

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 526.556 - RS (2019/0237255-9)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : VICTOR WAQUIL NASRALLA
ADVOGADOS : MARCELO PUCCI MAIA - SP391119
VICTOR WAQUIL NASRALLA - SP389787
PEDRO SIGAUD AKRABIAN - SP431096
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE : FABIANO JACQUES MACHADO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **FABIANO JACQUES MACHADO** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 171, parágrafo 3º do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 25-46, com a seguinte ementa:

"DIREITO PENAL. ESTELIONATO MAJORADO. ARTIGO 171, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. ABERTURA DE CONTA NA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL MEDIANTE USO DE DOCUMENTO FALSO E OBTENÇÃO DE EMPRÉSTIMOS. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEMONSTRADOS. PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. VALOR PROBATÓRIO. CRIME IMPOSSÍVEL. TESE REJEITADA. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA INCABÍVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. ISENÇÃO DE CUSTAS. 1. A abertura de conta-corrente na CEF mediante a apresentação de documento falso, e a obtenção de empréstimos, configura crime de estelionato majorado, previsto pelo artigo 171, § 3º, do Código Penal. 2. Demonstradas a materialidade, a autoria e o dolo pelas provas testemunhai, documental e pericial. 3. Não há descumprimento ao art. 155 do CPP na decisão embasada em todo o conjunto probatório, porque as provas

Superior Tribunal de Justiça

colhidas na fase inquisitorial podem ser utilizadas na formação do juízo de convencimento, desde que corroboradas por outros elementos que passaram pelo crivo do contraditório. 4. Durante a fase judicial a defesa teve amplo conhecimento das provas apresentadas na fase inquisitorial, podendo manifestar-se acerca de todas elas e produzir prova em contrário, caso entendesse necessário. Assim, as provas colhidas no inquérito policial são admissíveis no processo penal, sendo submetidas ao contraditório e à ampla defesa ao longo da ação penal instaurada após a fase inquisitorial. 5. O dolo mostra-se presente pelas circunstâncias verificadas nos autos, pois demonstrado que o réu agiu de forma livre e consciente na abertura de conta corrente e obtenção de empréstimo, visando ao lucro ilícito mediante o uso de ardil, consistente na utilização de cédula de identidade falsa. 6. Não há falar em crime impossível no caso, pois o documento falso apresentado pelo réu foi apto a induzir em erro seus destinatários, no caso, os funcionários da CEF, tanto que a conta-corrente foi aberta com referido documento, isto é, a fraude foi efetivamente perpetrada. Assim, o objetivo pretendido foi alcançado, pois a cédula de identificação contrafeita teve aptidão para enganar e iludir os destinatários. 7. Face à reincidência, é inviável a fixação do regime aberto para cumprimento da pena (artigo 33, § 2º, do Código Penal). 8. Ainda que o § 3º do artigo 44 do Código Penal permita a substituição da pena quando a reincidência não for específica, verifica-se que a condenação anterior se deu por crime de falsidade ideológica, o qual se aproxima do delito objeto do presente feito, de estelionato mediante a utilização de documentos falsos. Ademais, contra o apelante foram instaurados outras quatro ações penais por fatos semelhantes. Assim, a substituição por penas restritivas de direitos não se mostra medida recomendável. 9. O pedido de isenção do pagamento das custas processuais deverá ser formulado perante o Juízo da Execução, momento em que a situação econômica do condenado poderá ser melhor avaliada."

No presente **writ**, o impetrante sustenta que: "*O Peticionário foi condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, por crime que não envolve violência ou grave ameaça, ostenta condenação anterior por crime diverso e ocorrido no longínquo ano de 2003 e teve a pena-base fixada no mínimo legal, com todas as circunstâncias judiciais tidas como favoráveis.*"

Requer, ao final, a concessão da ordem, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 3-24).

Superior Tribunal de Justiça

O pedido liminar foi indeferido (fls. 120-122).

As informações foram prestadas às fls. 125-130.

O Ministério Público Federal, às fls. 132-141, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MANEJO DO WRIT COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. RÉU CONDENADO PELA PRÁTICA DE ESTELIONATO MAJORADO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. REINCIDÊNCIA E ANTECEDENTES. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES DESSE STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DO PACIENTE EM 1ª E 2ª INSTÂNCIAS. PARECER PELA EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO OU PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM."

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal em relação ao regime inicial de cumprimento da pena, sob a premissa de que: *"O Peticionário foi condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, por crime que não envolve violência ou grave ameaça, ostenta condenação anterior por crime diverso e ocorrido no longínquo ano de 2003 e teve a pena-base fixada no mínimo legal, com todas as circunstâncias judiciais tidas como favoráveis."*

Superior Tribunal de Justiça

O e. Tribunal **a quo**, no **punctum saliens**, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **verbis**:

"Regime inicial e substituição da pena

Diante da reincidência, a sentença fixou o regime inicial semiaberto, e não concedeu a substituição da pena corporal por penas alternativas:

"Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos em face do réu ser reincidente, em atenção ao disposto no art. 44, inciso II, do Código Penal. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o semiaberto, pois o réu é reincidente, nos termos do art. 33, caput e § 2º alíneas 'b' e 'c', do Código Penal." (evento 126 da ação penal)

Pede o apelante a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena.

Sem razão. Os pedidos esbarram em expressa vedação legal.

Com efeito, tratando-se de réu reincidente em crime doloso (delito do artigo 299 do Código Penal), incabível a substituição da pena, pois não preenchidos os requisitos exigidos pela lei (artigo 44, inciso II, do Código Penal). Ainda, face à reincidência, o regime inicial para o cumprimento da pena é o semiaberto, consoante dispõe o artigo 33, caput e § 2º, alíneas 'b' e 'c', do Código Penal.

[...]

Ainda que o § 3º do artigo 44 do Código Penal permita a substituição da pena quando a reincidência não for específica, verifica-se que a condenação anterior se deu por crime de falsidade ideológica, o qual se aproxima do delito objeto do presente feito, de estelionato mediante a utilização de documentos falsos. Ademais, contra o apelante foram instaurados outras quatro ações penais por fatos semelhantes (processos nºs 5000907-22.2012.4.04.7112, 5041815-55.2015.4.04.7100, 5043331-76.2016.4.04.7100 e 5046130-29.2015.4.04.7100): uso de documentos falsos para abertura de contas em nome de terceiros e tomada de empréstimos.

Assim, a substituição por penas restritivas de direitos não se mostra medida recomendável no presente caso.

De outro lado, não se vê bis in idem na vedação à substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, ou na fixação do regime semiaberto, em face da reincidência, a qual, segunda alega a defesa, já foi fator de agravamento da reprimenda, pelo que não poderia ser utilizada novamente como fundamento também para os referidos provimentos.

Ocorre que a análise dos requisitos legais para o estabelecimento do regime prisional e para a substituição da pena submete-se ao previsto nos artigos 33 e 44 do Código Penal, o que não se confunde com a fixação da pena.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, mostra-se adequada a manutenção do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena e a impossibilidade de substituição da reprimenda. Desprovido o apelo no ponto."

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

"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."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é **necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos**.

Na hipótese, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente é reincidente, sendo aplicável, destarte, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**, no termos do art. 33, parágrafo 2º, alínea **b**, do Código Penal.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade, o art. 44, II, do Código Penal **deve ser interpretado de forma conjunta com o parágrafo 3º do mesmo dispositivo**, ou seja, **a substituição da pena deve ser socialmente recomendável e o réu não pode ser reincidente específico**.

Na hipótese, o Tribunal de origem bem fundamentou a não

Superior Tribunal de Justiça

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que, "Ainda que o § 3º do artigo 44 do Código Penal permita a substituição da pena quando a reincidência não for específica, verifica-se que a condenação anterior se deu por crime de falsidade ideológica, o qual se aproxima do delito objeto do presente feito, de estelionato mediante a utilização de documentos falsos. Ademais, contra o apelante foram instaurados outras quatro ações penais por fatos semelhantes (processos nºs 5000907- 22.2012.4.04.7112, 5041815-55.2015.4.04.7100, 5043331-76.2016.4.04.7100 e 5046130-29.2015.4.04.7100): uso de documentos falsos para abertura de contas em nome de terceiros e tomada de empréstimos."

Assim, considerando o **quantum** de pena estabelecido, a reincidência do paciente e a **fundamentação concreta levada a efeito pelo eg. Tribunal de origem**, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do **writ**, nos termos do artigo 33, parágrafo 3º do Código Penal.

Sobre o tema: "*A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.*" (AgRg no AgRg no AREsp 1210932/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 15/06/2018).

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

Ante o exposto, **não conheço do writ.**

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator

