

HABEAS CORPUS Nº 375.436 - SP (2016/0275429-0)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : CARLOS ROBERTO PEREIRA DÓRIA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CARLOS ROBERTO PEREIRA DÓRIA apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo da 3ª Vara Federal Criminal de São Paulo, pela prática do crime previsto no art. 171, §3º, do Código Penal, às penas de 3 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e de 33 dias-multa, sendo-lhe permitido o recurso em liberdade (e-STJ fls. 18/31).

Apelou a defesa. A 1ª Turma do Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 49/50):

PENAL. ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO. ART. 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INTERMEDIÁRIO. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. MANTIDA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

- 1. Apelante denunciado como incurso na sanção do artigo 171, §3º, do Código Penal, por intermediar a obtenção de benefício previdenciário de Auxílio Doença, mediante apresentação de documentos falsos, atestado médico e Relação dos Salários de Contribuição.*
- 2. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento quanto à natureza binária do delito de estelionato previdenciário. O crime praticado pelo apelante que atuou como intermediário no requerimento do benefício previdenciário tem natureza de crime instantâneo de efeitos permanentes.*
- 3. Materialidade e autoria comprovadas.*
- 4. Decreto condenatório mantido.*
- 5. Dosimetria. Conquanto exista condenação definitiva, impossível aferir se tais fatos são anteriores aos da presente ação penal a ensejar maus antecedentes ou personalidade voltada para o crime, não servindo de fundamento para o recrudesimento da*

pena-base, a teor da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

6. *Subsistindo uma circunstância judicial desfavorável apontada na sentença (culpabilidade exacerbada, mormente com a apresentação de documentos falsos), deve a pena-base ser reduzida, fixando-a em 01 ano e 08 meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.*

7. *Recurso parcialmente provido.*

À época, determinou o julgado: "*Expeça-se mandado de prisão em seu desfavor, nos termos do atual entendimento do E. STF (HC 126.292), com prazo de validade até 24.11.2019*" (e-STJ fl. 48).

Irresignada com a determinação de expedição de mandado de prisão, a Defensoria Pública da União impetrou o presente *habeas corpus*, sustentando a desproporcionalidade da pena privativa de liberdade aplicada ao argumento de que deve ser fixado o regime inicial aberto, bem como substituída a pena corporal por restritiva de direitos.

Alega, ainda, que a utilização de documentos falsos não pode ser utilizada para majorar a pena-base, uma vez que tal prática é própria do estelionato, sendo inerente ao tipo penal do art. 171 do Código Penal.

Assevera a impetrante o constrangimento ilegal decorrente da ameaça de execução antecipada da pena privativa de liberdade pelo paciente, mesmo estando ausentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Diante disso, pleiteia, liminarmente, a expedição de salvo-conduto em favor do paciente. No mérito, pede a confirmação da liminar, com o reconhecimento da ilegalidade do acórdão que se baseia em precedente inconstitucional e ainda não publicado do Supremo Tribunal Federal (e-STJ fls. 1/17).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 78/81.

Informações prestadas às e-STJ fls. 90/115.

Ao se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela **concessão parcial** da ordem em parecer a seguir ementado (e-STJ fl. 119):

Processo Penal. Habeas corpus. Pleitos de redução da pena base, de fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito e de cessação da execução

provisória da pena em crime de estelionato.

1. A utilização de documento falso para obtenção de benefício previdenciário não é hábil a exasperar a pena base do delito de estelionato, por ser conduta inerente ao tipo. 2. A reiteração delitiva impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos termos do art. 44, III, do CP. 3. Condenado o réu em grau de apelação pelo TJ local, não há óbice a execução provisória da pena, pois eventuais recursos defensivos aos Tribunais superiores não tem efeito suspensivo. 4. Pela parcial concessão da ordem, para reduzir a pena base para o mínimo legal.

É o relatório.

Inicialmente, quanto à (im)possibilidade de execução provisória da pena, a nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal é a de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016).

Observe-se que, naquele julgamento, o STF deixou assentado que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição "*não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*".

Essa orientação foi, em seguida, adotada pela Corte Especial deste Superior Tribunal, no julgamento da Questão de Ordem na APn n. 675/GO, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe 26/4/2016.

Na mesma senda as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte, v.g., HC 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 14/6/2016; HC 311.433/ES, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/5/2016, DJe 1º/6/2016; HC 350.518/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe 24/5/2016.

De mais a mais, na tarde do dia 5/10/2016, por 6 votos a 5, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu as cautelares requeridas nas ADCs n. 43 e 44, entendendo que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição.

Além disso, no dia 11/11/2016, o Excelso Pretório, por seu Tribunal Pleno, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, reafirmando sua jurisprudência dominante de que *"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"* (ARE n. 964.246, relator o Ministro Teori Zavascki, DJe 25/11/2016).

Dessarte, razão não assiste à defesa, no particular, máxime quanto à prisão preventiva, porquanto não se trata de custódia cautelar, pelas razões volvidas.

Passo à **análise da dosimetria**, e, ao fazê-lo, verifico que os argumentos defensivos merecem guarida.

Na espécie, assim consignou a sentença condenatória, no capítulo atinente à dosimetria, *in verbis* (e-STJ fl. 29):

Passo à dosimetria da pena de Carlos Roberto Dória.

Na primeira fase de fixação da pena, atenta ao disposto no art. 59 do Código Penal, constato que o acusado registra maus antecedentes criminais. Ostenta condenações criminais e está sendo processado em inúmeros outros feitos, especialmente por estelionato contra a Previdência Social, conforme demonstram as suas extensas folhas de antecedentes, tanto pela Justiça Federal quanto pela Estadual, o que indica personalidade com poucos esteios morais. A culpabilidade é acima da média porquanto o Acusado persistiu em negar sua autoria, apesar das conclusões da perícia grafotécnica. As consequências patrimoniais do delito montam a R\$ 6.000,00, o que não é extremamente expressivo para este tipo de crime. Na avaliação conjunta, aumento a pena-base, fixando-a em 2 anos e 6 meses de reclusão e 25 dias-multa.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira fase de fixação da pena, verifico não haver causa de diminuição, mas está presente a causa de aumento de 1/3 prevista no art. 171, § 3º, do Código Penal, uma vez que o crime foi praticado em detrimento da Previdência. Aplicando-a, torno definitiva a pena em 3 (três) anos e 4(quatro) meses de reclusão, e 33 (trinta e três) dias-multa. (Grifei.)

O Tribunal de origem, por sua vez, ao reformar parcialmente a sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 171, § 3º, do Código Penal, redimensionando a pena para 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a

ser cumprida em regime inicial semiaberto, considerou desfavorável tão somente a circunstância judicial relativa à culpabilidade.

Confirmam-se os seguintes trechos do acórdão vergastado (e-STJ fls. 16/17):

Pleiteia a defesa a redução da pena-base ao mínimo legal, ao argumento de que ao tempo da imputação inexistia condenação penal com trânsito em julgado, bem como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico e a substituição por penas restritivas de direitos.

Vejamos.

O magistrado de primeiro grau, na primeira fase, fixou a pena-base acima do mínimo legal, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, considerando, além da personalidade e culpabilidade desfavoráveis, também os maus antecedentes consoante os registros constantes das certidões acostadas aos autos (fls. 807/854), dentre os quais, encontram-se inúmeras ações penais em curso e outras com condenação transitada em julgado, a exemplo da acostada a fl. 825.

Porém, conquanto exista condenação definitiva, impossível aferir se tais fatos são anteriores aos da presente ação penal a ensejar maus antecedentes ou personalidade voltada para o crime, não servindo de fundamento para o recrudesimento da pena-base, a teor da Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, subsistindo uma circunstância judicial desfavorável apontada na sentença (culpabilidade exacerbada, mormente com a apresentação de documentos falsos), entendo deva a pena-base ser reduzida, fixando-a em 01 ano e 08 meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa.

Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes, na terceira fase, mantenho a incidência da causa de aumento de 1/3 (um terço), prevista no §3º do artigo 171 do Código Penal (Súmula n. 24 do STJ), o que resulta na pena definitiva de 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 21 dias-multa.

A primeira etapa de fixação da reprimenda, como é cediço, tem como objetivo estabelecer a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado do tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal. As circunstâncias judiciais são valores positivos; para inverter essa polaridade, é imperioso ao prolator da sentença apresentar elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo. Sendo assim, é inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade. Não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos

critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em prejuízo do condenado.

No caso em desfile, tanto o magistrado sentenciante quanto o Tribunal *a quo* **afirmaram ser acentuada a culpabilidade do paciente** ao fundamento de que o "*acusado persistiu em negar sua autoria*" e que ele teria apresentado documentos falsos, sem tecer outras considerações. Entretanto, o art. 59 do Código Penal, ao anunciar a culpabilidade como circunstância judicial, objetiva avaliar o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do acusado ou menosprezo especial ao bem jurídico violado, parecendo-me, desse modo, carente de fundamentação, no pormenor, o aumento da pena-base, por ter se valido de elementos ínsitos ao tipo.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR A PENA-BASE.

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

2. A vetorial culpabilidade deve ser decotada da dosimetria quando o acórdão deixa de registrar a maior censurabilidade da conduta, como limite à sanção estatal, cingindo-se a tecer considerações sobre elementos inerentes aos tipos penais e a afirmar que o réu praticou três crimes contra o patrimônio de terceiros, fundamento relacionado ao concurso material. A revelia, também citada na individualização das penas, diz respeito ao comportamento do réu no curso do processo e não pode ensejar a exasperação da pena-base.

3. A personalidade do réu não pode ser valorada de forma negativa sem a indicação de características pessoais negativas, com base em expressões genéricas, de que é destoante e com tendência à criminalidade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de redimensionar para 3 anos, 8 meses e 13 dias de reclusão e 36 dias-multa a pena definitiva do paciente, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º do CP. (HC 342.725/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 18/04/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ESTELIONATO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS DE FORMA NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PROCESSOS EM ANDAMENTO (SÚMULA N. 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ). VANTAGEM ILÍCITA. ELEMENTO DO PRÓPRIO TIPO PENAL. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. PRESCRIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

O habeas corpus não é a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, sobretudo quando há a necessidade de incursão em dados fáticos. No entanto, de forma excepcional, é viável esse exame quando evidente o desacerto na valoração de circunstância judicial ou na aplicação do método trifásico, como na hipótese dos autos, em que o magistrado levou em consideração processos em andamento e elementos do próprio tipo penal para valorar de forma negativa os antecedentes, a personalidade e a culpabilidade do réu, o que não é admitido segundo a jurisprudência desta Corte. O comportamento neutro da vítima também não pode ser usado para elevar a pena-base. Precedentes.

Fixada a pena em 1 ano de reclusão, ocorre a prescrição retroativa da pretensão punitiva, tendo em vista o transcurso de prazo superior a 4 anos (art. 109, V, do Código Penal) entre o recebimento da denúncia (art. 117, I, do Código Penal) e a publicação da sentença condenatória (art. 117, IV, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, declarando a prescrição retroativa da pretensão punitiva (Ação Penal n. 001.2003.018171-3, Juízo da 10ª Vara Criminal de Recife/PE). (HC 292.350/PE, relator Ministro ERICSON MARANHÃO, Desembargador convocado do TJSP, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 30/04/2015, grifei.)

Passo a redimensionar a pena. Inicialmente, decoto o vetor negativo da culpabilidade, fixando a pena-base no mínimo legal, qual seja, 1 (um) ano de reclusão.

Na segunda etapa do cálculo, a sanção permanece inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de diminuição, conservo o aumento, tendo em vista a majorante reconhecida pela instância de origem, no patamar de 1/3 (um terço), ante a incidência do § 3º do art. 171 do Código Penal, razão pela qual torno a reprimenda definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.

Quanto ao regime prisional, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Na espécie, o do Tribunal *a quo* assim se manifestou quanto à fixação do regime de cumprimento da pena e à inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas (e-STJ fl. 48):

Mantenho o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto, com fulcro no artigo 33, § 2º, "b" e §3º do Código Penal, bem como a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, nos moldes da sentença, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Por esses fundamentos, dou parcial provimento ao recurso de CARLOS ROBERTO PEREIRA DÓRIA para reduzir a pena-base, estabelecendo, por conseguinte, a pena definitiva de 02 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, acrescida do pagamento de 21 dias-multa. Expeça-se mandado de prisão em seu desfavor, nos termos do atual entendimento do E. STF (HC 126.292), com prazo de validade até 24.11.2019.

Por oportuno, em razão do novo *quantum* de pena aplicada (1 ano e 4 meses de reclusão) e do fato de ter sido estabelecida a reprimenda básica no mínimo legal, impõe-se a fixação do regime inicialmente aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus*** a fim de reduzir a pena para **1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão**, fixar o **regime inicialmente aberto** para o cumprimento da reprimenda bem como **determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**, que deverão ser estipuladas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO

Edição nº 2612 - Brasília, Disponibilização: Sexta-feira, 15 de Fevereiro de 2019 Publicação: Segunda-feira, 18 de Fevereiro de 2019

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

