

HABEAS CORPUS Nº 532.896 - SP (2019/0272885-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : **THIAGO MACHADO DE CARVALHO E OUTRO**
ADVOGADOS : **THIAGO MACHADO DE CARVALHO - DF026973**
 : **TATIANA MARGARETH BUENO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **JOSE EMILIO FEHR PEREIRA LOPES**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSÉ EMÍLIO FEHR PEREIRA LOPES no qual se aponta como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática da conduta descrita nos arts. 171, *caput* (por cinco vezes), e 288, *caput*, ambos do Código Penal, à pena de 9 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado.

Irresignada, o paciente interpôs apelação, tendo o Tribunal de Justiça dado parcial provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 71):

ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE DELITIVA E QUADRILHA - PRELIMINARES DE NULIDADE - NÃO ACOLHIMENTO DA ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS ACUSATÓRIO E DA IMPARCIALIDADE DESCABIMENTO - JUIZ DE PRIMEIRO GRAU NÃO É SUSPEITO NO CASO CONCRETO - REGULAR A REMESSA DOS AUTOS PELO JUÍZO A QUO AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA ADITAR A DENÚNCIA - MAGISTRADO VELOU PELA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DA AÇÃO - DEFESAS POSTULAM ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS IMPROCEDÊNCIA - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS - CRIME DE QUADRILHA CONFIGURADO - CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DEMONSTRAM QUE OS RÉUS NÃO ESTAVAM APENAS AGINDO EM CONCURSO - DOSIMETRIA - READEQUAÇÃO DAS PENAS - REDUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE E PECUNIÁRIAS - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Interposto recurso de embargos infringentes, estes foram desprovidos,

contudo, foi concedida a ordem de ofício para reduzir a reprimenda do paciente, com a consequente alteração do regime inicial para o semiaberto. Eis o teor da ementa (e-STJ fl. 131):

Embargos Infringentes - Estelionato e formação de quadrilha - Pedido de absolvição por insuficiência probatória - Autoria e materialidade devidamente comprovados - Alegação de que não teria restado provada a intenção de ludibriar as vítimas ou de obter vantagem ilícita em detrimento delas - Sentenciados que comercializavam substância não registrada na ANVISA que, segundo afirmavam, seria capaz de curar o câncer - Redução, de ofício, das penas-bases impostas em razão do delito de formação de quadrilha - Alteração do regime inicial de cumprimento da pena corporal com relação a um dos embargantes - Embargos rejeitados.

A presente impetração funda-se na falta de fundamentação idônea em relação à dosimetria. Sustenta que, *"da precisa análise de cada um dos fundamentos apresentados para negativa valoração das circunstâncias judiciais, com a consequente majoração da pena-base do ora PACIENTE, se verifica que as instâncias menores, ESPECIFICAMENTE AO VALORAR A PERSONALIDADE DO AGENTE E O COMPORTAMENTO DAS VÍTIMAS, utilizaram-se de justificativas que contrariam frontalmente a jurisprudência pacificada desse eg. STJ 3, incorrendo em BIS IN IDEM"* (e-STJ fl. 9).

Alega que *"na espécie [...] em razão de cada circunstância judicial valorada negativamente, a pena-base do PACIENTE restou acrescida de 1 ano e 2 meses, sem qualquer fundamentação concreta específica, o que corresponde a um montante superior à pena mínima (de 1 ano) prevista no tipo penal pelo qual restou condenado"*, e que, *"[...] se mais de 30 circunstâncias judiciais e legais (do art. 59 CP, agravante/atenuantes e causas de aumento e diminuição de pena) são devidamente avaliadas durante a fixação da pena do PACIENTE, não se apresenta minimamente razoável o entendimento de que a valoração de apenas 3 circunstâncias judiciais poderia ensejar o exagerado aumento equivalente a 350% da pena mínima"* (e-STJ fls. 21/22).

Diante disso, pleiteia a defesa, em liminar, o deferimento da medida para impedir a execução provisória da pena. No mérito, pugna por (e-STJ fl. 25):

C. 1) AFASTAR a negativa valoração das circunstâncias judiciais da PERSONALIDADE DO AGENTE e do COMPORTAMENTO DAS VÍTIMAS, reduzindo-se, via de consequência, as penas aplicadas em seu desfavor;

C. 2) REDUZIR o quantum de aumento imposto em desfavor no PACIENTE na primeira fase de fixação da sua pena, observando-se o princípio da proporcionalidade e a jurisprudência já sedimentada por esse eg. STJ;

C. 3) AFASTAR a agravante de pena imposta em desfavor do PACIENTE, tendo em vista a flagrante ocorrência de bis in idem.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 229/232).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do writ (e-STJ fls. 400/403).

É, em síntese, o relatório.

Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à 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.

Contexto fático

A dosimetria da pena foi assim realizada, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 62/66):

Passo a dosar as penas.

As penas de cada um dos estelionatos devem ser fixadas em patamar bastante elevado, dado que as condutas foram marcadas por reprovabilidade intensa.

De fato, veja-se que nestes autos se afirma a ocorrência de crimes de estelionato que guardam, fundamentalmente, um importante diferencial em relação à imensa maioria dos crimes de mesma tipificação: o comportamento das vítimas.

Normalmente as vítimas de estelionatos são movidas por sua própria ganância, pela perspectiva de lucro fácil, que as faz enveredar por um negócio menos ortodoxo na expectativa de obter para si vantagem econômica (este é o motor de vítimas de golpes do bilhete premiado e

ate de vítimas de falsos financiamentos).

Aqui, porém, as vítimas foram atraídas não por dinheiro, mas pela esperança de salvar a vida de um ente querido, envolvido na luta contra o câncer, cujo tratamento é sabidamente difícil, desgastante, demorado, e muitas vezes ainda infrutífero.

A conduta dos acusados implicou em buscar lucro fácil com a exploração da miséria emocional de pessoas doentes e de familiares desesperados, que assistiam, a cada dia, a vida de seus entes mais próximos sendo esvaziada na mesma proporção em que um tumor crescia, e que buscavam qualquer cura ou mesmo paliativo para alívio de tal sofrimento, a qualquer preço que se lhes pedisse.

E que foram exploradas pelos réus, oferecendo-lhes ardilosamente uma esperança fraudada, aproveitando-se de um momento de intensa, profunda fragilidade emocional, fragilidade esta que reduzia seu discernimento ante a expectativa de obter um "milagre" científico que as livrasse da cruel doença: "Tudo o que aparecesse na minha frente, a gente ia acreditar" (Mareio Yamashita).

Conduta cujo grau de opróbrio pode ser medido pelas palavras das próprias vítimas: "Horrível era o que ele estava fazendo com minha esperança" (Jusley Benevides, que se esforça para não cair em prantos); "O pior de tudo é você trabalhar com a dor dos outros" (Maria Zuleika Ávila).

A reprovabilidade ínsita à condição das vítimas comunica-se a todos os condenados.

A situação pessoal de JOSÉ EMÍLIO determina ainda maior agravamento do escarmento.

É que se trata, como ele próprio mencionou, de pessoa de posses, com renda mensal na casa dos R\$ 50.000,00, com títulos acadêmicos, com intelecto e gênio privilegiados, com propriedades e nome conhecido em São Carlos. Enfim, pessoa acima de qualquer suspeita, que nem mesmo pode se escudar na carência financeira para justificar os crimes, o que apenas demonstra ainda mais acentuado desvio de personalidade.

Por outro lado, as provas também evidenciam que a participação de NEDÍLVERA era muito mais intensa que a dos outros dois corréus, já que NEDÍLVERA fazia-se sempre presente às consultas, atuando intensamente para coadjuvar JOSÉ EMÍLIO, enquanto ESMERALDA e ADEMILSON atuavam de forma mais discreta, promovendo o suporte logístico necessário.

Assim, fixo a JOSÉ EMÍLIO as penas-base de QUATRO ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO, mais TREZENTOS DIAS-MULTA para cada um dos crimes de estelionato, atento às condições econômico-sociais do réu, já mencionadas.

[...]

Na segunda fase, não há atenuantes em favor de nenhum dos réus.

Mas JOSÉ EMÍLIO, médico de formação, praticou os delitos com evidente violação de dever inerente à sua profissão de médico, promovendo o consumo de substância inócua como se sofisticado tratamento fosse, atendendo portadores de doenças graves de forma leviana, perjurando a promessa hipocrática que fez

Assim, aumento-lhe as penas para CINCO ANOS DE RECLUSÃO, mais TREZENTOS E CINQUENTA DIAS-MULTA para cada um dos delitos de estelionato.

As penas dos corréus não se alteram, já que, a rigor, a agravante relativa à enfermidade das vítimas já integrou a reprovabilidade derivada das circunstâncias judiciais desfavoráveis.

[...]

Na terceira fase, cumpre reduzir as penas dos delitos tentados, ou seja, aqueles em que não se obteve a efetiva vantagem econômica (Daniella sustou o cheque e Mario não adquiriu o "nanomedicamento").

O delito praticado em prejuízo de Daniella esteve muito próximo da consumação, tanto que a vítima somente evitou o desfalque depois de passar o cheque e adquirir os placebos. Redução de 1/3, o que resulta nas penas de TRÊS ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO, mais DUZENTOS E TRINTA E TRÊS DIAS-MULTA para JOSÉ EMÍLIO; [...]

O delito praticado contra Mario esteve a maior termo de consumação, embora os réus tenham esgotado suas atuações. Reduzem-se as penas pela metade: DOIS ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO, mais CENTO E SETENTA E CINCO DIAS-MULTA para JOSÉ EMÍLIO; [...]

Há evidente continuidade delitiva. Cinco os delitos provados, aumento de metade sobre a maior das penas reclusivas fixadas, somando-se as penas pecuniárias como determina o artigo 72, do Código Penal.

Assim, os estelionatos são punidos com as penas consolidadas de SETE ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO, mais MIL, QUATROCENTOS E CINQUENTA E OITO DIAS-MULTA para JOSÉ EMÍLIO.

[...]

Quanto ao delito de formação de quadrilha, as penas merecem igualmente exacerbação, haja vista tratar-se de organização que se dotou de meios e insumos mais sofisticados (local, produto simulando remédio), bem como teve estabilidade por período considerável (ao menos quatro meses), atuando de molde a atingir seguramente várias dezenas de pessoas (veja-se o movimento na portaria do edifício), e com potencial para atingir muitas mais. Assim, quadrilha que desafiou com intensidade o bem jurídico protegido.

Penas de UM ANO E OITO MESES DE RECLUSÃO para cada um dos réus, tomadas definitivas à míngua de agravantes ou

atenuantes a considerar.

Somadas as penas, resultam as reprimendas em NOVE ANOS E DOIS MESES DE RECLUSÃO, mais MIL, QUATROCENTOS E CINQUENTA E OITO DIAS-MULTA para o réu JOSÉ EMÍLIO, o que impõe regime inicial fechado para resgate da pena corporal.

Dada sua excelente condição econômica, JOSÉ EMÍLIO pagará cada dia-multa no equivalente a CINCO SALÁRIOS MÍNIMOS vigentes na época dos fatos, devidamente atualizados.

[...]

Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva deduzida pelo Ministério Público, para declarar os réus JOSÉ EMÍLIO FEHR PEREIRA LOPES, [...] como incursos nas penas do artigo 171, "caput", do Código Penal, por cinco vezes, sendo duas na modalidade tentada (artigo 14, inciso II, do Código Penal), todas em continuidade delitiva (art. 71, do Código Penal); e ainda nas penas do artigo 288, "caput", do Código Penal, em concurso material, CONDENANDO:

I. O réu JOSÉ EMÍLIO às penas de NOVE ANOS E DOIS MESES DE RECLUSÃO, em regime inicial fechado, mais o pagamento de MIL. QUATROCENTOS E CINQUENTA E OITO DIAS-MULTA, no valor unitário de CINCO SALÁRIOS MÍNIMOS vigentes atualizados;

Já no julgamento de apelação, o Tribunal de origem assim redimensionou a pena do ora paciente, *ipsis litteris* (e-STJ fls. 102/108):

Mantida a condenação dos apelantes pela prática dos crimes previstos nos artigos 288, caput, e 171, caput (por cinco vezes, duas na modalidade tentada, em continuidade delitiva), ambos do Código Penal, passo à dosimetria das penas.

No tocante ao delito de estelionato, na primeira fase, o Juízo a quo exasperou as penas dos acusados com base no grau de reprovabilidade de suas condutas, no comportamento das vítimas, na personalidade e no grau de envolvimento deles com os delitos.

Fixou-as, portanto, nos patamares de (i) 04 anos e 06 meses de reclusão, mais pagamento de 300 dias-multa para cada um dos crimes (José Emílio); (ii) 04 anos de reclusão, mais pagamento de 100 dias-multa para cada infração (Nedílvera); e (iii) 03 anos e 06 meses de reclusão, mais 70 dias- multa para cada delito e estelionato (Esmeralda e Ademilson).

O quantum das exasperações salvo em relação à ré Nedílvera – mostrou-se adequado às circunstâncias do caso concreto, sendo incabível o pleito defensivo de redução.

As condutas praticadas pelos réus possuem, de fato, elevado

grau de reprovabilidade, uma vez que se aproveitaram do desespero de pessoas portadoras de doença grave (câncer) e de seus familiares para, prometendo uma falsa cura para tal patologia, obterem vantagem indevida.

Deste modo, ainda que seja considerável o aumento aplicado pelo Magistrado de Primeiro Grau, as circunstâncias do caso concreto demonstram ser este proporcional e justificado.

Em relação ao réu José Emílio era mesmo de rigor a majoração em patamar superior aos demais acusados, pois ele exercia a relevante função do médico que apresentava a suposta cura aos ofendidos, conferindo aparente credibilidade científica à fraude. Ainda, suas condições pessoais atestam o desvio de sua personalidade: médico e cientista convidado pela Universidade de Harvard para atuar como pesquisador; e com renda mensal considerável - o que denota a ausência de motivos patrimoniais para a prática dos delitos.

[...]

Na segunda etapa, as penas dos acusados Nedílvera, Esmeralda e Ademilson não se modificaram, uma vez que ausentes agravantes e atenuantes.

Não se cogita do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois nenhum dos apelantes confessou, sequer parcialmente, a prática das infrações penais.

Já em relação ao corréu José Emílio, foi devidamente aumentada sua pena ao patamar de 05 anos de reclusão, devendo sua pena de multa ser fixada em 50 dias-multa para cada delito; posto configurada a agravante prevista no art. 61, inc. II, alínea g, do Código Penal (violação de dever inerente à profissão).

Não assiste razão à sua defesa ao postular a redução do aumento em tela, pois este, inclusive, foi excessivamente brando. A fração de aumento decorrente da agravante foi estipulada em 1/9, quantum inferior ao usualmente empregado pela jurisprudência (1/6).

Na terceira fase, as penas decorrentes dos três estelionatos consumados não sofreram modificações, frente à ausência de causas de aumento e de diminuição.

No tocante aos delitos tentados, considerando o iter criminis de cada infração, mostraram-se acertadas as reduções nas frações de 1/3 (ofendida Daniella) e 1/2 (vítima Mario), o que resulta nas penas:

a) para José Emílio, de 03 anos e 04 meses de reclusão, mais pagamento de 33 dias-multa (vítima Daniella); e 02 anos e 06 meses de reclusão, mais pagamento de 25 dias-multa (ofendido Mario); e

[...]

Considerando a continuidade delitiva e a quantidade de delitos cometidos (05), a majoração aplicada pelo Juízo a quo, na fração

de 1/2, mostra-se excessiva, devendo ser adequada ao entendimento do Col. STJ: "4. Esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações." (Habeas Corpus nº 258.328/ES, 6ª Turma, Rei. Rogério Schietti Cruz, 24/02/2015).

Assim, reduzindo a exasperação para o patamar de 1/3, e somando as penas pecuniárias, as penas dos acusados resultam em:

a) **06 anos e 08 meses de reclusão, mais pagamento de 208 dias-multa (José Emílio); e**

[...]

No tocante ao regime de cumprimento de pena imposto aos acusados, devem ser mantidos o fechado (José Emílio) e o semiaberto (demais apelantes), pois são os únicos suficientes à reprovação e à prevenção das condutas.

As circunstâncias judiciais são desfavoráveis aos acusados e as penas impostas são superiores a 08 anos (José Emílio) e a 04 anos (Nedílvera, Ademilson e Esmeralda).

Por fim, considerando também o *quantum* das penas impostas e as circunstâncias judiciais desfavoráveis, incabível substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos interpostos, somente para reduzir a pena dos acusados aos patamares de 08 anos e 02 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 208 dias-multa, no valor unitário de 1/2 salário mínimo (José Emílio Fehr Pereira Lopes); [...] (Grifei.)

Posteriormente, em julgamento de embargos de declaração, o Tribunal reduziu a pena pelo delito de quadrilha, resultando a pena definitiva fixada em 8 anos de reclusão, e o regime inicial foi alterado para o semiaberto (e-STJ fls. 153/154).

Por fim, em julgamento de novos embargos declaratórios foi declarada a extinção da punibilidade em relação ao delito de associação criminosa, e a pena definitiva atingiu o montante de 6 anos e 8 meses de reclusão, mantido o regime semiaberto (e-STJ fl. 177).

Conclui-se, portanto, que o ora paciente está condenado, atualmente, nas

iras do art. 171, fixada a pena-base em 4 anos e 6 meses de reclusão em razão da valoração negativa de 3 vetoriais, agravada em 6 meses pela art. 61, inc. II, alínea g, do Código Penal (violação de dever inerente à profissão), encerrada a dosimetria com a pena em 5 anos de reclusão.

Exasperada a pena em 1/3 em razão da continuidade delitiva, atingiu-se o total de 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto.

Contextualizada a controvérsia, passo à análise das alegações da defesa.

Aumento da pena-base

A fixação das penas revela um labor regulado por princípios e regras constitucionais e legais, previstos no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, nos arts. 59 e 68 do Código Penal e no art. 387 do Código de Processo Penal.

Nessa toada, para chegar a uma aplicação justa e equânime da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve ater-se às singularidades do caso concreto para entregar a devida e substancial prestação jurisdicional.

A ponderação das oito circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do Código Penal não se resume a uma simples operação aritmética, uma conta matemática que fixa pesos estratificados a cada uma delas. Tal ponderação enseja um verdadeiro processo que impõe ao magistrado apontar, de forma motivada, as balizas para a fixação da pena-base e aplicar a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato delituoso.

BITTENCOURT, ao citar Aníbal Bruno, descreve as circunstâncias judiciais como "condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos" (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal: parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 550).

Cumprе ressaltar que o *quantum* de aumento da pena-base não guarda relação exclusiva com a quantidade de circunstâncias judiciais valoradas negativamente, mas sim com a valoração de cada uma delas e a atribuição de pesos conforme a sua relevância na situação fática analisada.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTOS IDÔNEOS A JUSTIFICAR O AUMENTO. MAJORAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE E PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

VI - Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, como ocorreu no presente caso.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 512.510/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA DECISÃO IMPUGNADA.

1. 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.

2. Na hipótese, o acórdão recorrido, em observância ao princípio da individualização da pena, manteve a exasperação da sanção inicial estabelecida na origem, considerando a função de destaque exercida pela agravante no esquema criminoso, o modus operandi utilizado com a criação de empresas fantasmas para garantir a prática do delito, fundamentos que imprimem maior reprovabilidade à conduta imputada, justificando o aumento procedido, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior.

3. Ainda que não especificadas as circunstâncias judiciais consideradas negativas pelas instâncias de origem, não há que se falar em ilegalidade no montante majorado, tendo em vista que é entendimento deste Sodalício que apenas uma vetorial desfavorável pode levar a pena-base ao patamar máximo permitido para o aumento, desde que sustentada por

fundamentação suficiente, como na espécie.

4. Agravo improvido.

(AgRg no AREsp 1253065/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 07/05/2019, grifei)

Portanto, não prospera a alegação de que a exasperação da pena-base em 350% tendo sido valoradas negativamente tão-somente 3 vetoriais seria desproporcional em razão da quantidade possível de circunstâncias, uma vez que, como visto acima, há possibilidade de fixação no máximo ainda que com apenas uma vetorial negativa, desde que devidamente fundamentada.

No entanto, entendo ser desproporcional por motivo diverso a fixação da pena-base em patamar tão elevado de 350%.

Isso porque a descrição da conduta não extrapola tão excessivamente os limites definidos pelo tipo em tela, uma vez que o fato de o paciente ter condição financeira privilegiada não pode militar em seu desfavor como comprovação de personalidade desajustada, pois "*a exasperação da pena lastreada na personalidade do agente, trata-se de resquício do superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal dos fatos, de sorte que não constam elementos técnicos para que o julgador possa avaliar acerca da personalidade do agente*" (AgRg no AREsp 1234166/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 10/09/2018)

Ademais, a circunstância de o ora paciente atuar como médico para conferir credibilidade à empreitada será utilizada para agravar a pena em razão da violação de dever inerente à profissão, o que se configura em *bis in idem*.

De rigor, portanto, a redução da exasperação da pena-base e a manutenção da agravante para afastar o indevido *bis in idem*.

Confira-se:

DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MOTIVOS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO. COINCIDÊNCIA COM ELEMENTOS DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DO ART. 61, II, G, DO CP. VIOLAÇÃO DE DEVER INERENTE À PROFISSÃO DE MÉDICO. BIS IN IDEM.

1. A exasperação da pena-base foi justificada pelo Tribunal a quo mediante valoração negativa dos motivos do crime. Entendeu-se que a ganância do réu constituiu a causa do delito, uma vez que, para elevar seus lucros, assumiu o compromisso de assistir a três procedimentos cirúrgicos ao mesmo tempo, sem se importar com as vedações constantes de normas regulamentares próprias de sua profissão e com os riscos aos quais, com sua postura, submeteu a vítima.

2. As razões apresentadas para a exasperação penal promovida no primeiro estágio dosimétrico coincidem de algum modo com os elementos da circunstância legal do art. 61, II, g, do CP, utilizada para agravar a pena na segunda fase de aplicação da pena.

3. Assim, afasta-se a valoração negativa da circunstância judicial, mas mantém-se o aumento da segunda fase, haja vista que o agravante praticou o crime com violação de dever inerente à profissão de médico.

[...]

(AgRg no REsp 1789973/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2019, DJe 30/09/2019)

EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO HABEAS CORPUS. OCORRÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS PROVIDOS EM PARTE.

1. A circunstância judicial negativa mantida na primeira fase refere-se à condição do agente ser médico.

2. Já, na segunda fase, foi aplicada a agravante prevista no inciso "g" do inciso II do art. 61 do Código Penal - CP, em virtude de violação de dever inerente ao cargo de médico.

3. Assim, verifica-se a ocorrência de bis in idem, pois a qualidade de médico e a violação ao dever de médico, referem-se ao fato do agente ser médico, o que não pode justificar duplo aumento da reprimenda por este motivo. 4. Destarte, afasta-se a circunstância judicial negativa referente à condição de médico, todavia o aumento da segunda fase deve ser mantido, porquanto o agente praticou o crime em violação ao dever inerente à sua profissão.

5. Embargos declaratórios parcialmente providos.

(EDcl no HC 467.299/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019)

RECURSOS ESPECIAIS (RESPS N. 1.546.149/DF E 1.485.386/DF). JULGAMENTO CONJUNTO. ATENTADO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE (ART. 216, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL - REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.015/2009) E VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE (ART. 215, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL - REDAÇÃO DADA

PELA LEI N. 12.015/2009). EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. BIS IN IDEM. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PERDA DO CARGO PÚBLICO. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

[...]

2. Deve ser reconhecido o constrangimento ilegal na primeira etapa da dosimetria, em relação aos delitos previstos nos arts. 216, parágrafo único (redação anterior à Lei n. 12.015/2009) e 215, caput (redação dada pela Lei n. 12.015/2009), ambos do Código Penal, pois a fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para justificar sua avaliação desfavorável foi considerada novamente, na segunda etapa da dosimetria da pena, quando reconhecida a aplicação da agravante da alínea "g" do inciso II do art. 61 do Código Penal, o que caracteriza indevido bis in idem.

[...]

6. Recursos especiais parcialmente providos para, reconhecida a violação do art. 59 do Código Penal, afastar a valoração negativa da culpabilidade do agente e reduzir a pena-base imposta ao réu nas Ações Penais n. 2010.12.000406-5 e 2010.12.003455-8.

(REsp 1546149/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016)

Ademais, esta Corte tem pacífica jurisprudência no sentido de que *"não serve de fundamento hábil a justificar a majoração da pena-base o comportamento da vítima, pois se cuida de circunstância neutra ou favorável ao réu"* (AgRg no REsp 1687593/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018)

Portanto, afastadas duas vetoriais negativas – personalidade do agente e comportamento das vítimas –, bem como enfraquecida a culpabilidade do agente em razão do afastamento da valoração negativa da sua atuação como médico na empreitada, deve ser reduzido o aumento da pena-base.

Considerando-se a alta reprovabilidade da conduta, *"uma vez que se aproveitaram do desespero de pessoas portadoras de doença grave (câncer) e de seus familiares para, prometendo uma falsa cura para tal patologia, obterem vantagem indevida"* (e-STJ fl. 103), entendo razoável o aumento da pena-base em 2 anos e 6 meses,

Superior Tribunal de Justiça

fixando-a em 3 anos e 6 meses de reclusão.

Mantida a agravante de violação de dever inerente à profissão em 6 meses, a pena resulta fixada em 4 anos.

Aplicado o aumento de 1/3 em razão da continuidade delitiva, a pena é fixada definitivamente em 5 anos e 4 meses de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem tão-somente para fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator