



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 134.664 - MS (2009/0076441-1)**

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JHONNY ESTÁCIO DE SOUZA

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. FALSA IDENTIDADE ATRIBUÍDA PERANTE POLICIAL. ATIPICIDADE. ART. 155, §4º, II e IV, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. INOCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO FACE A EXISTÊNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. FURTO QUALIFICADO POR ESCALADA. CIRCUNSTÂNCIA QUE QUALIFICA O CRIME. CAUSA DE AUMENTO NÃO PREVISTA EM LEI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal aquele que, perante a autoridade policial, se atribui falsa identidade para evitar sua prisão. (**Precedentes**).

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (**HC nº 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/04/2005**).

III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes do STF e STJ**).

IV - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão da **culpabilidade, motivos do crime e personalidade do agente**.

V - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VI - Lado outro, há fundamentação concreta para elevar a pena-base um pouco acima do mínimo legal somente no que tange aos **maus antecedentes** do agente.

VII - "*A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial*" (**Súmula nº 241/STJ**). No **caso em tela** tal preceito foi observado. O paciente ostenta condenações transitadas em julgado em seu desfavor sendo aptas a caracterizar os maus antecedentes e, as demais, aptas a permitir a aplicação da agravante prevista no art. 61, I, do CP.

VIII - Sendo desfavorável uma circunstância judicial (art. 59 do CP), a pena-base não poderá ser reduzida ao mínimo legal.

IX - Muito embora esta Corte Superior entenda pela preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão, não há que se falar em ilegalidade na decisão que, por motivos diversos, deixa de aplicá-las compensando uma pela outra.

X - Uma vez considerado que a circunstância prevista no inciso II, §4º, do artigo 155 do Código Penal, é circunstância qualificadora do crime, resta configurado o constrangimento ilegal face a decisão que a utiliza, além de qualificadora, como causa de aumento da pena.

XI - Observa-se que o e. Tribunal **a quo** aumentou a pena do paciente em razão das circunstâncias previstas no inciso II, do §4º, do artigo 155 do Código Penal. Entretanto, como pode ser visto pela disposição legal, tais circunstâncias são qualificadoras do crime, razão pela qual não servem, também, como causa de aumento da pena.

XII - Quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, este é de ser mantido no inicialmente fechado, pois pacífico o entendimento no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a **ausência de reincidência**, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, o que não ocorreu in casu (**Precedentes**).

Ordem parcialmente concedida.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 17 de novembro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.664 - MS (2009/0076441-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de JHONNY ESTÁCIO DE SOUZA, em face de v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, nos autos de Apelação Criminal n.º 2008.020235-4.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 155, §4º, II e IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de **03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 03 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa**, e como incurso no artigo 307 do Código Penal, à pena de **03 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, substituída por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade.**

Irresignada, a defesa apelou objetivando a) a exclusão da qualificadora de concurso de agentes no crime de furto, e b) a absolvição quanto ao crime de falsa identidade. O apelo foi provido parcialmente em v. acórdão proferido pela Colenda Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, excluindo o aumento da pena por concurso de agentes.

No presente **writ**, alega a defesa constrangimento ilegal por ter o v. acórdão, mesmo afastando a incidência da qualificadora por concurso de pessoas relativa ao crime de furto, deixado de corrigir a pena e o regime inicial fixado ao paciente, e pleiteia: a) a absolvição em relação ao crime de falsidade ideológica; b) a redução da pena-base ao seu mínimo legal; c) o afastamento da agravante da reincidência; d) o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; e) o afastamento do aumento de pena resultante da qualificação do crime de furto por escalada; f) aplicação de regime de pena menos gravoso, após a reformulação da dosimetria da pena ora questionada.

Liminar indeferida à fl. 100.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas à fl. 105.

A Douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se, às fls. 112/124, pela concessão da ordem, em parecer assim ementado, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. Condenação pela prática dos crimes de furto qualificado na forma tentada e falsa identidade. Art. 155, § 4º, II e IV c/c art. 14, II e art. 307 do Código Penal. Acórdão do Eg. Tribunal de Justiça/MS que deu parcial provimento à apelação para excluir a causa de aumento referente ao concurso de agentes. Habeas corpus fundado no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal e art. 647 e seguintes do CPP. Alegação de atipicidade do delito de falsa identidade. Demonstração. Não incorre nas penas do art. 307 do CPB o réu que diante da autoridade policial atribui-se falsa identidade para evitar a prisão ou ocultar antecedentes criminais. Precedentes do Colendo STF e dessa Colenda Corte. Arguição de ilegalidade na dosimetria da pena. Ocorrência. Decisão atacada que deixou de aplicar a atenuante da confissão espontânea. Inobservância das disposições do art. 68 do CPB. Irresignação quanto ao regime prisional fixado. Cabimento. Decisão impugnada que se limitou a sustentar a gravidade genérica do crime praticado na hipótese em exame sem indicar com precisão as razões para imposição do regime mais gravoso. Incidência das Súmulas STF nº 718 e nº 719. Art. 33, § 2º, "c" e § 3º do CPB. Constrangimento ilegal configurado. Parecer pela concessão do writ ora apreciado. (fl. 112).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.664 - MS (2009/0076441-1)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. FALSA IDENTIDADE ATRIBUÍDA PERANTE POLICIAL. ATIPICIDADE. ART. 155, §4º, II e IV, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. INOCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO FACE A EXISTÊNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. FURTO QUALIFICADO POR ESCALADA. CIRCUNSTÂNCIA QUE QUALIFICA O CRIME. CAUSA DE AUMENTO NÃO PREVISTA EM LEI. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

I - Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal aquele que, perante a autoridade policial, se atribui falsa identidade para evitar sua prisão. (**Precedentes**).

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (**HC** nº 39.030/SP, 5ª **Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/04/2005).

III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes**)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do STF e STJ).

IV - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão da **culpabilidade, motivos do crime e personalidade do agente**.

V - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VI - Lado outro, há fundamentação concreta para elevar a pena-base um pouco acima do mínimo legal somente no que tange aos **maus antecedentes** do agente.

VII - *"A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial"* (**Súmula nº 241/STJ**). No caso em tela tal preceito foi observado. O paciente ostenta condenações transitadas em julgado em seu desfavor sendo aptas a caracterizar os maus antecedentes e, as demais, aptas a permitir a aplicação da agravante prevista no art. 61, I, do CP.

VIII - Sendo desfavorável uma circunstância judicial (art. 59 do CP), a pena-base não poderá ser reduzida ao mínimo legal.

IX - Na hipótese, não se verifica ilegalidade na decisão que deixa de aplicar a atenuante da confissão, por motivos de compensação com uma agravante.

X - Uma vez considerado que a circunstância prevista no inciso II, §4º, do artigo 155 do Código Penal, é circunstância qualificadora do crime, resta configurado o constrangimento ilegal face a decisão que a utiliza, além de qualificadora, como causa de aumento da pena.

XI - É ilegal a decisão que utiliza a mesma circunstância qualificadora do crime como causa de aumento de pena.

XII - Quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, este é de ser mantido no inicialmente fechado, pois pacífico o entendimento no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a **ausência de reincidência**, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, o que não ocorreu in casu (**Precedentes**).

Ordem parcialmente concedida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente **mandamus**, a defesa requer a concessão da ordem a fim de que seja reconhecida a) a absolvição em relação ao crime de falsidade ideológica; b) a redução da pena-base ao seu mínimo legal; c) o afastamento da agravante da reincidência; d) a atenuante da confissão espontânea; e) o afastamento do aumento de pena resultante da qualificação do crime de furto por escalada; f) aplicação de regime inicial aberto para cumprimento da pena, após a reformulação da dosimetria ora questionada.

Primeiramente, no que se refere ao pleito de **absolvição quanto ao delito previsto no artigo 307 do Código Penal**, a irrisignação deve **prosperar**.

Como pode ser depreendido da **exordial** acusatória:

"Já no interior da 4ª Delegacia de Polícia da Capital, por volta das 17:00 horas, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, o denunciado identificou-se falsamente, apresentando o nome de um primo, JUAREZ DE SOUZA, visando ludibriar a polícia e a justiça para obter vantagem em proveito próprio.

Alguns dias depois, anida na Delegacia de Polícia, aclarou-se a verdadeira identidade do denunciado." (fl. 35).

Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal aquele que, perante a autoridade policial, atribui-se falsa identidade para evitar a sua prisão. Com efeito, a atitude do réu não pode ser censurada, por constituir exercício da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ampla defesa, garantia insculpida na Carta Magna.

Nesse sentido:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. *"A contradição que rende ensejo à oposição de embargos de declaração é a interna ao julgado, caracterizada por proposições inconciliáveis entre si, que dificultam ou impedem a sua compreensão." (EDclAgRgREsp nº 571.895/SP, da minha Relatoria, in DJ 25/10/2004) e, não, a existente entre o decisor e a interpretação dada à norma por esta Corte Superior de Justiça.*

2. *A pretensão de obter o reexame da matéria versada nos autos, na busca de decisão que lhe seja favorável, não enseja a oposição de embargos declaratórios.*

3. *A atribuição de falsa identidade perante a autoridade policial, pelo preso em flagrante, com o objetivo de ocultar-lhe seus antecedentes penais, não configura o crime tipificado no artigo 307 do Código Penal, por constituir hipótese de autodefesa, amparado pelo artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.*

4. *Embargos de declaração rejeitados. Habeas corpus de ofício."*

(EDcl no HC 21202/SP, 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJU de 13/03/2006).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. FALSA IDENTIDADE ATRIBUÍDA PERANTE POLICIAL. ATIPICIDADE.

Na linha de precedentes desta Corte, não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade para evitar sua prisão. (Precedentes).

Ordem concedida."

(HC 46747/MS, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 20/02/2006).

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ART. 307, DO CP. ACUSADO QUE DECLARA NOME E IDADE FALSOS PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO. ATIPICIDADE. EXERCÍCIO DE AUTODEFESA. DIREITO AO SILÊNCIO.

É atípica a conduta do acusado que, ao ser preso em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante, declara, perante a autoridade policial, e após, ao Ministério Público, nome e idade falsos, haja vista a natureza de autodefesa da conduta, garantida constitucionalmente, consubstanciada no direito ao silêncio.

Ordem concedida."

(HC 35309/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 21/11/2005).

"HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME DE ROUBO. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não comete crime previsto no art. 307 do Código Penal, o autuado em flagrante que, para evitar a busca de seus antecedentes, se atribui falsa identidade perante a autoridade policial, em obséquio ao direito de autodefesa."

Ordem concedida para anular a condenação pelo crime de falsa identidade, estendendo os efeitos desta decisão ao co-réu ALEX DOS SANTOS FERREIRA, compreendido na mesma situação."

(HC 42663/MG, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 20/06/2005).

"CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. MOTIVAÇÃO FULCRADA NA GRAVIDADE DO DELITO. SUBSUMIDA NO TIPO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. FALSA IDENTIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUTODEFESA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

Exige-se concreta motivação para o indeferimento do pedido de liberdade provisória, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante.

A possibilidade de abalo à ordem pública não pode ser sustentada por circunstâncias que estão subsumidas na gravidade do próprio tipo penal.

Deve ser concedido o benefício da liberdade provisória ao paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo Julgador de 1º grau, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

Não comete o delito previsto no art. 307 do Código Penal o réu que, diante da autoridade policial, se atribui falsa identidade, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atitude de autodefesa, porque amparado pela garantia constitucional de permanecer calado, ex vi do art. 5º, LXIII, da CF/88. Precedentes.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC 36849/DF, 5ª Turma, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJU de 09/02/2005).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. AUTODEFESA. RECURSO PROVIDO.

1. Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a conduta do réu, de se atribuir falsa identidade perante a autoridade policial, não se subsume ao delito tipificado no artigo 307 do Código Penal, tratando-se de hipótese de autodefesa, amparado, em última instância, pelo direito constitucional de permanecer em silêncio, consagrado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.

2. Recurso provido."

(REsp 432029/MG, 6ª Turma, Rel. Min. **Hélio Quaglia Barbosa**, DJU de 16/11/2004).

Quanto à irresignação relativa a **ausência de fundamentação idônea no aumento da pena-base** do paciente, no que concerne às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, **a ordem merece concessão.**

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC nº 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/04/2005).

Como pode ser visto pela r. sentença proferida pelo Juízo de Primeiro Grau, a pena-base do paciente foi aumentada com os seguintes fundamentos, **in verbis**:

"PASSO A DOSAR A PENA.

*Considerando a **culpabilidade** do acusado, que se revelou intensa ante a reprovabilidade de sua conduta, que é socialmente censurável; aos seus **maus antecedentes**, conforme se verifica da certidão de f. 66; à sua **conduta social**, que não lhe prejudica; à sua **personalidade** voltada para a prática de crimes contra o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patrimônio; aos **motivos** egoísticos do crime, que visam vantagem ilícita; às **circunstâncias e consequências** típicas do crime, e, por último, ao **comportamento da vítima**, que em nada contribuiu para a prática do crime, **fixo para o crime de furto qualificado tentado a pena base em 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, ao dia, corrigido.**" (fl. 67).

De uma leitura do trecho acima transcrito, entendo que houve violação ao **art. 59 do Código Penal** uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação **concreta e vinculada**. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanejar a elevação da reprimenda. O **princípio do livre convencimento fundamentado** ou da **persuasão racional** não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, 2ª parte da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**.

É orientação do **Pretório Excelso, in verbis**:

"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A SEIS MESES DE RECLUSÃO PELA PRÁTICA DE LESÃO CORPORAL. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO À MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E DE FALTA DE MANIFESTAÇÃO SOBRE O BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA REPRIMENDA (CP, ART. 77). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

A fixação da pena-base acima de seu mínimo legal deve apoiar-se em elementos concretos, objetivamente demonstrados, que justifiquem a exasperação, não se mostrando suficiente, para tal fim, a simples referência ao texto genérico da lei (CP, art. 59).

Neste panorama e não sendo possível aferir, nem mesmo a partir de uma análise global da motivação, os elementos considerados pelo julgador quando da majoração do castigo, é de se deferir a ordem de habeas corpus, fixando-se a pena em seu mínimo legal, eis que os elementos dos autos autorizam que se tome, desde logo, esta medida.

Não tendo ocorrido provocação formal da autoridade coatora, a respeito da concessão do sursis (CP, art. 77), não pode o Supremo Tribunal Federal apreciar a questão, pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus parcialmente deferido."

(HC 85033/MS, 1ª Turma, Rel. Min. **Carlos Britto**, DJU de 27/05/2005).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*"**Habeas corpus**". Falta de fundamentação para a fixação da pena acima do mínimo. "**Habeas corpus**" concedido em parte para que, mantida a conclusão condenatória, voltem os autos da ação penal à primeira instância, a fim de que, fundamentadamente, se fixe a pena a ser aplicada ao paciente."*

(HC 82796/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. **Moreira Alves**, DJU de 13/06/2003).

"Individualização da pena: motivação: inidoneidade. Não se prestam a motivar a exacerbação da pena-base nem circunstâncias elementares do tipo, nem a opinião do Juiz sobre o desvalor em abstrato da figura penal."

(HC 79949/SP, 1ª Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJU de 04/08/2000).

E ainda: STF, HC 69419/MS, 1ª Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJU de 28/08/92, p. 13.455; STF, HC 70250/SP, 2ª Turma, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJU de 03/09/93, p. 17.744; STF, HC 69141/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJU de 28/08/92, p. 13.453; STF - HC 69334/PE, 1ª Turma, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, DJU de 04/09/92 etc.

Na mesma linha tem decidido esta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal deve estar apoiada em elementos concretos que permitam a valoração negativa de, ao menos, alguma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

2. Considerações vagas, desvinculadas de dados concretos, a respeito da culpabilidade e da personalidade do agente são insuficientes para justificar a elevação da pena além do mínimo legal.

3. Somente devem ser consideradas como maus antecedentes criminais condenações com trânsito em julgado, excluídas as que configuram reincidência. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas.

4. A ausência de proporcionalidade entre a fundamentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e a reprimenda imposta implica constrangimento ilegal sanável pela via eleita, porquanto, da mera leitura dos autos, verifica-se inequívoca ofensa aos critérios legais (art. 59 do Código Penal) que regem a dosimetria da resposta penal.

5. Ordem concedida para anular o acórdão e a sentença impugnados no tocante à dosimetria da pena e, assim, redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, bem como determinar ao Juízo das Execuções Penais que aplique a pena restritiva de direitos e imponha as condições de seu cumprimento, como de direito".

(HC 65968/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 12/03/2007).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 12, § 1º, II, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICO). SENTENÇA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. REGIME. PROGRESSÃO. POSSIBILIDADE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados. (**Precedentes**).

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base. (**Precedentes**).

III - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

IV - Assim, o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, pode obter o direito à progressão de regime prisional, desde que preenchidos os demais requisitos.

Writ concedido.

Habeas corpus concedido de ofício para afastar o óbice à progressão de regime."

(HC 64663/RJ, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 26/02/2007).

"PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVOS CONCRETOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO-APONTADOS. ART. 59 E 68 CP. MÉTODO TRIFÁSICO. INOBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

Ao fixar a pena, mister a observância, pelo magistrado, do procedimento estabelecido no art. 59 e art. 68 do Código Penal, em consonância com os dispositivos constitucionais, mormente a garantia fundamental insculpida no art. 93, IX da Carta Política, que estabelece que "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)".

O édito constritivo de liberdade deve ser concretamente fundamentado, com a exposição dos elementos reais e justificadores de que a pena-base aplicada no mínimo legal se mostra insuficiente ante os fatos expostos no processo.

A reincidência é circunstância agravante que deve ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena, e não na pena-base.

O quantum referente à aplicação de causa de aumento de pena - associação eventual para o tráfico - deve vir explicitado e embasado, sob pena de nulidade.

Ordem concedida."

(HC 33200/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 26/02/2007).

"CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APLICAÇÃO DA PENA. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE COMUM A TODOS. NULIDADE VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I. A análise genérica das circunstâncias judiciais, englobando todos os acusados no mesmo contexto, torna insanável o vício na aplicação da pena, mormente no caso dos autos, em que a pena-base foi fixada em patamar superior ao mínimo legal.

II. A individualização da reprimenda exige a aferição aprofundada da conduta praticada e das condições pessoais de cada um dos acusados, pautando-se pela análise individualizada das circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

III. Deve ser cassado o acórdão atacado, bem como a sentença proferida pelo Juiz monocrático, apenas na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida, com nova e adequada fundamentação no que diz respeito à pena-base.

IV. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator."

(HC 53539/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 05/02/2007).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por análise dos autos, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento da pena em razão da **culpabilidade, motivos do crime e personalidade do agente**.

Com relação à **culpabilidade**, consta na r. sentença que *"...se revelou intensa ante a reprovabilidade de sua conduta, que é socialmente censurável"*. Entretanto, observa-se que não há nenhuma referência concreta que permita aferir o grau da culpabilidade do paciente, muito menos a sua intensidade. Por este motivo, a fundamentação não deve prosperar.

No que toca aos **motivos do crime**, a fundamentação utilizada na r. sentença girou em torno dos *"...motivos egoísticos do crime, que visam vantagem ilícita"*, a fim embasar a valoração dessa circunstância. Entretanto, a fundamentação é vaga, pois não se apresenta concreta e vinculada, apontando elementos próprios do tipo penal a fim de aumentar a pena-base do paciente. Por este motivo, a fundamentação não deve prosperar.

Quanto à **personalidade**, é lamentável que ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo - não sendo, portanto, expert) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO.

I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedente)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso especial desprovido.

(REsp 745530/RS, 5ª **Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 12/06/2006).

*"PENAL. RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO E ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTES. SÚMULA Nº 231/STJ.*

I - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

II - Dentro dos limites legais, uma vez caracterizada a reincidência, a agravante deve ser aplicada.

III - Fere o disposto no art. 61, inciso I, do CP a rejeição de sua incidência sob pretexto de bis in idem, concretamente inócurre (Precedentes).

IV - Não se admite a continuidade delitiva entre os crimes de receptação e roubo majorado, uma vez que, apesar de estarem inseridos no rol dos crimes contra o patrimônio, são de espécies diferentes, o que afasta a aplicação do art. 71, caput, do Código Penal (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso).

V - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n.º 231 - STJ).

Recurso parcialmente provido"

(REsp 732857/RS, 5ª **Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 12/12/2005).

Lado outro, foi trazida fundamentação concreta para elevar a pena-base acima do mínimo legal no que tange aos **maus antecedentes** do agente.

De fato, consoante entendimento sufragado pela jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados, como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base.

Contudo, verifica-se que o paciente ostenta **três** condenações pretéritas com trânsito em julgado. Desse modo, se por um lado uma condenação justifica os maus antecedentes, as outras caracterizam a agravante da reincidência, não havendo **bis in idem** ou infringência ao disposto na Súmula nº 241/STJ, a saber: "*A reincidência penal não pode ser considerada*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

Portanto, conclui-se que não existem argumentos suficientes aptos a justificarem, no caso, a fixação da pena-base no patamar indicado na sentença com base na culpabilidade, motivos do crime e personalidade do agente. Entretanto, a pena ainda deve permanecer um pouco acima do mínimo legal em razão do desfavorecimento de **uma circunstância judicial do art. 59 do CP**, qual seja, os maus **antecedentes** do agente.

Destarte, a nulidade é manifesta, absoluta, e deve ser sanada, a fim de que nova reprimenda seja fixada pelo e. Tribunal **a quo**, levando-se em consideração, **tão-somente, uma** circunstância judicial do art. 59 do CP, qual seja, os maus **antecedentes** do agente.

No que se refere ao pleito de reconhecimento e aplicabilidade da **atenuante da confissão**, a irresignação **não merece prosperar**.

Isso porque, conforme pode ser verificado no acórdão proferido pelo e. Tribunal **a quo**, houve compensação da atenuante da confissão em face da existência da agravante da reincidência em desfavor do paciente, o que fez com que a pena permanecesse inalterada.

Desta forma, muito embora o entendimento desta Corte Suprema seja no sentido de que a agravante da reincidência deve preponderar sobre a atenuante da confissão espontânea, a decisão que, por motivos diversos, compensa uma pela outra, não se encontra revestida de ilegalidade.

Com relação ao **aumento de pena** com fundamento na **qualificadora prevista no inciso II, do §4º, do artigo 155 do Código Penal**, a ordem comporta **concessão**.

Isto porque, conforme pode ser depreendido do v. acórdão atacado, houve o aumento de 1/2 (metade) na pena do paciente em razão da escalada:

"Assim, quanto ao crime de furto, procedo à exclusão do concurso de agentes, partindo da pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, que aumento em 1/2 (metade) em razão da escalada, resultando na pena de 03 (três) anos e 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, que diminuída em 1/6 (um sexto) em razão da tentativa resulta na pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 38 (trinta e oito) dias-multa, a qual torno definitiva ante a inexistência de outras causas a incidirem sobre a reprimenda." (fl. 197).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, uma vez considerado que a circunstância prevista no inciso II, §4º, do artigo 155 do Código Penal, é circunstância qualificadora do crime, resta configurado o constrangimento ilegal face a decisão que a utiliza, além de qualificadora, como causa de aumento da pena.

Quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda, este é de ser **mantido no inicialmente semiaberto**, pois pacífico o entendimento no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a **ausência de reincidência**, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, o que não ocorreu **in casu**.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS, 10 MESES E 20 DIAS). REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA CORPORAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. ORDEM DENEGADA.

1. As circunstâncias do crime, (tráfico de grande porte de substâncias entorpecentes: 11 porções, com massa bruta de 14 g), os motivos da prática delituosa (lucro fácil e sustento do vício), além do fato de ter sido praticado em associação com outros delinquentes, apontaram uma maior reprovabilidade da conduta do agente, suficientemente apta a elevar a reprimenda acima do percentual mínimo previsto em lei.

2. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como tratando-se de réu reincidente específico, não há qualquer ilegalidade ou abuso na fixação de regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, sem prejuízo de ulterior progressão, se for o caso.

3. A possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos reclama o preenchimento dos requisitos subjetivos impostos pelo art. 44, III do CPB, o que não restou observado na espécie, uma vez que o paciente é possuidor de péssima conduta social e personalidade voltada para a delinquência.

4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer do MPF."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 62743/DF, 5ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 08/10/2007).

"HABEAS CORPUS. DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 297, CAPUT, C/C 304 E 29, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. O enunciado 269 da Súmula do STJ estipula que "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

2. Na hipótese, sendo o réu portador de maus antecedentes, verifica-se que não preenche a exigência de todas as circunstâncias judiciais favoráveis para que o regime de cumprimento de pena seja o semi-aberto.

3. Portanto, não há falar em constrangimento ilegal na decisão que fixa o regime inicial fechado, baseando-se, entre outros, no fato de estar o paciente "sempre ligado com práticas criminosas violentas", fato já considerado, como maus antecedentes, para estipular a pena-base acima do mínimo legal.

4. Ordem denegada."

(HC 70250/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 06/08/2007).

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem, a fim de reconhecer a atipicidade da conduta prevista no artigo 307 do Código Penal, relativamente à falsidade ideológica imputada ao paciente. Ainda, concedo a ordem a fim de determinar que, diante da nulidade da fundamentação da pena-base, o e. Tribunal **a quo** realize nova dosimetria da pena considerando a existência apenas de **uma circunstância judicial desfavorável**, qual seja, os **antecedentes**, bem como para que deixe de aplicar a qualificadora do crime de furto como causa de aumento da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0076441-1

HC 134664 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1070488500 20080202354

EM MESA

JULGADO: 17/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ANTÔNIO BERNARDES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : JHONNY ESTÁCIO DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília, 17 de novembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário