



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.117.700 - ES (2009/0108519-7)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
RECORRENTE : JOSÉ FRANCISCO DE LIMA PINTO
ADVOGADO : ELISANGELA LEITE MELO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTELIONATO (ART. 171, *CAPUT*, DO CP). VIOLAÇÃO. DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ANÁLISE. VIA INADEQUADA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADES FLAGRANTES. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. INCLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NÃO NEGATIVADA NA SENTENÇA. DESCABIMENTO. EXCLUSÃO. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS NOVOS. AGREGAÇÃO. INVIABILIDADE. *REFORMATIO IN PEJUS*. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. CONCESSÃO. PREJUDICADAS AS DEMAIS QUESTÕES TRAZIDAS NO RECURSO.

1. Em recurso especial, não se analisa alegação de ofensa a dispositivos da Constituição Federal.
2. Afastadas três circunstâncias judiciais negativas no julgamento da apelação, impunha-se a redução proporcional da pena-base.
3. Em apelo exclusivamente da defesa, não podia o Tribunal ter avaliado em desfavor do condenado o comportamento da vítima, a que não fora atribuído desvalor na sentença, evidenciando-se a ocorrência de *reformatio in pejus*.
4. Esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado "normal à espécie", não há falar em consideração desfavorável ao acusado.
5. O Tribunal *a quo* afirmou ser inadequada a fundamentação expendida pelo julgador singular para desvalorar a culpabilidade, pois utilizara elementos inerentes ao próprio tipo penal. No entanto, lançando mão de fundamento diverso, manteve a negatificação dessa circunstância, o que caracteriza *reformatio in pejus*.
6. Não é lícito ao Tribunal, em recurso da defesa, trazer fundamentos novos em desfavor do acusado.
7. A fundamentação utilizada na sentença era apta para se considerar negativa a circunstância judicial referente às circunstâncias do crime, pois demonstrava uma maior reprovação da conduta. Entretanto, apesar de indevida a troca da fundamentação em recurso da defesa, o julgamento da apelação substituiu a sentença. Sendo assim, deve ser avaliada, agora, a idoneidade da fundamentação lançada no acórdão, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual, no caso concreto, não tem esta característica, uma vez que descreve apenas uma das condutas praticadas para a consumação do delito.

8. O prejuízo sofrido pela vítima é elementar do estelionato e não autoriza a negatificação das consequências do crime, salvo se demonstrada, de forma concreta, uma maior severidade do gravame.

9. Não subsistindo nenhuma circunstância judicial negativa, impõe-se a redução da pena-base ao mínimo legal de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, tornada definitiva, diante da ausência de atenuantes ou agravantes, causas de diminuição ou de aumento.

10. Prescrição da pretensão punitiva consumada, uma vez que, desde o último marco interruptivo, consistente na publicação da sentença condenatória, em 31/10/2006, transcorreu lapso superior a 4 anos (art. 109, V, do CP).

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. *Habeas corpus* concedido de ofício, para afastar as demais circunstâncias judiciais consideradas como negativas pelas instâncias ordinárias e reduzir a pena do recorrente a 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, declarando extinta a sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 107, IV, c/c os arts. 109, V, 110, *caput* e § 1º, e 114, II, todos do Código Penal.

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, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, expedindo, ainda, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de agosto de 2013 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.117.700 - ES (2009/0108519-7) (f)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de recurso especial interposto por **José Francisco de Lima Pinto**, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo na Apelação Criminal n. 32030000510.

Consta dos autos que, em primeiro grau, foi o recorrente condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 25 dias-multa, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal. Apenas a defesa apelou (fl. 246v), sendo negado provimento ao recurso (fls. 345/346):

APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 171, "CAPUT" E ART. 180, "CAPUT", DO CÓDIGO PENAL - 1) PRELIMINARES - A) INÉPCIA DA DENÚNCIA: REJEITADA - B) PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR CERCEAMENTO DE DEFESA: REJEITADA - 2) RECURSO INTERPOSTO POR JOSÉ FRANCISCO DE LIMA PINTO - A) ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS: INOCORRÊNCIA - B) REDUÇÃO DA PENA: IMPOSSIBILIDADE - C) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO: IMPOSSIBILIDADE - D) ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA: IMPOSSIBILIDADE. [...]

1) Preliminares. A) A peça exordial ofertada pela Acusação narra com clareza a participação do apelante José Francisco nos crimes de estelionato, na medida em que adquiriu veículo roubado do Estado de São Paulo, desfazendo-se do produto do crime ao propor suposta permuta com a vítima Alcemar, consistindo o negócio na troca dos veículos com o pequeno pagamento da diferença entre os valores dos bens, ressaltando que o suposto negócio foi intermediado pelo réu Zehy. Preliminar rejeitada.

B) A ausência de intimação do douto causídico do apelante sobre a expedição das respectivas cartas precatórias e das datas da audiência, como determina o art. 222, do CPP, constitui nulidade relativa, a qual foi sanada pela nomeação do defensor público para os atos, não restando qualquer prejuízo para a Defesa. Preliminar rejeitada.

2) Recurso de apelação interposto por José Francisco. A) Constam nos autos os elementos objetivos e subjetivos presentes no artigo 171, *caput*, do Código Penal, quais sejam, induziu a vítima em erro, na medida em que simulou ser o verdadeiro proprietário do veículo Corsa, obtendo vantagem com a troca deste pelo veículo gol, de propriedade da vítima, sendo que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jamais forneceu os carnês de prestação do veículo receptado, pois não os possuía.

B) A presença de cinco circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente autoriza a fixação da pena acima do mínimo legal.

C) Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, diante do não preenchimento do requisito previsto no inciso III, do art. 44, do CPB.

D) As circunstâncias judiciais e a fixação da pena acima do mínimo legal não autorizam a aplicação do regime de cumprimento de pena mais brando, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", do CPB, sendo suficiente e adequada a imposição do regime semi-aberto.

[...]

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram rejeitados (fls. 367/370).

No recurso especial, traz o recorrente as seguintes alegações:

a) violação do art. 381, III, do Código de Processo Penal, pela nulidade do acórdão, em razão da negativa de prestação jurisdicional, por não ter apreciado as questões suscitadas na apelação e nas contrarrazões a ela oferecidas;

b) afronta do referido dispositivo e também dos arts. 41, 619 e 381 do Estatuto Processual, arguindo ser nulo o acórdão, pela ausência de fundamentação quando rejeitou a tese de inépcia da denúncia;

c) ofensa ao arts. 212, 214 e 222 do Código de Processo Penal e divergência jurisprudencial, em virtude da nulidade do processo, por não ter sido a defesa intimada da expedição das cartas precatórias emitidas para oitiva de testemunhas;

d) afronta aos arts. 5º, II e LV e 93, IX, da Constituição Federal, ao art. 381, III, do Código de Processo Penal e aos arts. 30, 50 e 59 do Código Penal e dissenso pretoriano, ao argumento de ser nula a fundamentação utilizada para a exasperação da pena-base, pois teriam sido utilizados elementos inerentes ao tipo penal;

e) afronta ao art. 381, III, do Código de Processo Penal e aos arts. 33, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º, c, 44 do Código Penal e divergência jurisprudencial, pela nulidade dos fundamentos utilizados para se indeferir a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime aberto.

Pede-se o provimento do recurso, com a absolvição do recorrente ou, alternativamente, a fixação da pena-base no mínimo legal, com regime aberto, e substituição por restritivas de direitos.

Oferecidas contrarrazões (fls. 445/455), inadmitiu-se o recurso na origem (fls. 270/276), subindo os autos a esta Corte por força do provimento dado ao Ag n. 1.137.758/ES, em decisão da lavra do ilustre Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

O Ministério Público Federal opina pelo parcial conhecimento e desprovimento do recurso (fl. 286):

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO (ART. 171, *CAPUT*, DO CP). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, II E LV, E 93, IX, DA CF/88. VIA INADEQUADA: COMPETÊNCIA PARA JULGAR MATÉRIAS DE CUNHO CONSTITUCIONAL DO STF. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 30, 33, § 2º, "C", 44, III, 50 E 59 DO CP. ANÁLISE PREJUDICADA. ÓBICE SÚMULA 07 E 211 DO STJ. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 41, 212, 214, 222, 381, III, 619 E 621 DO CPP. DENÚNCIA EM CONFORMIDADE COM A PREVISÃO LEGAL. NULIDADE. ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA: NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO À PARTE. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. PARECER PELO PARCIAL CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.117.700 - ES (2009/0108519-7) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

De início, frise-se que, em recurso especial, não se analisa alegação de ofensa a dispositivos da Constituição Federal.

De outra parte, há ilegalidade flagrante a ser reparada de ofício por esta Corte, no que diz respeito à dosimetria da pena.

Na sentença, o estabelecimento da pena-base está assim fundamentado (fls. 221/222):

[...]

Atendendo aos princípios norteadores do artigo 59 e seus incisos do Código Penal; considerando a sua culpabilidade, em razão de ter usado de artifícios, enganando terceiro de boa fé, efetuando-lhe a venda de um veículo anteriormente furtado, obtendo vantagem ilícita, portanto, com uma conduta reprovável, pois agiu com dolo, com a vontade livre e consciente, estando a exigir uma maior reprimenda; considerando seus antecedentes que não são bons, haja vista a certidão de fls. 66 aponta para o fato de que respondeu a outros processos, o que não lhe beneficia, estando a exigir uma maior reprimenda; considerando sua personalidade, que é a sua índole, a sua maneira de agir enganando terceiro de boa-fé, vendendo-lhe veículo produto de furto, obtendo vantagem ilícita, o que também não lhe beneficia; considerando os motivos do crime, que são reprováveis e que não traz razões justificáveis, o que exige uma censura; considerando as circunstâncias do crime, verifica-se que aproveitou para enganar terceiro de boa-fé, sendo este homem humilde do meio rural, com conhecimento mínimo, o que não lhe beneficia; considerando as consequências do crime, que são os efeitos de sua conduta, com efetivo prejuízo para a vítima e desassossego à sociedade, que também conduz a uma reprimenda; considerando o comportamento da vítima, que não influiu na conduta delituosa do acusado, exigindo uma reprimenda, sendo assim, fixo a pena-base de dois (02) anos e seis (06) meses de reclusão e multa de vinte e cinco (25) dias-multa, sendo o valor de cada dia equivalente a dois trigésimos (2/30) do salário-mínimo, devidamente corrigidos quando do seu efetivo pagamento, que as torno definitivas e concretas em razão das ausências de quaisquer outras variantes.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em apelação, o Tribunal manteve a reprimenda fixada pelo Juízo singular (fls. 354/355):

[...] quanto à dosimetria da pena, observo que o MM. Juiz "a quo", na primeira fase da dosimetria da pena, considerou seis circunstâncias judiciais desfavoráveis ao agente, dentre elas, a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito, razão pela qual estabeleceu-se a pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Assim sendo, em relação à culpabilidade, inobstante o Magistrado utilizar elementos do próprio tipo penal para justificar o juízo negativo, observo que a culpabilidade é grave, pois o ora Apelante, o qual se reconheceu como um "filho de Mimoso", quebrou a expectativa de atender ao princípio ético vigente na comunidade, além de demonstrar excessiva ganância, pois ao comercializar carros usados, auferia lucro na medida em que consertava o veículo adquirido antes de vendê-lo, agregando maior valor ao bem, com seu ato, desejou maximizar seu lucro em prejuízo alheio.

Cabe levar em consideração o conjunto de circunstâncias que tornam mais ou menos reprovável a conduta do agente, não a gravidade da infração, como se extrai do seguinte julgado:

"A valoração do grau de culpa é tarefa de arbítrio judicial, devendo a pena ser proporcional ao crime cometido e estar de conformidade com o desvalor do fato delituoso" (TACRSP - RT 615/309).

Já os antecedentes devem ser considerados favoráveis ao agente, pois a Certidão de fls. 66, indica somente um processo criminal em andamento, sendo que pelo princípio do estado de inocência, somente a condenação transitada em julgado há mais de cinco anos seria suficiente para caracterizar os maus antecedentes, *ex vi*, REsp 493147/SP, do Colendo STJ, e HC 84687/MS, do Pretório Excelso.

No mesmo espeque, a personalidade não pode ser considerada benéfica, nem prejudicial ao agente, por insuficiência de elementos probatórios. Não há motivos que justifiquem a prática delitiva.

A conduta social, como bem apontada na sentença, é favorável ao Apelante, consoante o depoimento da testemunha Jussara Cysne, de fl. 170.

Já as circunstâncias são desfavoráveis ao Apelante, pois valeu-se do comparsa Zehy Ayub Júnior para entrar em contato com a vítima e, assim, aplicar-lhe o golpe.

As consequências foram graves, pois, consoante o depoimento de fls. 68, a vítima Alcemar Rodrigues Pires arcou sozinha com o prejuízo.

Ao final, o comportamento da vítima não favorece o agente, pois agiu com boa-fé, recebendo o veículo Corsa e entregando seu veículo VW Gol e carnê de prestações deste, acreditando que a conclusão do negócio se resolveria com a troca dos carnês de pagamento, o que não ocorreu.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se vê, na sentença, seis circunstâncias judiciais haviam sido consideradas desfavoráveis: culpabilidade, antecedentes, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

No julgamento da apelação defensiva, a Corte de origem afastou a negatização dos antecedentes, da personalidade e dos motivos. Sendo assim, afastadas três circunstâncias judiciais negativas, impunha-se a redução proporcional da pena-base. Não obstante, manteve-se o mesmo patamar fixado na sentença.

Outrossim, em apelo exclusivamente da defesa, não podia o Tribunal ter avaliado em desfavor do condenado o comportamento da vítima, a que não fora atribuído desvalor na sentença, evidenciando-se a ocorrência de *reformatio in pejus*.

Ademais, não autoriza a negação do comportamento da vítima o fato de ela não ter contribuído para a prática do crime. De fato, esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado "normal à espécie", não há falar em consideração desfavorável ao acusado.

Sobre o assunto, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. REDUÇÃO. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE RECONHECIMENTO COM BASE EM FOLHA DE ANTECEDENTES. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DE PENA.

1. A pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

[...]

4. Contudo, no que se refere às demais circunstâncias, a sentença teceu considerações de cunho genérico. Com efeito, quanto à personalidade e à conduta social do agente, restringiu-se o magistrado, em verdade, a remarcar a dedicação do paciente à habitualidade delitiva, fato este, todavia, já valorado por ocasião dos antecedentes. **Outrossim, o comportamento da vítima, normal à espécie, não pode ser aquilatado negativamente.** Readequação das sanções-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

7. Ordem parcialmente concedida.

(HC n. 95.675/MS, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 28/3/2011 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. 1. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDUTA SOCIAL E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA CONSIDERADOS DESFAVORÁVEIS. INADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 2. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. PREVALÊNCIA DESTA EM RELAÇÃO ÀQUELA. AUSÊNCIA DE COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 3. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Hipótese em que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da consideração negativa da conduta social do paciente, "voltada para a delinquência", e o fato das vítimas não terem incentivado a prática dos roubos.

[...]

3. O comportamento da vítima apenas deve ser considerado em benefício do agente, quando a vítima contribui decisivamente para a prática do delito, devendo tal circunstância ser neutralizada na hipótese contrária, de não interferência do ofendido no cometimento do crime. Precedentes.

[...]

5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para, reduzida a pena-base do paciente, fixar a sanção para o crime de roubo definitivamente em 7 anos, 5 meses e 18 dias de reclusão, e 12 dias-multa, mantido, nos demais termos, o acórdão impugnado.

(HC n. 178.148/MS, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 24/2/2012 – grifo nosso)

No tocante à culpabilidade, afirmou o Tribunal *a quo* que a fundamentação utilizada pelo julgador singular era inadequada, por ter utilizado elementos inerentes ao próprio tipo penal. No entanto, lançando mão de fundamento diverso, manteve a negatização dessa circunstância.

Tal modificação, entretanto, caracterizou *reformatio in pejus*, pois não é lícito ao Tribunal, em recurso da defesa, trazer fundamentos novos em desfavor do acusado.

A esse respeito:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. 1. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROCESSO EM CURSO. PERSONALIDADE DESVIADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ. 2. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL NÃO RECONHECIDA NA SENTENÇA. *REFORMATIO IN PEJUS* CONFIGURADA. 3. MAJORANTES. AUMENTO SEM FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO AO MÍNIMO (1/3). CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

2. Incorre em *reformatio in pejus* o acórdão de apelação que, julgando recurso exclusivo da defesa, mantém a pena-base do acusado acima do mínimo legal por fundamentos diversos dos utilizados pelo juiz sentenciante.

[...]

4. *Habeas Corpus* concedido, inclusive de ofício, para reduzir a pena imposta a TIAGO BERTOTI DIAS, nos autos da Ação Penal n.º 019/2.09.0005874-6, da Terceira Vara Criminal da comarca de Novo Hamburgo, a 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mantido no mais o acórdão impugnado.

(HC n. 207.366/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 19/10/2011)

HABEAS CORPUS. DISPARO DE ARMA DE FOGO. (I) DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. *REFORMATIO IN PEJUS* CONFIGURADA. (II) EXECUÇÃO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E FAVORABILIDADE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

2. Não é dado ao Tribunal *a quo*, em recurso exclusivo da defesa, agregar nova fundamentação ao *decisum* condenatório, considerando como negativa circunstância judicial assim não reconhecida pelo Juiz sentenciante quando da dosimetria, sob pena de incidir na inadmissível *reformatio in pejus*.

[...]

4. Ordem concedida para reduzir a pena-base do paciente ao mínimo legalmente previsto, tornando a sua reprimenda definitiva em 2 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, bem como para fixar-lhe o regime aberto de cumprimento de pena.

(HC n. 201.453/DF, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 21/3/2012)

Ainda quanto às circunstâncias do crime, também houve indevida troca de fundamentação pelo Tribunal, no entanto com a peculiaridade de que houve a substituição de fundamento idôneo por inidôneo e de que, por essa razão, deve ser aproveitado em favor do réu, mormente porque não houve insurgência do *Parquet*.

Com efeito, na sentença, afirmou-se que o recorrente *aproveitou para enganar terceiro de boa-fé, sendo este homem humilde do meio rural, com*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento mínimo, o que não lhe beneficia, ao passo que no acórdão asseverou-se que o réu valeu-se do comparsa Zehy Ayub Júnior para entrar em contato com a vítima e, assim, aplicar-lhe o golpe.

A fundamentação utilizada na sentença era apta para se considerar negativa a referida circunstância judicial, pois demonstrada uma maior reprovação da conduta. Entretanto, apesar de indevida a troca da fundamentação em recurso da defesa, o julgamento da apelação substituiu a sentença. Sendo assim, deve ser avaliada, agora, a idoneidade da fundamentação lançada no acórdão, a qual, no caso concreto, não tem esta característica, uma vez que descreve apenas uma das condutas praticadas para a consumação do delito.

Sendo assim, diante da existência de *reformatio in pejus*, a evidenciar ilegalidade flagrante a ser reparada por meio de *habeas corpus*, de ofício, devem ser afastadas as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, aos motivos e às circunstâncias do crime e ao comportamento da vítima, bem como efetivada a redução da pena-base em relação aos antecedentes e à personalidade, cuja negatização foi afastada pelo Tribunal de origem sem, contudo, produzir o necessário reflexo na estipulação da reprimenda.

Remanescem, ainda, as consequências do crime. Entretanto, como sustentado nas razões do especial, o fundamento utilizado para atribuir-lhe desvalor não é idôneo, uma vez que o prejuízo sofrido pela vítima é elementar do estelionato. Dessa forma, sem que tenha sido inserido nenhum dado concreto, demonstrando uma maior severidade do gravame, não se presta para exasperar a pena-base.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTELIONATO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. PREJUÍZO À VÍTIMA. CONSEQUÊNCIA DESFAVORÁVEL. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Muito embora as condenações anteriores do agente não estejam



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abrangidas pelo conceito de *personalidade* do agente, se prestam a fundamentar validamente o aumento da pena-base como *maus antecedentes*, ensejando, do mesmo modo, a exasperação da pena, em igual patamar. Precedentes.

2. Salvo quando considerável o prejuízo causado à vítima, não pode a vaga referência ao dano razoável, sem maiores esclarecimentos, servir de base para a exasperação, na medida em que constitui circunstância inerente ao tipo penal incriminador, qual seja: o estelionato. Precedente do STJ.

3. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão impugnados, reduzindo as penas nos termos explicitados no voto.

(HC n. 165.057/DF, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 5/9/2012)

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. MOTIVOS DO CRIME. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NEGATIVIDADE DO MODO DE EXECUÇÃO DA AÇÃO DELITUOSA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONSIDERÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

[...]

4. O prejuízo causado às vítimas é inerente ao estelionato, crime de natureza patrimonial, motivo pelo qual, ausente qualquer elemento que demonstre a sua excepcionalidade no caso concreto, não pode figurar como circunstância judicial negativa.

5. Ordem concedida para reduzir a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 3 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 165 dias-multa.

(HC n. 196.306/PE, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 11/6/2012)

Nesse contexto, não subsistindo mais nenhuma circunstância judicial negativa, impõe-se a redução da pena-base ao mínimo legal de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, o qual é tornada definitiva, diante da ausência de atenuantes ou agravantes, causas de diminuição ou de aumento.

Ocorre que, diante do novo *quantum* da reprimenda, fica evidenciada a prescrição da pretensão punitiva, uma vez que, desde o último marco interruptivo, consistente na publicação da sentença condenatória, em 31/10/2006 (fl. 223), transcorreu lapso superior a 4 anos (art. 109, V, do CP).

Com a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, ficam prejudicadas as demais questões suscitadas no recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **conheço parcialmente** do recurso especial e, nessa extensão, **dou-lhe provimento** a fim de excluir o desvalor atribuído às consequências do crime. **Concedo habeas corpus de ofício**, para afastar as demais circunstâncias judiciais consideradas como negativas pelas instâncias ordinárias e reduzir a pena do recorrente a 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, declarando extinta a sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no art. 107, IV, c/c os arts. 109, V, 110, *caput* e § 1º, e 114, II, todos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0108519-7

REsp 1117700 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1530320070 200802717252 32030000510002

PAUTA: 15/08/2013

JULGADO: 15/08/2013

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: JOSÉ FRANCISCO DE LIMA PINTO
ADVOGADO	: ELISANGELA LEITE MELO
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
CORRÉU	: ZEHI AYUB JÚNIOR
CORRÉU	: ALCEMAR RODRIGUES PIRES

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, conheceu parcialmente do recurso e, nesta parte, deu-lhe provimento, expedindo, ainda, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.