



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2070772 - SP (2023/0156638-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : JONATAN PEREIRA DA COSTA
ADVOGADOS : BETHANIA SILVA SANTANA - MG183414
 MARIA CLARA BIZINOTTO BORGES - MG205002
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVANTE : JONATAN PEREIRA DA COSTA
ADVOGADOS : BETHANIA SILVA SANTANA - MG183414
 MARIA CLARA BIZINOTTO BORGES - MG205002
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por JONATAN PEREIRA DA COSTA, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ fl. 647):

APELAÇÃO. ESTELIONATOS. Continuidade delitiva. Materialidade e autoria demonstradas. Declarações firmes e coesas dos proprietários da empresa-vítima, corroboradas por testemunhas e documentos. Ausência de justa causa. Matéria superada com a prolação da sentença. Condenação mantida. Pena-base acima do piso em face de circunstância judicial desfavorável. Errática compensação entre a reincidência e a confissão sem questionamento da acusação a impedir a adequação do julgado à remansosa jurisprudência da SUPREMA CORTE. Quadro adverso inconciliável com o retiro intermediário imposto na sentença, tal como observou o Ministério Público. Peculiaridades do mesmo modo incompatíveis com a substituição da corporal ou a concessão de sursis. Apelo da acusação provido para revisar a regência carcerária, anotada a improcedência do reclamo defensivo.

Nas razões do recurso especial, alega a defesa, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 395, III, do Código de Processo Penal, 33, § 3º e 44, § 3º, e 59, todos do Código Penal.

Sustenta: (i) a ausência de elemento essencial do tipo previsto no art. 171 do CP (prejuízo alheio e lesão ao patrimônio da vítima), tendo em vista a restituição dos

bens, o que importa em ausência de justa causa e, por consequência, a atipicidade da conduta; (ii) a impossibilidade de aumento da pena-base a título de conduta social, não servindo o fato de o réu responder a outra ação penal pelo mesmo fato, tampouco a existência de outros registros policiais; (iii) a fixação de regime inicial aberto e (iv) o deferimento de penas alternativas.

Apresentadas contrarrazões, o recurso foi admitido parcialmente na origem.

Nesta instância, o Ministério Público Federal se manifestou pelo parcial provimento do recurso especial.

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar em parte.

Inicialmente, alega a defesa a ausência de elemento essencial do tipo previsto no art. 171 do CP (prejuízo alheio e lesão ao patrimônio da vítima), tendo em vista a restituição dos bens, o que importa em ausência de justa causa e, por consequência, a atipicidade da conduta.

Sobre o ponto, concluiu o Tribunal de origem que "a tese de absolvição por 'ausência de justa causa' soa até mesmo risível a esta altura, mormente porque o recebimento da denúncia e a ulterior prolação da sentença condenatória se mostram colidentes com a irregularidade aventada" (e-STJ fl. 653).

O referido entendimento está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a superveniência de sentença condenatória torna prejudicado o pedido que buscava o trancamento da ação penal sob alegação de falta de justa causa e inépcia da denúncia, haja vista a insubsistência do exame de cognição sumária, relativo ao recebimento da denúncia, em face da posterior sentença de cognição exauriente" (AgRg no REsp n. 1.877.651/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021).

De fato, "Sobre o invocado ultraje aos arts. 41 e 395, ambos do CPP, entende esta Corte que tal intento, na via eleita do recurso especial, encontra-se superado diante da superveniência de sentença penal condenatória e ratificada pelo Tribunal local, após exauriente e regular instrução processual, o que deflui a plena e válida aptidão formal da prefacial acusatória para os fins da persecução criminal" (AgInt no AREsp n. 1.354.143/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/3/2019, DJe de 3/4/2019).

No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

Nessa linha, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. Precedentes: HC n. 272.126/MG, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 8/3/2016, DJe 17/3/2016; REsp n. 1.383.921/RN, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015; HC n. 297.450/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 29/10/2014.

Consoante relatado, insurge-se a defesa contra o aumento à título de conduta social, assim negativada pelas instâncias ordinárias (e-STJ fls. 653/655):

Assim, demonstrada a materialidade e apurada a autoria dos crimes à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo a julgadora singular fixado a pena-base de cada delito um terço (1/3) acima do mínimo legal, a perfazer um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão, mais treze (13) dias-multa em face de circunstância judicial desfavorável representada pela conduta social reprovável do acusado, destacando-se que JONATAN “está respondendo por fato análogo, em razão da prática do mesmo crime de estelionato em outra ação penal (Autos 1500576-65.2021.8.26.0168 fls. 389), além de ter contra si inúmeros registros de boletins de ocorrência pela prática do crime de estelionato contra outras empresas nas datas de 26/02/2021, 13/01/2021 e 25/01/2021 (fls. 130/131, 137/140 e 141/143), usando o mesmo "modus operandi" descrito na presente ação penal”.

*Não se ignora o entendimento consolidado pelo Pretório Excelso no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não ensejam valoração para delinear maus antecedentes, em atenção à presunção de não culpabilidade (STF, Tribunal Pleno, RE 591054/SC, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJe 25-02-2016, recurso escolhido como representativo da controvérsia em matéria de repercussão geral), mesma orientação firmada na Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, ao reverso do sustentado pela Defesa, **o incremento da basilar era mesmo imperativo, pois salta aos olhos a personalidade desvirtuada do réu, que vem reiteradamente praticando estelionatos com o mesmo modo de agir, tal como se deduz dos documentos acostados aos autos (contra concessionária de veículos, lojas de colchões e de calçados, entre outras vítimas), sempre utilizando cartões bancários em nome de terceiros, obtidos por meios escusos, causando prejuízos a pequenos e médios empreendedores em período de crise financeira a impactar o país, de modo a demonstrar total menoscabo para com o ordenamento jurídico pátrio, não podendo lhe conferir solução***

idêntica àquela dispensada a indivíduo sem qualquer “pendência” perante a Justiça Criminal, tudo diante da garantia constitucional de igual envergadura atinente à individualização do “castigo”, corolário do princípio da isonomia, daí a necessidade de se interpretar o entendimento das Cortes Superiores com parcimônia diante das peculiaridades do caso, como forma de se evitar o malfadado “engessamento” da atuação jurisdicional.

Destaque-se, ademais, que o posicionamento dos Tribunais Superiores mencionado em razões recursais defensivas, aliás - diz respeito a antecedentes criminais, algo diverso de conduta social reprovável ou índole acentuadamente perniciosa também inseridas como circunstâncias judiciais, consoante artigo 59 do Código Penal.

No ponto, a jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais, ações penais em andamento e atos infracionais pretéritos não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção da não culpabilidade, nos termos da Súmula 444/STJ – É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Portanto, o fato de o recorrente ter outros feitos criminais em seu nome não serve para validar o aumento da sanção básica a título de conduta social, porque vinculados a questões atinentes ao cometimento de ilícitos criminais, que só poderiam ser sopesados a título de maus antecedentes e reincidência.

Com tais considerações, deve ser afastada a referida vetorial, fixando-se a pena-base, para cada delito de estelionato, no mínimo legal: 1 ano de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda fase, mantém-se as penas nesse patamar, ante a compensação da reincidência com a confissão. Na derradeira fase, diante do reconhecimento do crime continuado entre os dois crimes de estelionato, aumenta-se a pena em 1/6, tornando a sanção final definitiva em 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, de acordo com a Súmula 269/STJ, *é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior à inicial de quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

No caso, apesar de o acusado ser reincidente, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são todas favoráveis, tendo sido a pena-base fixada no mínimo legal conforme acima reconhecido. Dessa forma, estabelecida a reprimenda final em 1 ano e 2 meses de reclusão, o réu faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos,

o sentenciante assim fundamentou o não deferimento do benefício (e-STJ fl. 511):

Considerando que o réu é reincidente e ostenta conduta social reprovável, verifico que não se fazem presentes os requisitos descritos no artigo 44 do Código Penal em relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como inviável a concessão do benefício da suspensão condicional da pena (art. 77, CP).

Por sua vez, consta do acórdão recorrido (e-STJ fl. 657):

*Pondere-se que até mesmo a orientação passada pela Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça afigura-se inadequada, **porquanto presente circunstância judicial adversa, a par da recidiva**, situação igualmente obstaculizadora da pretendida substituição da corporal por restritivas de direitos e da concessão de sursis (artigos 33, § 3º, 44, incisos II e III, e 77, caput, incisos I e II, todos do Código Penal).*

Segundo o art. 44 do CP, as penas restritivas de direitos 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.

Nessa linha, o art. 44, § 3º, do Código Penal possibilita a concessão da substituição da pena ao condenado reincidente, desde que atendidos dois requisitos cumulativos: a medida seja socialmente recomendável, em face de condenação anterior, e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime, isto é, não seja reincidência específica.

Abaixo, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DE ROUBO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. O § 3º do art. 44 do Código Penal ressalva que "se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a

reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime." 3. No caso, a Corte local ressaltou que a reincidência do paciente, embora não sendo específica, configurou-se pela prática anterior de crime de roubo. Ademais, destacou que o crime de receptação foi praticado enquanto o paciente cumpria pena no regime aberto. Por tais razões, considerou que o paciente não preenche os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal.

4. Mostra-se insuficiente a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando há reincidência e a medida não se mostra recomendável (art. 44, II e § 3º, do CP), tal como ocorre na espécie, em que a condenação anterior do réu, considerada para efeitos de reincidência, refere-se a delito cometido com violência ou grave ameaça (roubo).

5. Writ não conhecido (HC 599.547/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/09/2020, DJe 21/09/2020).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA DE OUTRO CRIME. ART. 44, § 3º, DO CP. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO MOTIVO PELO QUAL A MEDIDA NÃO SERIA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece do writ, substitutivo do recurso adequado, mas se concede ordem de habeas corpus de ofício, para reconhecer o direito do réu à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a ausência de fundamentação para a negativa do benefício a acusado reincidente na prática de crime diverso (art. 44, § 3º, do CP) que teve todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal consideradas favoráveis.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 353.512/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 30/6/2016, DJe 3/8/2016).

[...] PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE AUTORIZAM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REINCIDÊNCIA QUE NÃO SE OPEROU EM VIRTUDE DA PRÁTICA DO MESMO TIPO DE ILÍCITO. PERMUTA SUFICIENTE PARA A REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA INCRIMINADA. EXEGESE DO § 3º DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL.

1. Aplicada pena inferior a 4 (quatro) anos, perfeitamente possível a sua substituição por restritivas de direitos, mesmo aos reincidentes, quando essa condição não se der em virtude de prática de idêntico delito e a medida for suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência do § 3º do artigo 44 do Código Penal.

2. Consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostra-se socialmente recomendável a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, diante das particularidades do caso concreto e especialmente em

se considerando que a reincidência se deu em delito diverso.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, bem como substitui-la por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução (HC 334.986/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 03/03/2016, DJe 16/03/2016).

PENAL. CONDENAÇÃO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE SE A MEDIDA NÃO FOR SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. REQUISITOS DE ORDEM SUBJETIVA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

I - Não há ilegalidade na decisão que nega o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se, apesar da reincidência não ser específica, a medida não se mostra "socialmente recomendável" (CP, art. 44, § 3º). No caso dos autos, ainda que a reincidência não tenha sido específica - o recorrente já havia sido condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em virtude da prática do delito de roubo circunstanciado (fl. 41) - a eg. Corte a quo entendeu que a medida não se mostraria "recomendável" (fl. 274).

II - A revisão desse entendimento - com a conseqüente análise da presença dos requisitos de ordem subjetiva - demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada em sede de recurso especial. (Súmula 07/STJ).

Agravo Regimental desprovido (AgRg no REsp 1.557.466/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/2/2016, DJe 29/2/2016).

No caso dos autos, as instâncias ordinárias entenderam não ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista a reincidência e a conduta social.

No entanto, a reincidência genérica (crime de receptação) e a conduta social, ora afastada da pena-base, não constituem óbices à substituição da pena, admitindo-se, portanto, a concessão do benefício.

Assim, estabelecida a pena definitiva do acusado em 1 ano e 2 meses de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, embora reincidente genérico, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c art. 255, § 4º, III, do RISTJ, **dou parcial provimento** ao recurso especial para fixar a pena de JONATAN PEREIRA DA COSTA em 1 ano e 2 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem fixados pelo Juízo

da Execução, além do pagamento de 11 dias-multa,

Intimem-se.

Brasília, 05 de outubro de 2023.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator