

HABEAS CORPUS Nº 559.948 - SP (2020/0025124-4)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : FERNANDA PIERRE DIMITROV MENEGHEL E OUTROS
ADVOGADOS : RUGGERO DE JEZUS MENEGHEL - SP052074
FERNANDA PIERRE DIMITROV MENEGHEL - SP343733
FELIPE RUGGERO DE OLIVEIRA DIMITROV MENEGHEL
- SP437338
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CRISTIANO CASSEMIRO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em face de acórdão assim ementado (fl. 43):

APELAÇÃO - ESTELIONATO - RECURSOS DEFENSIVOS - PRELIMINARES - Nulidade por prova ilícita - Inocorrência - Interceptação telefônica que objetivava apurar suposta prática de delito diverso, de competência Federal, realizada conforme os ditames legais - Encontro fortuito de provas - Admissibilidade - Procedimento que ensejou nova investigação quanto ao fato descoberto - Conjunto probatório que se mostrou extremamente farto - Unificação de todos os autos que os réus figuram no polo passivo - Ato meramente facultativo - Conveniência da aplicação da conexão que deve ser mensurada à luz do caso concreto - Hipótese que causaria inegável tumulto processual e morosidade em vista da complexidade dos casos e pluralidade de investigados - MÉRITO - Materialidade e autoria delitivas nitidamente demonstradas - Depoimento dos policiais que se revestem de fé-pública, corroborados pelos demais elementos de convicção - Dosimetria - Circunstâncias que denotam maior grau de reprovabilidade da conduta - Regime fechado mantido - Preliminares rejeitadas e recursos desprovidos, com determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor de todos os acusados.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em sentença confirmada pela Corte *a quo*, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 40 dias-multa, por incursão ao art. 171, *caput*, na forma do art. 71, ambos do Código Penal.

Neste *writ*, requerem os impetrantes a revisão da dosimetria aplicada à pena-base, a fim de que seja conduzida ao mínimo legal, e, caso assim não se entenda, que o índice de aumento seja alterado, limitando-se ao máximo de 1/6 por circunstância judicial negativada. Após a revisão das penas, pugna pelo abrandamento do regime prisional.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Sobre a dosimetria e proporcionalidade das penas, as instâncias ordinárias assim se manifestaram:

Ainda, pode-se extrair do conjunto probatório que **os acusados souberam explorar, de maneira bastante eficiente, as hipóteses em que os procedimentos de fiscalização e detecção de fraudes, estabelecidos pela concessionária de energia elétrica, se mostravam mais vulneráveis, procedendo a periódicas fraudes, durante longo período e alcançando grande número de consumidores do meio empresarial e industrial, sem que ela fosse descoberta pela própria fornecedora, embora experimentasse prejuízos consideráveis, mês a mês.**

Estabeleceram-se formalmente, aparentando regularidade em suas atividades, com a formação de dois núcleos, um destinado exclusivamente às fraudes nos medidores de energia elétrica e outro à prestação de serviços lícitos, no mesmo ramo, havendo, inclusive, empresas que se utilizaram das duas modalidades de serviços oferecidas.

Providenciaram a confecção industrial de diversos tipos de lacres, com numeração repetida, exclusiva para cada interessado na fraude, demonstrando sofisticação e alto conhecimento técnico, uma vez que os aparelhos eram desmontados e remontados, com o contador retrocedido mediante prévio cálculo, de forma que o consumo não registrado passasse despercebido, o que dificultava a fiscalização e, de certa forma, garantia a impunidade.

Vale notar, por fim, Flávio foi empregado da empresa terceirizada, que prestava serviços para a empresa vítima Companhia Piratininga de Força e Luz atuando justamente na área de medição de consumo, quando lhe competia a desmontagem e manutenção dos relógios medidores, de onde também adquiriu conhecimentos técnicos necessários para a prática dos delitos.

Assim, agiram com alto grau de culpabilidade, demonstraram forte premeditação e dolo em grande intensidade, atuando por um lapso de aproximadamente seis anos, circunstâncias indicativas de personalidade distorcida e que determinam a elevação das penas-base.

As provas dos autos demonstraram que Flávio efetivamente liderava o grupo, exercia controle e supervisão das operações, também delegava tarefas e fazia contatos com possíveis interessados, incidindo a agravante genérica descrita no artigo 62, inciso I, do Código Penal.

As rés Cassiana e Célia, bem como os réus Cristiano, Vagner e Flávio, possuem extensas Folhas de Antecedentes (fls. 572/582, 560/570, 538/543, 550/558 e 524/537), nas constam diversos procedimentos e até condenações por crimes da mesma natureza, reforçando o indicativo de que possuem personalidade deturpada e voltada para a vida criminoso. (sentença - fls. 37/38)

Condenação, portanto, irreparável.

Passo, agora, à análise da reprimenda.

Na primeira etapa, a pena-base de todos foi corretamente fixada no triplo acima do mínimo legal, em 03 anos de reclusão e mais o pagamento de 30 dias-multa.

(...)

O art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias a fim de que o juiz fixe a reprimenda visando a necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Logo, se dentre essas oito circunstâncias uma não for favorável, não há motivos para aplicar a pena em seu patamar mínimo, observado o princípio da proporcionalidade.

(...)

E, analisando os fatos, percebe-se que o aumento, embora severo, foi realizado de forma escoreita, tendo em vista não só as circunstâncias, que extrapolam, e muito, o dolo inerente ao tipo, mas também a alta reprovabilidade e da conduta dos acusados.

Eles agiam tanto licitamente como ilicitamente, mas, contudo, de maneira discreta, justamente para que a vítima não percebesse a fraude. Providenciaram diversos tipos de lacres, com numerações idênticas e diversas, demonstrando sofisticação e alto conhecimento técnico, como explanou a ilustre juíza de primeiro grau, além de terem que ajustar o equipamento de forma que o consumo fosse relativamente menor, mas não muito diverso, dificultando a fiscalização e, consequentemente, garantindo a impunidade.

Também possuíam uniformes semelhantes aos da CPFL, a fim de mascarar o momento em que a manipulação nos equipamentos era feita. Tudo, portanto, pensado e altamente estruturado e articulado, feito com premeditação.

(...)

Além do mais, não bastasse tudo que fora acima exposto, verifica-se que os demais réus CASSIANA, CÉLIA, CRISTIANO e VAGNER , até mesmo FLÁVIO, possuem uma extensa folha de antecedentes (fls. 572/582, 560/570, 238/243, 550/558 e 524/237), evidenciando, inegavelmente, periculosidade e que fazem do crime seu meio de vida.

O aumento no triplo, então, parece ser o mais adequado ao caso. No ponto, aliás, destaco trecho de magnífico voto da lavra do Desembargador Camilo Lélis, desta Colenda Câmara Criminal: “De se considerar, ademais, que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se emprega pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídos de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 daquele codex e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado” (APL 30359943620138260405 SP, 4ª Câmara de Direito Criminal, DJe 20/02/2017). (acórdão - fls. 58/61)

Sobre a culpabilidade, o tom desfavorável que recaiu sobre a

operadora é efetivamente digno de nota, pois os delitos eram cometidos de maneira extremamente organizada, havendo divisão de tarefas entre os corréus, que previamente providenciavam, em escala industrial, o fornecimento do material necessário para a execução das fraudes, bem como demonstravam elevado conhecimento técnico para desmontar e depois remontar os relógios de energia elétrica, de modo que o retrocesso do contador no cômputo da energia passasse despercebido, conforme cálculo previamente realizado pelos envolvidos, a fim de dificultar a fiscalização e garantir a impunidade. Não há, portanto, que se falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, *porquanto a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, que inclusive, no caso, contou com divisão de tarefas, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da sanção básica sob esse argumento* (HC 149.456/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 23/05/2011).

Esta Corte se orienta no sentido de que nem mesmo eventuais condenações anteriores transitadas em julgado são idôneas para se aferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente, na medida em que a conduta social corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental entre seus pares e, a personalidade, por sua vez, resulta da análise do perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia.

Assim, passou este Tribunal a entender que, na primeira fase de dosimetria, apenas os antecedentes criminais do réu podem ser negativados com base na existência de condenações definitivas ou pelo histórico criminal. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. ANTECEDENTES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONDOTA SOCIAL. CONDENAÇÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NATUREZA DA DROGA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.

2. Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos,

admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal decidiu que "eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte" (EAREsp n. 1.311.636/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª S., DJe 26/4/2019).

(...)

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 400.180/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 12/02/2020)

Assim, deve a vetorial da personalidade do agente ser neutralizada.

De outro lado, relata o impetrante que ao aumento da pena-base operou-se desproporcionalmente.

Primeiramente, consoante definido no voto condutor, acima colacionado, verifica-se que para cada vetorial negativa a pena-base sofreu um aumento de 1/4 sobre a diferença resultante da subtração entre a pena máxima e mínima abstratamente cominada ao delito de estelionato.

Na hipótese, considerou a Corte de origem haver maior reprovabilidade da conduta, tendo em vista a especialização do grupo na prática delitiva, uma vez que se estabeleceram formalmente para desempenhar as condutas ilícitas, possuíam contato direto com fornecedores que confeccionavam materiais voltados à execução dos crimes, além do alto conhecimento técnico que possuíam, permitindo que as fraudes se perpetrassem no tempo por longo período sem que fossem descobertas, ocasionando, assim, considerável prejuízo à fornecedora de energia.

Tal entendimento encontra-se dentro da discricionariedade vinculada do magistrado, não sendo devida a alteração do critério de proporcionalidade da sanção inicial, na estreita via do *writ*, porquanto não configurada flagrante ilegalidade.

Ressalte-se que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a *exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos* (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016), só podendo ser alterado o *quantum* de aumento na pena-base quando flagrantemente desproporcional, o que, como já

assinalado, não é o caso dos autos.

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, por oportuno, consigno ainda que *A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. 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 143071/AM, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015).

Passo, portanto, ao redimensionamento das penas.

Afastado o desvalor conferido à circunstância judicial da personalidade, mas mantido o da culpabilidade, fixo a pena-base em 2 anos de reclusão, a qual assim permanece na segunda fase à míngua de atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, promovo o aumento de 1/3, em função da continuidade delitiva, para fixar a reprimenda definitiva em 2 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 16 dias-multa.

Acerca dos regime prisional, as instâncias ordinárias teceram as seguintes considerações:

Tendo em vista todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis acima explicitadas, o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado para todos os réus. (sentença - fl. 40)

O regime não poderia mesmo ser outro que não o fechado, haja vista a gravidade dos fatos.

Consoante o já exposto, tratava-se de uma associação absurdamente articulada e subdividida, e que contava com um aparato técnico altamente sofisticado, dedicado precipuamente à manipulação no consumo de energia elétrica, auferindo lucro com essa atividade, passando-se como “empresa” que “prestava esses serviços” totalmente ilícito. (acórdão - fl. 62)

Com efeito, muito embora tenham as instâncias ordinárias se valido de fundamento concreto e idôneo para a imposição do regime prisional mais gravoso (especialização e premeditação dos réus), tal motivação, apesar de ser válida, apenas poderia justificar a fixação do regime imediatamente mais gravoso, qual seja, o semiaberto – por se tratar de pena reclusiva inferior a 4 anos de reclusão (2 anos e 8 meses de reclusão) – e não o fechado, sobretudo porque primário o réu (fl. 39). A propósito, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. REGIME

PRISIONAL FECHADO. ART. 33, § 2º, b e § 3º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Ao paciente não reincidente, com circunstâncias judiciais desfavoráveis, condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão é possível a fixação do regime inicial semiaberto, consoante dispõe o art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal. Precedentes.

3. No caso, o paciente, primário, teve a pena-base fixada acima do piso legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida - 7 g de crack fracionadas em 25 (vinte e cinco) pedrinhas -, posteriormente reduzida na razão de 1/3 (um terço), ainda assim foi estabelecido o regime inicial fechado sem a indicação de dados concretos, além daqueles já considerados na primeira fase da dosimetria.

4. O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é concedido quando atendidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

5. O paciente não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, tendo em vista a vedação do inciso III do art. 44 do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da sanção imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n. 001/2.13.0008204-4, da 1ª Vara Criminal do Foro Regional Restinga da Comarca de Porto Alegre/RS.

(HC 319.982/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015)

Considerando que as penas foram dosadas de maneira idêntica para os corréus Wagner Aparecido Lopes Pinheiro, Célia Maria Rodrigues Paes e Cassiana Rodrigues Paes, estendo a estes os benéficos efeitos do julgado, nos termos do art. 580 do CPP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para, no tocante ao paciente e aos corréus Wagner Aparecido Lopes Pinheiro, Célia Maria Rodrigues Paes e Cassiana Rodrigues Paes, reduzir a pena a 2 anos e 8 meses de reclusão, além de 16 dias-multa, bem como para abrandar o regime prisional para o semiaberto.

Superior Tribunal de Justiça

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator