HABEAS CORPUS Nº 881062 - MG (2023/0464713-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	MARCOS FERNANDO DE OLIVEIRA BARBOSA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS.* DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NECESSIDADE DE REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. CONFIGURAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DE ORDEM DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA VERIFICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Marcos Fernando de Oliveira Barbosa, condenado em primeiro grau pela prática de furto qualificado (art. 155, § 4º, I e II, CP), por oito vezes, na forma do art. 71 do CP, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 136 dias-multa. Em apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais alterou a capitulação para sete ocorrências de furto qualificado em continuidade delitiva e reduziu a multa para 28 dias, mantendo a pena privativa de liberdade e o regime. A defesa alega *reformatio in pejus* na dosimetria e pleiteia o reconhecimento de crime único em detrimento da continuidade delitiva.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) a possibilidade de redução proporcional da pena-base em razão do afastamento de circunstâncias judiciais negativas em recurso exclusivo da defesa, para evitar *reformatio in pejus*; e (ii) a adequação do reconhecimento da continuidade delitiva ao invés do crime único.

III. RAZÕES DE DECIDIR

Documento eletrônico VDA44910816 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:51:38
Publicação no DJEN/CNJ de 16/12/2024. Código de Controle do Documento: 3d238ce7-52f0-4a8e-be2f-2ff2c7ec666c

3. O *habeas corpus* não é cabível como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade. Neste caso, a reanálise da dosimetria é admissível devido à flagrante ilegalidade configurada na manutenção da pena-base mesmo após o afastamento de circunstâncias desfavoráveis em recurso exclusivo da defesa.
4. A jurisprudência do STJ e do STF estabelece que, em recurso exclusivo da defesa (ou quando, havendo recurso da acusação, esta não questiona a dosimetria da pena-base), o Tribunal deve reduzir proporcionalmente a pena-base se afastar circunstâncias judiciais negativas reconhecidas na sentença, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*.
5. No caso em análise, o Tribunal de origem afastou as valorações negativas da conduta social e da personalidade do paciente, mas manteve a pena-base sem a devida redução.
6. Do mesmo modo, negativou as consequências do delito, sem qualquer insurgência da acusação a respeito, o que configura ilegalidade flagrante e impõe o redimensionamento da pena.
7. Esta Corte possui precedentes no sentido de que a realização de diversos saques por meio de cartão magnético em desfavor da mesma vítima pode configurar a continuidade delitiva, como decidiu a Corte de origem, mas não evidencia a ocorrência de crime único.
IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Brasília, 12 de dezembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora

Documento eletrônico VDA44910816 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:51:38
Publicação no DJEN/CNJ de 16/12/2024. Código de Controle do Documento: 3d238ce7-52f0-4a8e-be2f-2ff2c7ec666c

HABEAS CORPUS Nº 881062 - MG (2023/0464713-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	MARCOS FERNANDO DE OLIVEIRA BARBOSA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS.* DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NECESSIDADE DE REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. CONFIGURAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO PARCIAL DE ORDEM DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA VERIFICADA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado em favor de Marcos Fernando de Oliveira Barbosa, condenado em primeiro grau pela prática de furto qualificado (art. 155, § 4º, I e II, CP), por oito vezes, na forma do art. 71 do CP, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 136 dias-multa. Em apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais alterou a capitulação para sete ocorrências de furto qualificado em continuidade delitiva e reduziu a multa para 28 dias, mantendo a pena privativa de liberdade e o regime. A defesa alega *reformatio in pejus* na dosimetria e pleiteia o reconhecimento de crime único em detrimento da continuidade delitiva.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) a possibilidade de redução proporcional da pena-base em razão do afastamento de circunstâncias judiciais negativas em recurso exclusivo da defesa, para evitar *reformatio in pejus*; e (ii) a adequação do reconhecimento da continuidade delitiva ao invés do crime único.

III. RAZÕES DE DECIDIR

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

3. O *habeas corpus* não é cabível como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade. Neste caso, a reanálise da dosimetria é admissível devido à flagrante ilegalidade configurada na manutenção da pena-base mesmo após o afastamento de circunstâncias desfavoráveis em recurso exclusivo da defesa.
4. A jurisprudência do STJ e do STF estabelece que, em recurso exclusivo da defesa (ou quando, havendo recurso da acusação, esta não questiona a dosimetria da pena-base), o Tribunal deve reduzir proporcionalmente a pena-base se afastar circunstâncias judiciais negativas reconhecidas na sentença, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*.
5. No caso em análise, o Tribunal de origem afastou as valorações negativas da conduta social e da personalidade do paciente, mas manteve a pena-base sem a devida redução.
6. Do mesmo modo, negativou as consequências do delito, sem qualquer insurgência da acusação a respeito, o que configura ilegalidade flagrante e impõe o redimensionamento da pena.
7. Esta Corte possui precedentes no sentido de que a realização de diversos saques por meio de cartão magnético em desfavor da mesma vítima pode configurar a continuidade delitiva, como decidiu a Corte de origem, mas não evidencia a ocorrência de crime único.
IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* sem pedido de liminar impetrado em favor de MARCOS FERNANDO DE OLIVEIRA BARBOSA, em que se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

O paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 155, §4º, I e II, por 8 vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, à pena total de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 136 dias-multa, no valor unitário mínimo (fl. 459).

Ambas as partes recorreram. A defesa postulou a redução da pena-base e o reconhecimento de crime único. Já o Ministério Público requereu apenas o reconhecimento do concurso material entre os delitos de furto praticados pelo acusado.

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso ministerial e deu parcial provimento ao defensivo, "para alterar a capitulação dos fatos narrados na denúncia e condenar o embargante nas sanções do art. 155, §4º, I e II c/c art. 155,

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

§4º, II, por sete vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal, na pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 28 dias-multa, no valor unitário mínimo.

A defesa opôs embargos infringentes, que foram rejeitados.

No presente *habeas corpus*, a defesa sustenta ser necessário o reconhecimento do crime único em detrimento da continuidade delitiva.

Também alega ter havido *reformatio in pejus* na primeira fase da dosimetria, pois, ao julgar o recurso da defesa, afastou a valoração desfavorável da conduta social e da personalidade, sem reduzir proporcionalmente a basilar, além de "sopesar em prejuízo do paciente as consequências do delito, em contrariedade ao que foi consignado pelo Magistrado ao sentenciar na primeira instância" (fl. 6).

Requer a concessão da ordem para o refazimento da dosimetria, nos termos da fundamentação.

A origem prestou informações (e-STJ fls. 505-661).

O Ministério Público se manifestou pelo não conhecimento ou denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fl. 666).

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir *habeas corpus* em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

> *"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício"*
>
> *(AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).*

> *"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes"*

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

(AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

> *"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...)*
>
> *(HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).*

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

É uníssona a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "[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" (AgRg no REsp n. 2.118.260/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 13/5/2024, DJe de 15/5/2024).

A revisão da dosimetria somente é possível, portanto, em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No mesmo sentido:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. (...). PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA PENA. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. ÓBICE AO REEXAME DETIDO DE PROVAS NESTA VIA. AGRAVO DESPROVIDO.*

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. <u>Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.</u>

2. Uma vez reconhecido o privilégio pelo Conselho de Sentença, compete do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, dentro do seu livre convencimento, aplicar fundamentadamente a redução de pena prevista no § 1º do artigo 121 do Código Penal, que pode variar de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), devendo a escolha do quantum de diminuição se basear na relevância do valor moral ou social, na intensidade do domínio do réu pela violenta emoção, ou no grau da injusta provocação da vítima.

3. Na hipótese, a Corte estadual apontou motivação concreta para manter a fração de 1/6 na diminuição da pena em virtude do privilégio, sendo certo que para rever o quantum de redução escolhido pelas instâncias ordinárias seria necessário o reexame do conteúdo fático-probatório dos autos, providência inviável em habeas corpus.

4. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 915.015/BA, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 9/9/2024, DJe de 12/9/2024)

Acerca da dosimetria, colhe-se do acórdão dos embargos infringentes (fls. 489-499):

Trata-se de embargos infringentes opostos pela defesa de Marcos Fernando de Oliveira Barbosa em razão da decisão não-unânime proferida em sede de apelação, que, por maioria, negou provimento ao recurso do Ministério Público e deu parcial provimento ao recurso da defesa para alterar a capitulação dos fatos narrados na denúncia e condenar o embargante nas sanções do art. 155, §4º, I e II c/c art. 155, §4º, II, por sete vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal, na pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 28 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Busca-se fazer prevalecer o voto minoritário, da lavra do e. Relator, Des. Sálvio Chaves, que, reconheceu em favor do embargante a figura do crime único, reduziu a pena-base e concretizou as reprimendas em 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 12 dias-multa.

[...]

Com relação à fixação das penas, propositado ressaltar a inexistência de vinculação entre as instâncias jurisdicionais sobre as considerações relativas à dosimetria, cuidando-se apenas para não se impor, concreta e materialmente, ultrajes ou gravidade nas penas do condenado (CPP, art. 617).

"Mutatis mutandis":

> *"(...) Não há falar em ofensa ao princípio que veda a reformatio in pejus, diante da adoção de novos fundamentos a embasar a imposição do modo prisional mais gravoso, pois, segundo o*

princípio da ne reformatio in pejus, o juízo ad quem não está vinculado aos fundamentos adotados pelo juízo a quo, somente sendo obstado no que diz respeito ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal (HC n. 142.443/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 2/2/2012).

Na compreensão da jurisprudência, é possível nova ponderação pelo tribunal dos referenciais utilizados para a aplicação da pena-base, inclusive acerca dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em "reformatio in pejus", desde que, evidentemente, não seja afrontada a situação do condenado, tal como ocorreu na espécie, pelo voto prevalente.

Dessa forma, compreendo como escorreitas as ponderações negativas dos referenciais do art. 59 do Código Penal realizadas pelo e. Relator sem ultrajar materialmente a pena.

Nesse sentido, trago à colação recente julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

"ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). CRIME CONTINUADO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. ADOÇÃO DE NOVO FUNDAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO PACIENTE INALTERADA. PRECEDENTES DO STJ. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. 1. Não há falar em ofensa ao princípio da vedação da reformatio in pejus, diante da adoção de novos fundamentos a embasar a exasperação da pena-base, pois "Segundo o princípio da ne reformatio in pejus, o juízo ad quem não está vinculado aos fundamentos adotados pelo juízo a quo, somente sendo obstado no que diz respeito ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal" (HC 142.443/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012). 2. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 357.498/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2016).

Com relação a configuração do crime, data vênia, inconcebível a consideração como crime único nesta hipótese.

O embargante Marcos adentrou no estabelecimento de propriedade da vítima e subtraiu seu cartão de crédito/débito, do Bando do Brasil.

De posse do referido cartão, o embargante realizou diversos saques e pagamentos em prejuízo do ofendido.

Cada compra fraudulenta configura a prática de novo furto, pois, materialmente, significou a subtração de importância econômica na conta corrente da vítima, perfazendo, cada situação, um delito de furto autônomo e previsível pelo agente.

Para configuração do crime continuado, torna-se necessário o

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

preenchimento dos requisitos objetivos do art. 71 do Código Penal referente à prática do crime de mesma espécie, condições de tempo, lugar e forma de execução, além do preenchimento do requisito subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios ou liame subjetivo.

Nesse contexto, o crime foi praticado em continuidade delitiva, atraindo a incidência da regra do artigo 71 do Código Penal porque, conforme se observa da prova produzida, ***o acusado, com o mesmo "modus operandi", repetiu a conduta criminosa, realizando saques e pagamentos, em datas diversas, com a utilização do cartão da vítima.***

O dolo do agente era a subtração da importância monetária possibilitada pelo uso do cartão - instrumento necessário a tal fim - e não apenas a cártula de plástico, que em si mesma não tem valor econômico significativo. Para tanto, conscientemente, utilizou o instrumento em oportunidade distintas para a subtração do dinheiro da vítima, como especificado no voto condutor da apelação.

Evidente, portanto, o aperfeiçoamento de delitos conta o patrimônio a cada vez em que o agente subtrai das economias da vítima depositadas no banco, quer via compras quer por pagamento quer por saques, qualquer importância monetária (dinheiro).

Dessa forma, compreendo que a hipótese não se conforma à indicação de crime único, mas continuidade delitiva, nos termos do artigo 71 do Código Penal.

Em caso similar, "mutatis mutandis", manifestou o STJ (www.stj.jus.br):

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. MORTE DO BENEFICIÁRIO. SAQUES MENSAIS POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. A orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido: a cada oportunidade em que o agente faz uso de cartão magnético de terceiro para receber, de forma indevida, benefício de segurado já falecido, pratica nova fraude e lesão ao patrimônio da autarquia, em situação na qual deve ser reconhecida, se preenchidos os requisitos do art. 71 do CP, a continuidade delitiva, e não o crime único.*
>
> *2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1466641/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 15/05/2017)*

Importante destacar pontuais exceções.

Recentemente manifestei sobre a caracterização do crime único em casos similares a este, mas distintos pela fragilidade de dados a confirmarem as diversas subtrações realizadas mediante o emprego do cartão furtado.

Norteado, então, pelo "in dubio pro reo" na valoração daqueles acontecimentos, excepcionalmente, atestei pela caracterização do crime com único, conforme se verifica no julgamento das apelações n. 1.0000.23.073824-7/001 e n. 1.0024.14.310382-8/001. Mas reprise-se, como exceções pontuais.

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

Pelo o exposto, não acolho dos embargos infringentes e de nulidade referendado o acordão constituído na ocasião do julgamento da apelação.

Custas conforme a sentença.

Do acórdão da apelação extrai-se o seguinte excerto (fls. 467-475):

Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pela escalada (art. 155, §4º, I e II, do Código Penal).

Ab initio, no tocante à pena-base, verifico que o douto Sentenciante considerou como desfavoráveis ao acusado as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade, fixando a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias- multa.

*Quanto à **culpabilidade**, considero-a, de fato, em desfavor do apelante, todavia, o faço por fundamento diverso daquele utilizado na sentença (de que, em razão da consciência da ilicitude do fato, era exigível do acusado uma conduta diversa da realizada).*

*É que a culpabilidade deve ser analisada enquanto grau de censurabilidade da conduta. In casu, vislumbro a ocorrência de uma maior reprovabilidade da conduta praticada pelo acusado, na medida em que o crime foi cometido com a incidência de **duas qualificadoras (escalada e rompimento de obstáculo, devidamente comprovadas por meio de laudo pericial), devendo ser uma delas utilizada para configurar a forma qualificada do delito e a outra sopesada na pena-base.** Assim, mantenho a análise negativa da referida circunstância judicial.*

*Em relação aos **antecedentes**, observo que Marcos Fernando, de fato, ostenta péssimos antecedentes, possuindo três condenações definitivas anteriores aos presentes fatos por crimes da mesma espécie (CA Cs, f. 191/201, 335/346 e 347/358 – doc. único), sendo duas delas consideradas nesta fase e a terceira utilizada para fins de configuração da agravante da reincidência.*

Já em relação à conduta social e à personalidade, tenho que razão assiste à Defesa.

***É que as referidas circunstâncias judiciais, a meu ver, não podem ser consideradas desfavoráveis ao apelante, uma vez que não há nos autos elementos suficientes para aferi-las, consoante entendimento esposado pela mais abalizada doutrina.** Confira-se:*

[...]

Nesse ponto, ressalto que, ao contrário do que entendeu o douto Sentenciante, a existência de inquéritos e processos em andamento não se presta para aquilatar a conduta social e a personalidade do agente, ou mesmo, para elevar a pena-base, sob pena de violação ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

É o que dispõe a Súmula nº 444, editada pelo Superior Tribunal de Justiça:

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

Por esses motivos, considero positivas as circunstâncias judiciais referentes à conduta social e à personalidade do acusado.

De outro lado, entendo que as consequências do crime, não

obstante tenham sido sopesadas de forma favorável na sentença, se mostram negativas, uma vez que a vítima experimentou prejuízo considerável, tendo lhe sido subtraídos mais de R$15.000,00 (quinze mil reais) e recuperados apenas R$4.400,00 (quatro mil e quatrocentos reais), o que extrapola o prejuízo considerado inerente ao tipo penal, devendo, pois, tal circunstância judicial ser considerada em desfavor do acusado.

Neste ponto, ressalto que, ***ainda que em algumas das fases da dosimetria da pena haja diferença nos critérios utilizados, bem como no quantum fixado, restando a pena final em patamar igual ou inferior ao estabelecido anteriormente, isto é, não havendo agravamento da situação do acusado, não há falar em ocorrência da reformatio in pejus.***

[...]

Assim, havendo três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, entendo que a pena-base restou fixada em patamar justo na r. sentença, não merecendo ser reduzida, razão pela qual a mantenho em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência, mantenho o aumento de 1/6 (um sexto) adotado na sentença, concretizando-se a pena do acusado, à míngua de outras causas a considerar, em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa, estes no valor unitário mínimo.

Furtos qualificados mediante fraude (art. 155, §4º, II, do Código Penal).

No tocante à pena-base, registro que a fixarei, igualmente, para os 07 (sete) delitos de furto mediante fraude, uma vez que não há particularidades relevantes que os diferenciem.

A culpabilidade não é elevada, estando dentro dos padrões de normalidade. O acusado é portador de maus ***antecedentes****, possuindo três condenações definitivas anteriores aos presentes fatos por crimes da mesma espécie (CA Cs, f. 191/201, 335/346 e 347/358 – doc. único), sendo duas delas consideradas nesta fase e a terceira utilizada para fins de configuração da agravante da reincidência. A conduta social e a personalidade favorecem o apelante, eis que não há elementos suficientes nos autos para aferi-las. Já os motivos são ínsitos ao tipo penal, enquanto as circunstâncias do crime nada apresentaram de extraordinário. As consequências, igualmente, não foram graves. O comportamento da vítima em nada contribuiu para o resultado.*

Com base na análise acima, havendo ***uma circunstância judicial desfavorável ao apelante****, fixo-lhe a pena-base em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa para cada um dos crimes de furto qualificado mediante fraude.*

Na segunda fase, presente a agravante da ***reincidência****, elevo a pena em 1/6 (um sexto), ficando concretizada, à míngua de outras circunstâncias a considerar, em relação a cada delito, em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, no valor unitário mínimo.*

Concurso de crimes.

Pleiteou a Defesa o reconhecimento de crime único, ao argumento de que as compras realizadas com o cartão de crédito subtraído no primeiro delito seriam consideradas mero exaurimento deste.

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

> *Por sua vez, requereu o Parquet a aplicação do concurso material entre todos os crimes de furto, sob a alegação de que não seria possível o reconhecimento da continuidade delitiva no caso em questão, por tratar-se o acusado de criminoso habitual.*
>
> *Quanto à alegação defensiva, entendo, data venia, que não merece prosperar, uma vez que, a meu ver, cada compra fraudulenta configura a prática de novo furto, sendo inviável o reconhecimento de crime único.*
>
> *Efetivamente, cada compra indevida perpetrada pelo acusado significou um débito na conta corrente da vítima, configurando, portanto, cada uma das operações um delito de furto autônomo (subtração da coisa alheia móvel, no caso, o dinheiro da conta corrente da vítima).*
>
> *[...] Logo, inviável é o reconhecimento de crime único.*

Acerca da pena-base, esta Corte firmou orientação no sentido de que é obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença.

Da mesma forma, não poderá o Tribunal, em recurso exclusivo da defesa, considerar desfavorável circunstância judicial não valorada na sentença. Confira-se:

> *RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AFASTADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. NECESSIDADE.*
>
> *1. A questão posta no presente apelo nobre cinge-se a definir se é obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em sede de julgamento de recurso exclusivo da defesa, decotar circunstância judicial negativada na sentença condenatória, sob pena de, ao não fazê-lo, incorrer em violação da disposição contida no art. 617 do CPP (princípio ne reformatio in pejus).*
>
> *2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se debruçar sobre o tema, quando do julgamento do EREsp n.1.826.799/RS, sufragando o entendimento de ser imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida no édito condenatório.*
>
> *3. Ambas as Turmas de Terceira Seção são uníssonas quanto à aplicação do referido entendimento, havendo diversos julgados no mesmo sentido.*
>
> *4. Tese a ser fixada, cuja redação original foi acrescida das sugestões apresentadas pelo Ministro Rogério Schietti Cruz (Sessão de julgamento de 28/8/2024): É obrigatória a redução proporcional da pena-base quando o tribunal de segunda instância, em recurso exclusivo da defesa, afastar circunstância judicial negativa reconhecida na sentença.*

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

> *Todavia, não implicam reformatio in pejus a mera correção da classificação de um fato já valorado negativamente pela sentença para enquadrá-lo como outra circunstância judicial, nem o simples reforço de fundamentação para manter a valoração negativa de circunstância já reputada desfavorável na sentença.*
>
> *5. No caso dos autos, o recorrente foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 22 dias-multa, pelo crime do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. No julgamento da apelação defensiva, o Tribunal de origem afastou a valoração negativa da conduta social, sem promover a redução proporcional da pena na primeira fase da dosimetria.*
>
> *6. Recurso especial provido para fixar a pena de 6 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão, além do pagamento de 22 dias-multa, mantido o regime fechado.*
>
> *(REsp n. 2.058.970/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 28/8/2024, DJe de 12/9/2024.)*

No caso, ao julgar o recurso da defesa – a apelação ministerial não questionou a dosimetria da pena-base –, o Tribunal de origem afastou a valoração desfavorável da conduta social e da personalidade e sopesou em prejuízo do paciente as consequências do delito, mantendo a mesma pena-base fixada pelo magistrado de primeiro grau, o que configura flagrante ilegalidade, devendo ser afastadas as 3 vetoriais citadas.

Já no que se refere ao pleito de reconhecimento de crime único, alterar o quadro formado no Tribunal de origem demanda inviável dilação probatória em sede de *habeas corpus*.

Além disso, esta Corte possui precedentes no sentido de que a realização de diversos saques por meio de cartão magnético em desfavor da mesma vítima pode configurar a continuidade delitiva, como decidiu a Corte de origem, mas não evidencia a ocorrência de crime único. Veja-se, *mutatis mutandis*:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO CONTRA O INSS. MORTE DO BENEFICIÁRIO. SAQUES MENSAIS COM O CARTÃO MAGNÉTICO. CONTINUIDADE DELITIVA. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. A orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido: a cada oportunidade em que o agente faz uso de cartão magnético de terceiro para receber, de forma indevida, benefício de segurado já falecido, pratica nova fraude e lesão ao patrimônio da autarquia, em situação na qual deve ser reconhecida, se preenchidos os requisitos do art. 71 do CP, a continuidade delitiva, e não o crime único (ut, AgRg no REsp 1466641/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 15/05/2017)*
>
> *2. Incidência da Súmula 568/STJ: O relator, monocraticamente e no*

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.680.331/RN, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/9/2017, DJe de 20/9/2017.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. MORTE DO BENEFICIÁRIO. SAQUES MENSAIS POR MEIO DE CARTÃO MAGNÉTICO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A orientação deste Superior Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido: a cada oportunidade em que o agente faz uso de cartão magnético de terceiro para receber, de forma indevida, benefício de segurado já falecido, pratica nova fraude e lesão ao patrimônio da autarquia, em situação na qual deve ser reconhecida, se preenchidos os requisitos do art. 71 do CP, a continuidade delitiva, e não o crime único.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.466.641/SC, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/4/2017, DJe de 15/5/2017.)

Passo a redimensionar a pena aplicada.

Furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pela escalada (art. 155, §4º, I e II, do Código Penal): Na primeira fase, afastada a valoração desfavorável da conduta social, da personalidade e das consequências do delito, resta apenas a vetorial negativa relativa aos antecedentes, de modo que a pena-base vai reduzida, de modo proporcional, a 2 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e 11 dias-multa. Na segunda fase, a pena sofre acréscimo de 1/6 pela reincidência, alcançando 2 anos, 9 meses e 7 dias de reclusão e 13 dias-multa, patamar que não sofre alteração na terceira fase.

Furtos qualificados mediante fraude (art. 155, §4º, II, do Código Penal): Pena mantida, sem alterações.

Pela regra da **continuidade delitiva**, a pena mais grave vai aumentada em 2/3, como definido na origem, perfazendo a pena final de 4 anos, 7 meses e 12 dias de reclusão e 21 dias-multa.

Mantido o regime fechado, face à reincidência e aos maus antecedentes.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício** para reduzir a pena do paciente a 4 anos, 7 meses e 12 dias de reclusão e 21 dias-multa.

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

É o voto.

Documento eletrônico VDA44909968 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): DANIELA RODRIGUES TEIXEIRA Assinado em: 12/12/2024 10:55:30
Código de Controle do Documento: 68105a36-e89a-43c7-bccc-433ecc515797

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2023/0464713-1 **HC 881.062 / MG**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00062369320228130701 10000230068256001 10000230068256002
62369320228130701

PAUTA: 10/12/2024 JULGADO: 10/12/2024

Relatora
Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	MARCOS FERNANDO DE OLIVEIRA BARBOSA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Documento eletrônico VDA44901541 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 11/12/2024 19:09:01
Código de Controle do Documento: 5C8E9BAD-4F20-47EF-B121-DA2FBA27B2CF