

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.407.518 - SP (2018/0318520-8)**

**RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**AGRAVANTE : MICHEL PIERRE DE SOUZA CINTRA**  
**AGRAVANTE : VIVIANE BOFFI EMILIO**  
**ADVOGADO : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**DECISÃO**

Trata-se de agravo em recurso especial em desfavor de decisão que inadmitiu o recurso especial, interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que os réus foram condenados como incurso no art. 171 (estelionato), *caput*, c.c. o art. 71, ambos do Código Penal, ao cumprimento da pena de 3 anos e 9 meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 37 dias-multa, fixado o valor unitário em um salário mínimo vigente na época dos fatos.

O recurso da defesa foi desprovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 2016):

*Estelionato - Ressarcimento do prejuízo às vítimas*  
*Aplicação analógica do disposto no art. 34, da Lei nº 9.249/95 e no art. 9º, da Lei nº 10.684/03 - Extinção da punibilidade - Impossibilidade- Hipóteses que não se aplicam a crimes comuns, que devem seguir as normas previstas no Código Penal - Precedentes - Preliminar rejeitada;*

*Estelionato - Utilização de empresas constituídas a partir de CNPJ inativos para realizar vendas pela internet - Recebimento do pagamento - Falta de entrega dos produtos - Obrigação que, desde o início jamais seria honrada pelos acusados - Fraude penal bem caracterizada ;- Condenação mantida;*

*Estelionato - Arrependimento posterior - Ação que deve ocorrer até o recebimento da denúncia.- Ressarcimento em relação a três vítimas - Reconhecimento;*

*Estelionato - Ações praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução - Crime continuado - Ocorrência - Regime semiaberto - Cabimento - Recurso Ministerial improvido com o parcial acolhimento daquele apresentado pela Defesa.*

Opostos embargos de declaração, foram estes rejeitados (e-STJ, fls. 2047).

*Embargos de declaração — Omissão no acórdão — Inexistência — Pretensão de prequestionamento da matéria —*

*Descabimento, pois os embargos de declaração sujeitam-se aos limites traçados pelo art. 619, do Código de Processo Penal — Embargos rejeitados.*

Na petição de recurso especial, a parte recorrente alega contrariedade aos artigos 33, II, "c", 44 e 59 do Código Penal. Sustenta que deve ser revista a a pena-base fixada uma vez que foram utilizados elementos do próprio tipo penal para exacerbá-la.

Requer que seja fixado o regime aberto para cumprimento da pena.

Postula a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Decisão de inadmissibilidade do recurso especial às fls. 2091/2092 afirmando que se encontram presentes os óbices das Súmulas n. 284/STF e n. 7/STJ.

Agravo em recurso especial às fls. 2094/2099.

Contraminuta ao agravo em recurso especial às fls. 2101/2110.

Parecer ministerial proferido nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl.2123):

*AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. INADMISSÃO. SÚMULAS N. 284/STF e 7/STJ. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, § 2º, 44 E 59 DO CP.*

*- As instâncias ordinárias utilizaram fundamentos concretos para exasperar a pena-base, consistentes no dolo que extrapolou o inerente ao tipo penal, bem como as circunstâncias e consequências negativas do crime.*

*- Regime prisional mais gravoso justificado nas circunstâncias em que o crime ocorreu e na culpabilidade exacerbada.*

*- O art. 44, III, do CP, estabelece a substituição da pena apenas quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente, o que não é a hipótese do autos.*

*Pelo não provimento.*

É o relatório. Decido.

Conheço do agravo eis que tempestivo e impugnou os fundamentos da decisão recorrida.

Passo à análise do recurso especial.

Não merece provimento a pretensão recursal.

Primeiramente, a parte recorrente postula a revisão da pena-base fixada.

Quanto ao tema, o Tribunal de origem destacou (e-STJ, fl. 2026):

*Nesse ponto, o que se vê é que a pena base foi exasperada em razão do dolo intenso dos acusados, que usaram da internet, veículo de massa, atual e de fácil acesso até para a pessoa mais desavisada, para iludir inúmeras vítimas e alcançar outros interessados, sempre com objetivo de conseguir indevida vantagem econômica.*

*Aliás, consta nos autos que os réus venderam cerca de R\$ 30 milhões de reais em produtos, nunca recolheram impostos, respondem a cerca de 40 ações penais e o esquema criminoso engendrado por eles foi motivo, inclusive, de matéria do programa "Fantástico", da Rede Globo em 20 de setembro de 2015.*

*Por todos estes motivos, a majoração da pena base é realmente imperiosa, mas o patamar utilizado (no triplo do mínimo legal), principalmente considerando-se a primariedade dos réus, mostrou-se exacerbado, de sorte que o aumento da pena do dobro, para 2 anos de reclusão e 20 dias-multa (mantido o valor unitário de 1 salário mínimo, em face da situação econômica dos réus), é suficiente à reprovabilidade da conduta criminosa e assim permanecerá na segunda etapa em razão da ausência de circunstâncias modificadoras.*

Com efeito, "inexiste violação ao art. 59 do CP quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal e dentro dos limites estabelecidos no tipo penal foi devidamente embasada na valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais, ou seja, em elemento que extrapola o tipo penal, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta." (AgRg no REsp 1589304/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016)

No caso concreto, o Tribunal de origem motivou concretamente a exacerbação da pena-base em elementos que consignam um plus em relação ao tipo penal pelo qual os réus foram condenados, não merecendo revisão.

Neste sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. DECOTE DAS MAJORANTES. ALEGADA DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA. QUALIFICADORA SOBRESSALENTE**

*UTILIZADA PARA AUMENTAR A PENA-BASE. LEGALIDADE. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) NA PRIMEIRA FASE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.*

*(...)*

*2. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.*

*3. No caso, o acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, salientando que o delito foi perpetrado em concurso de pessoas, o que extrapola o fato típico e as circunstâncias normais à espécie.*

*(...)*

*6. Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no AgRg no AgRg no AREsp 854.538/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONEXÃO, ATIPICIDADE E CONFISSÃO, MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ART. 59 DO CP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. ADEQUAÇÃO. REGIME PRISIONAL. FECHADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.*

*(...)*

*3. Inexiste violação ao art. 59 do CP quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal e dentro dos limites estabelecidos no tipo penal foi devidamente embasada na valoração negativa de uma das circunstâncias judiciais, ou seja, em elemento que extrapola o tipo penal, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta (ut, AgRg no REsp 1589304/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 07/11/2016).*

*(...)*

*6. Agravo regimental não provido.*

*(AgRg no AREsp 1026926/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)*

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido "[...] não ser possível mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias

*judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido" (HC n. 343.787/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 8/9/2016).*

No que tange ao regime fixado, a decisão destacou (e-STJ, fl. 2028):

*Finalmente, em relação ao regime prisional, observando-se o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, mas sem deixar de observar as circunstâncias em que o crime ocorreu e a culpabilidade exacerbada dos réus, tem-se que o regime semiaberto é o mais adequado à reprovação da conduta e, pelos mesmos motivos, não se mostra razoável, tampouco possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inciso III do Código Penal, pois a providência não seria suficiente ao caso concreto.*

Efetivamente, o regime de cumprimento de pena mais gravoso do que o *quantum* da reprimenda comporta, pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, tal como se deu na decisão guerreada, que tratou especificamente das circunstâncias em que se deu o delito e da culpabilidade exacerbada dos réus.

Neste sentido:

**HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO SIMPLES. 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME QUE SE ALICERÇOU NA GRAVIDADE CONCRETA DO TIPO PENAL VIOLADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

(...)

3. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. 4. **No caso, o regime mais grave foi fixado com base na gravidade concreta do delito, tendo em vista o modus operandi da ação criminosa, a qual envolveu o emprego de exacerbada violência física contra a vítima, o que denotou não apenas a maior periculosidade do agente, mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima. Assim, resta justificado o regime semiaberto.**

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 468.022/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

*FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 29/10/2018)*

Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantido o *quantum* da condenação, mostra-se patente que o agravante não atende aos requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal.

Destarte, não merece provimento a pretensão recursal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inc. IV, alínea “a”, do Código de Processo Civil c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, nego provimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator