HABEAS CORPUS Nº 495.284 - SP (2019/0055956-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	CARLOS EDUARDO BROCCANELLI CARNEIRO
ADVOGADO	:	CARLOS EDUARDO BROCCANELLI CARNEIRO - SP133869
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FERNANDO MACIEL DE REZENDE (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal sem pedido liminar impetrado em favor de FERNANDO MACIEL DE REZENDE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apelação criminal n. 0002251-29.2014.8.26.0445.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime descrito no art. 171, *caput*, do Código Penal à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, calculados no valor de 1/10 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, bem como à indenização no valor de R$ 72.250,00 (setenta e dois mil, duzentos e cinquenta reais), como reparação aos danos causados à vítima, porque obteve, para si, vantagem patrimonial ilícita no valor de R$ 72.250,00, em prejuízo de Maria Aparecida Dias, após induzi-la a erro, por meio fraudulento (e-STJ fls. 13-24).

Inconformada, a defesa interpôs apelação e teve o seu recurso parcialmente provido para alterar o regime inicial para o semiaberto e para afastar a condenação referente à indenização fixada como reparação aos danos causados à vítima, no valor de R$ 72.250,00 (setenta e dois mil, duzentos e cinquenta reais) (e-STJ fls. 25-37).

O feito transitou em julgado (e-STJ fl. 38).

Neste *writ*, o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a pena-base foi estabelecida acima do patamar mínimo sem fundamentação idônea.

Afirma que o incremento da sanção básica ao triplo do mínimo legal decorreu de circunstâncias inerentes ao tipo penal de estelionato, e considerou ações penais em andamento para aferir negativamente a personalidade do réu.

Assevera que o paciente confessou a prática do delito, que foi utilizada para fundamentar a condenação, razão pela qual faz jus ao reconhecimento da atenuante correspondente.

Insurge-se contra o patamar de aumento da pena-base, que considera exacerbado, e pleiteia sua redução para o mínimo legal.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que se determine a fixação da reprimenda imposta ao paciente no mínimo legal.

Em parecer (e-STJ fls. 44-52), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, reduzindo-se a pena para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias-multa.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição

Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à fixação da pena-base, constata-se que, ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de origem manteve o aumento estabelecido na sentença, conforme os seguintes excertos do acórdão combatido (e-STJ fls. 35-36):

> *"A pena foi fixada com critério e não comporta reparo.*
> *Na primeira fase, a pena base foi fixada no triplo legal, por terem sido consideradas absolutamente desfavoráveis as circunstâncias judiciais do apelante, sob os irretocáveis fundamentos, os quais adoto como razão de decidir:*
>
> *"As circunstâncias do artigo 59 do Código Penal não são favoráveis ao acusado tendo em vista ter obtido R$ 72.250,00. Ele se valeu de um ardil extremamente elaborado, ao forjar a venda de uma residência, tendo levado a vítima ao local e o apresentado. Aliás, possuía as chaves da casa, reforçando sua conduta deletéria. Saliento que o acusado se valeu de sua profissão, advogado, para obter a confiança da vítima, uma vez que esta acreditava que ele utilizaria seus conhecimentos jurídicos de longa data para assegurar um bom negócio. Sua culpabilidade também se mostra anormal, vez que busca se eximir da sua responsabilidade penal a qualquer custo, justificando suas condutas de maneiras incríveis, Cumpre mencionar que o réu falsificou documentos particulares (em duas oportunidades) e selo público para consumar seu intento. Saliente-se que o fato dele ter falsificado o selo público em um documento particular também falsificado para conferir a este maior credibilidade demanda maior rigor quando da aplicação da lei penal. Por fim, anoto que o acusado atuava com freqüência na seara criminal, tendo adquirido conhecimento durante seus anos de atuação, que foram utilizados para prejudicar terceiros, como no caso em tela, o que torna sua conduta ainda mais reprovável" (fls. 479v).*
> *A míngua de outras causas modificativas, a pena foi convertida em definitiva, no total de 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, fixados em 1/10 do salário mínimo."*

No tocante à alegação do impetrante de que foram utilizadas ações penais em andamento para aferir negativamente a personalidade do réu, nota-se que não há interesse de agir, pois não houve quaisquer considerações acerca de tais aspectos no cálculo da pena.

De outra sorte, não colhe êxito a alegação de que o acréscimo na pena-base decorreu de circunstâncias que integram elementares do tipo penal de estelionato.

Muito embora não tenha se valido da melhor técnica, ao deixar de individualizar cada uma das circunstâncias judiciais avaliadas desfavoravelmente, nota-se que em relação às consequências do delito, o Magistrado indicou o valor do prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, R$ 72.250,00 (setenta e dois mil e quinhentos reais), para majorar a pena-base, entendimento que encontra ressonância na jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
> *[…]*
> ***3. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Na hipótese, o magistrado salientou que houve elevado prejuízo patrimonial à vítima - que superou R$ 75.000, 00 (setenta e cinco mil reais) e não foi sequer restituído, permitindo a valoração negativa desse vetor.***
> *[…]*
> *8. Agravo regimental não provido.*
> *(AgRg no AREsp 871.249/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)*
>
> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ESTELIONATO EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADO VALOR PELA VALORAÇÃO NEGATIVA DE TRÊS VETORES: CIRCUNSTÂNCIAS, CONSEQUÊNCIAS DO DELITO E CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS ESPECIALMENTE GRAVES, DEVIDAMENTE DELINEADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A CULPABILIDADE DO PACIENTE. DECOTE DO REFERIDO VETOR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*

> *Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (AgRg no REsp 1.43.071/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). -* ***No caso, em razão do grande prejuízo causado à empresa vítima, a qual teve o total de R$ 77.039,97 desviados para as contas dos acusados num curto espaço de tempo, está justificada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. Com efeito, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que, nos crimes de estelionato, o montante do prejuízo causado à vítima deve ser considerado na dosimetria da pena, uma vez que tal circunstância evidencia a maior ou menor gravidade da conduta praticada.****Precedentes.*
>
> *- De outro lado, levando-se em consideração o fato de que apenas o alto valor do prejuízo causado figurou como circunstância judicial desfavorável ao paciente, o aumento de 1 ano e 6 meses de reclusão sobre o mínimo legal, efetuado em sede ordinária, mostra-se excessivo e desproporcional, devendo ser diminuída a pena-base imposta aos acusados, estendendo, portanto, os efeitos desta decisão ao corréu, o qual encontra-se na mesma situação do paciente.*
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente para 3 anos e 20 dias de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto, e 30 dias-multa, estendendo-se os efeitos desta decisão ao corréu Fábio Moraes dos Santos.*
>
> *(HC 450.447/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 19/10/2018)*

Em outra vertente quanto às circunstâncias do crime, que se referem ao *modus operandi* empregado na prática do delito, observa-se que, no caso dos autos, os aspectos ressaltados pelo sentenciante, ou seja, o fato de que o paciente "*se valeu de um ardil extremamente elaborado, ao forjar a venda de uma residência, tendo levado a vítima ao local e o apresentado. Aliás,* ***possuía as chaves da casa, reforçando sua conduta deletéria****. Saliento que o acusado* ***se valeu de sua profissão, advogado, para obter a confiança da vítima****, uma vez que esta acreditava que ele utilizaria seus conhecimentos jurídicos de longa data para assegurar um bom negócio"* representam elementos que ultrapassam as circunstâncias elementares do tipo penal de estelionato, e merecem reflexos mais gravosos na fixação da pena.

Em outro ponto, quanto à circunstância judicial da **culpabilidade**, que está relacionada ao grau de censurabilidade da conduta do agente e a reprovação social que o crime e seu autor merecem no caso concreto, na espécie, observa-se que o Tribunal de origem asseverou que "*o réu falsificou documentos particulares (em duas oportunidades) e selo público para consumar seu intento. Saliente-se que o fato dele ter falsificado o selo público em um documento particular também falsificado para conferir a este maior credibilidade demanda maior rigor quando da aplicação da lei penal. Por fim, anoto que o acusado atuava com freqüência na seara criminal, tendo adquirido conhecimento durante seus anos de atuação, que foram utilizados para prejudicar terceiros, como no caso em tela, o que torna sua conduta ainda mais reprovável".*

Referidos aspectos demonstram concretamente o maior grau de reprovabilidade do comportamento do réu, bem como a intensidade do dolo, e

ultrapassam a reprovação inerente ao tipo penal em análise, autorizando o incremento de pena.

Quanto à fração de aumento da pena-base, é necessário enfatizar que esta Corte Superior possui entendimento jurisprudencial de que a dosimetria da pena está atrelada a um juízo discricionário do julgador, o qual, baseado nas circunstâncias judiciais, bem como em todo o conjunto fático-probatório, encontra respaldo suficiente para a fixação do *quantum* necessário da pena.

Nesse sentido, este Sodalício entende que a revisão da quantidade da pena firmada pela instância ordinária só é cabível quando ficar devidamente demonstrada a afronta aos parâmetros legais, bem como manifesta desproporcionalidade.

A propósito, confiram-se:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE. PENA MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. INCONTÁVEIS DELITOS DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> ***- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.***
> *- No caso, a pena-base afastou-se de 1/3 do mínimo legal com lastro em fundamentação idônea, diante da valoração desfavorável das circunstâncias e das consequências do crime, às quais foi empregado maior rigor, pelo fato de os abusos feitos pelo próprio genitor terem ocasionado a gravidez da vítima, à época com 13 anos de idade, e posterior colocação da criança em programa de adoção, com a ida da ofendida para outra unidade da federação, decorrente do trauma, da humilhação e do bullyng escolar sofridos, demonstrando que a conduta do agente extrapolou o tipo penal violado, merecendo, portanto, maior repreensão. Precedentes.*
> [...]
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 412.651/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe de 24/11/2017; sem grifos no original.)

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CRIME DE RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE.*

> *CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.*
> ***1.Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório***
> [...]
> *4.Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no HC 380.383/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe de 14/11/2017; sem grifos no original.)

No caso dos autos, embora tenha sido apresentado fundamento idôneo a justificar a elevação da pena-base, o *quantum* de aumento não se mostra proporcional, uma vez que, apesar da indicação de três circunstâncias judiciais desfavoráveis, a fração de aumento (triplo) foi bastante superior à usualmente empregada, sendo manifesta a desproporcionalidade da elevação operada, devendo ser reduzida a fração de aumento correspondente às circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis ao réu.

Destarte, na primeira fase, mantidos os demais parâmetros aferidos pelas instâncias ordinárias, reduz-se a pena-base para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na segunda etapa, não há agravantes ou atenuantes a considerar, mantendo-se inalterada a pena fixada na etapa anterior.

Saliento que não há como se examinar a alegada incidência da atenuante da confissão espontânea, pois a referida questão não foi objeto de análise pela Corte de origem no acórdão impugnado (e-STJ fls. 25-37), o que impede a sua apreciação direta por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de atuar em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. DUPLA VALORAÇÃO DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1. No tocante à irregularidade apontada na dosimetria da pena em razão da dupla valoração da certidão de antecedentes, verifico que o tema não foi apreciado pela Corte de origem, o que obsta a sua análise no presente mandamus, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.*
> *[...]*
> *3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no HC 405.403/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado*

em 02/04/2019, DJe 10/04/2019)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR DO BEM SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
[…]
IV - O Tribunal de origem não se pronunciou sobre a insurgência relativa à primeira fase da dosimetria, porquanto não foi arguida originariamente. Assim, esta Corte fica impedida de se manifestar diretamente sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.
Habeas corpus não conhecido. (HC 488.386/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019)

No terceiro estágio, não há outras causas modificativas a considerar, ficando a pena definitivamente fixada em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Quanto ao regime prisional, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valoradas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

Assim, tratando-se de paciente condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, mas cuja sanção básica foi fixada acima do piso legal, deve ser reconhecida a proporcionalidade do regime prisional semiaberto.

Por fim, quanto à conversão da reprimenda, constata-se que a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é possível quando se encontram preenchidos os requisitos subjetivo e objetivo previstos no art. 44, do Código Penal, que assim dispõe, *verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II – o réu não for reincidente em crime doloso;
*III – **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**.* (grifei)

No caso em análise, comprovada a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, conclui-se que a permuta da sanção reclusiva não se mostra suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado, a teor do disposto no art. 44, inciso

III, do Código Penal, sendo, portanto, inviável a substituição da pena privativa de liberdade.

Nessa vertente:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> ***5. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).***
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 167 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto.*(HC 440.706/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 03/09/2018)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir a pena cominada ao paciente para **1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator