e o recebimento da denúncia se deu em 9 de abril de 2001, o prazo prescricional encontra-se superado"* (fl. 108).

De fato, nos termos do Enunciado da Súmula n.º 497 do Supremo Tribunal Federal, com base na pena aplicada ao ora Paciente sem o reconhecimento da continuidade delitiva, o prazo prescricional aplicável é de 04 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal.

Lembre-se que na hipótese restou configurado o crime habitual, que somente se considera consumado com o cometimento da última das ações que constituem o fato típico.

Confira-se o seguinte precedente:

"CRIMINAL. RESP. GESTÃO TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FINANCEIRA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA. DELITO HABITUAL. MOMENTO CONSUMATIVO. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRESCRIÇÃO NÃO OBSERVADA. RECURSO DESPROVIDO.

A interposição de recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional deve obedecer ao requisito do prequestionamento. Precedente.

Se a questão acerca da caracterização do crime de gestão temerária como de perigo concreto ou de perigo abstrato não foi discutida, no acórdão impugnado, com o alcance pretendido pelo recorrente, inviável se faz o reconhecimento de dissídio jurisprudencial sobre o tema.

No delito habitual, é a reiteração de ações que constitui a conduta típica, a qual somente se considera inteiramente consumada com o cometimento da última ação.

Para fins de contagem do prazo prescricional, no crime habitual, considera-se a data da última das ações que constituem o fato típico.

Não se observa a ocorrência de prescrição retroativa se, entre a data do recebimento da denúncia e a do cometimento do último ato de gestão temerária não passou o prazo previsto no inc. V do art. 109 do Código Penal.

Recurso desprovido.” (REsp 705.334/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ de 19/09/2005.)

De todo modo, verifica-se o transcurso do lapso temporal exigido para a configuração da prescrição, no período compreendido entre a cessação da atividade criminosa (13 de novembro de 1996) e o recebimento da denúncia (9 de abril de 2001).

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM para declarar a extinção da punibilidade do ora Paciente, pela prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0230569-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 219.801 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1388273 200061070003209 2040119990020088 64199 993080382620

EM MESA

JULGADO: 17/04/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELLA OLIVEIRA MELLONI DE FARIA
ADVOGADO : ALEXANDRE PERALTA COLLARES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADELINO BIDO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

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 a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.