



RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DANNIEL FRANCISCO DE ALMEIDA FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : FRANCISCO PEDRO BARRETO FREITAS (PRESO)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II E V, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA PRECARIEDADE E VAGUEZA DAS CONTRARRAZÕES APRESENTADAS AO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. APONTADA DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Nos termos do enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *"no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"*.

2. O caso dos autos não pode ser enquadrado como hipótese de falta de defesa, pois, consoante as várias peças processuais acostadas ao *mandamus*, o paciente viu-se assistido por causídico por ele contratado durante todo o curso do processo.

3. Ao contrário do que alegado na impetração, não se verifica qualquer vagueza ou precariedade no conteúdo das contrarrazões apresentadas, já que o advogado do paciente concentrou-se em atacar o principal argumento lançado pelo Ministério Público em seu recurso de apelação, qual seja, o de que os acusados teriam mantido contato telefônico entre si antes, durante e depois do evento criminoso, destacando, ainda, que o órgão ministerial pretendia se valer de interrogatório extrajudicial prestado por um dos corréus para obter a condenação.

4. Ademais, constata-se que o impetrante quedou-se em demonstrar qual teria sido o prejuízo resultante do teor da contrariedade ao recurso ministerial apresentado, cingindo-se a afirmar, num juízo de mera especulação, que a posterior condenação do paciente teria decorrido da insuficiência das contrarrazões ofertadas, razão pela qual é inviável o reconhecimento da nulidade apontada.

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.
CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. MAIOR
REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTOS
CONCRETOS E IDÔNEOS. AÇÕES PENAIS EM QUE O
PACIENTE RESTOU ABSOLVIDO COM TRÂNSITO EM
JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA
DOSIMETRIA COMO PERSONALIDADE CRIMINOSA.
IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DO
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Não há falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena decorrente da culpabilidade acentuada do agente, porquanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base sob esse argumento.

2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração como personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE.

1. Verificada a inexistência de qualquer condenação anterior caracterizadora da agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, afasta-se do cálculo da reprimenda a referida circunstância legal.

DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 5/12 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso autorizem.

2. Há constrangimento ilegal quando a pena é aumentada em metade apenas diante da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Súmula 443 deste Sodalício).

REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM FUNDAMENTO APENAS NA REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE NÃO CARACTERIZADA. PENA INFERIOR A OITO ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO QUE SE MOSTRA DEVIDO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Considerando que o regime de cumprimento de pena inicialmente fechado foi imposto ao paciente tendo em conta, unicamente, o fato de o Tribunal de origem tê-lo considerado reincidente, e que tal circunstância agravante foi expressamente afastada diante da inexistência de qualquer condenação anterior transitada em julgado, cumpre modificar o regime de resgate da sanção para o semiaberto, considerando as regras previstas no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

2. Concessão parcial da ordem apenas para excluir o aumento decorrente da incidência da circunstância agravante da reincidência, concedendo-se, ainda, *habeas corpus* de ofício para redimensionar a pena-base, alterar o patamar de aumento da sanção na terceira fase da dosimetria, e modificar o regime de cumprimento da sanção, ficando a reprimenda definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir parcialmente o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de novembro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 129.775 - CE (2009/0034114-0)

IMPETRANTE : DANNIEL FRANCISCO DE ALMEIDA FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : FRANCISCO PEDRO BARRETO FREITAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FRANCISCO PEDRO BARRETO FREITAS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (Apelação Criminal n. 2002.0000.9321-9).

Noticiam os autos que o paciente, juntamente com mais três corréus, foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 159, § 1º, do Código Penal (extorsão mediante sequestro qualificada), pois acusado de ter participado de assalto à uma agência do Banco do Brasil localizada na cidade de Morada Nova/CE, para o qual sequestraram o gerente da referida agência.

Após regular instrução, o paciente foi absolvido pelo magistrado de primeira instância, com fundamento do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação criminal para o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ao qual foi dado provimento para condenar o paciente à pena de 7 (sete) anos de reclusão, imposta pela prática da conduta prevista no artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal (roubo qualificado).

Sustenta o impetrante que o constrangimento ilegal suportado pelo paciente reside na ausência de defesa técnica por ocasião do oferecimento das contrarrazões de apelação, já que o causídico então constituído cingiu-se a defender os interesses do paciente em apenas duas laudas, em ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Alega, também, que as ações penais em curso não são hábeis para caracterizar a reincidência, razão pela qual deve a pena aplicada ao paciente ser redimensionada, excluindo-se tal agravante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pretende a anulação da ação penal a partir das contrarrazões do recurso de apelação, ou, alternativamente, o redimensionamento da pena aplicada ao paciente, com a exclusão da agravante da reincidência.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 54/55.

Prestadas as informações (fls. 62/137 e 145/179), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 139/143, manifestou-se pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 129.775 - CE (2009/0034114-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Conforme relatado, com este *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a anulação da ação penal instaurada contra o paciente a partir do oferecimento de contrarrazões à apelação ou, caso tal pleito não seja atendido, a exclusão da agravante da reincidência na pena aplicada.

Inicialmente, quanto à alegada deficiência de defesa que implicaria a nulidade do feito, melhor sorte não assiste ao impetrante.

De acordo com a inicial do *writ*, não teria havido a necessária defesa do paciente, porquanto as contrarrazões ofertadas ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público seriam precárias e vagas, não contendo a necessária análise aprofundada dos autos, o que teria acarretado a reforma da decisão absolutória, com a condenação do acusado, motivo pelo qual seria aplicável à espécie o enunciado constante da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.

Ora, o caso dos autos não pode ser enquadrado como hipótese de falta de defesa, pois, consoante as várias peças processuais acostadas ao *mandamus*, o paciente viu-se assistido por causídico por ele contratado durante toda a instrução criminal.

Observa-se que foi elaborado pedido de revogação da prisão preventiva (fls. 73/76), o patrono esteve presente no interrogatório do paciente (fls. 78/79) e nas audiências de inquirição das testemunhas (fls. 81/86), tendo sido ofertadas, ainda, as pertinentes alegações finais (fls. 93/97).

No que diz respeito ao conteúdo das contrarrazões apresentadas, ao contrário do que alegado na impetração, não se verifica qualquer vagueza ou precariedade, já que o advogado do paciente concentrou-se em atacar o principal argumento lançado pelo Ministério Público em seu recurso, qual seja, o de que os acusados teriam mantido contato telefônico entre si antes, durante e depois do evento criminoso, destacando, ainda, que o órgão ministerial pretendia se valer de interrogatório extrajudicial prestado por um dos corréus para obter a condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa ordem de ideias, há que se destacar o que contido no enunciado 563 da Suprema Corte, pelo qual *"no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu"*.

Acerca da nulidade por falta de defesa, é essa a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"Nessa linha - nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova do prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência - é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autodefesa.

Assim, inúmeros julgados, sem indagar a respeito do prejuízo, reconhecem a nulidade absoluta em casos como: inépcia da denúncia ou queixa (STJ, HC 66.195-RJ, j. 26.08.2008); ausência ou irregularidade de citação, não sanadas pelo comparecimento do réu (TACrimSP, JTACrim 28/31, 44/75, 52/272 e 65/349; RT 489/380, STJ, HC 91.210-PR, j. 21.02.2008); colidência de defesas (RT 217/78, 302/447 e 357/375; RTJ 32/49 e 42/804, STF, HC 91.946-4-RJ, j. 11.12.2007); falta ou inépcia de alegações finais (RT 511/230; JTACrim 71/295); falta ou inépcia das razões de recurso (TACrimSP, Ap. 264491, in O processo constitucional em marcha).

(...)

Nesses casos, afetado que fica o direito de defesa como um todo, o vício acarreta a nulidade absoluta (art. 564, III, a, c, e, g, I, o, do CPP).

Em outros casos, porém, nos termos da Súmula 523 do STF, depende a nulidade da comprovação do prejuízo: assim ocorre com a falta ou inépcia das razões de recurso, a falta de prova do álibi referido pelo acusado, a ausência do curador (ver O processo constitucional em marcha, Acórdãos 59 e 68: TACrimSP, Ap. 264.491, Ap. 266.023, Ap. 318.713, Ap. 299.561, Ap. 315.087, Ap. 348.153-1, Ap. 342.389, Ap. 347.993-6, Ap. 271834 e Ap. 83.404).

(...)

É que, nesses casos, o vício ou inexistência de ato defensivo pode não levar, como consequência necessária, à vulneração do direito de defesa, em sua inteireza, dependendo a declaração de nulidade da demonstração do prejuízo à atividade defensiva como um todo." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunais, 2009, p. 74/75).

Pois bem. Na hipótese vertente, constata-se que o impetrante quedou-se em demonstrar qual teria sido o prejuízo resultante do teor da contrariedade ao recurso apresentado, cingindo-se a afirmar, num juízo de mera especulação, que a posterior condenação do paciente teria decorrido da insuficiência das contrarrazões ofertadas.

Desse modo, ausente a comprovação do prejuízo suportado pelo paciente em razão da conduta do advogado que exercia a sua defesa em juízo, é inviável o reconhecimento da nulidade apontada, consoante a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça, *verbis*:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO, FURTO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE ABSOLUTA. INOCORRÊNCIA. DEFENSOR QUE ATUA DE MANEIRA DILIGENTE, APRESENTANDO DEFESA PRÉVIA, OFERECENDO ALEGAÇÕES FINAIS E INTERPONDO APELAÇÃO.

1. Segundo a Súmula 523 do STF, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

2. No caso, não se pode acolher a alegação de ausência de defesa quando os patronos atuaram de forma diligente em todas as fases do processo, apresentando defesa prévia, oferecendo alegações finais, nas qual pleiteava a impronúncia (mesmo se tratando de réu confesso) e interpondo tempestivamente recurso de apelação.

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 18.756/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 03/11/2009)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, CAPUT, E ART. 155, § 4º, INCISO IV, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE. DESPACHO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL, AO ARGUMENTO DE EVENTUAL COLIDÊNCIA DE DEFESAS. NULIDADE RELATIVA. RÉUS DEFENDIDOS PELO MESMO ADVOGADO. DEFICIÊNCIA DE DEFESA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 523/STF.

(...)

III - A teor do disposto na Súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." IV

- Inocorrentes, na espécie, as hipóteses delineadas no enunciado editado pelo Pretório Excelso. Os pacientes, durante todo o feito, estiveram assistidos por advogado por eles nomeado, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compareceu ao seus interrogatórios, apresentou defesa prévia, acompanhou o desenrolar de toda a instrução probatória e, por fim, apresentou as alegações finais.

V - Revela-se apta a peça atinente às alegações finais que apresenta tese defensiva coerente com as provas produzidas nos autos - no caso, ausência de provas - que contrariou devidamente a acusação e, ao final, pugnou pela absolvição dos réus.

VI - Ademais, a ocorrência de condenação não demonstra, por si, a relação causal exigida no verbete da Súmula nº 523/STF.

VII - Qualquer entendimento contrário, no sentido de se verificar a relação causal entre a atuação da defesa e a condenação, demandaria, necessariamente, no caso concreto, aprofundado exame do material cognitivo, o que se mostra inviável nesta estreita via.

Ordem denegada.

(HC 106.253/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJe 09/03/2009)

No mesmo sentido são os julgados do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Habeas corpus. Processual penal. Improcedência da alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo. Prejuízo não demonstrado pelos impetrantes. Incidência da Súmula nº 523 do STF. Precedentes da Corte. 1. A alegação de deficiência técnica da defesa prévia apresentada pelo defensor dativo não encontra respaldo nos autos, uma vez que os impetrantes não lograram demonstrar eventual prejuízo causado ao paciente de modo a justificar a concessão da ordem. 2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a nulidade por deficiência na defesa do réu só deverá ser declarada se comprovado o efetivo prejuízo. Esse entendimento está, ainda, preconizado na Súmula nº 523/STF, que assim dispõe: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". 3. Habeas corpus denegado.

(HC 97413, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 24/11/2009, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-05 PP-00723 RT v. 99, n. 894, 2010, p. 479-483)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRIPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. TESES COLIDENTES. INEXISTÊNCIA. (...)ORDEN DENEGADA. 1. A Defensora Pública desempenhou com desenvoltura a defesa técnica do acusado, sustentando a tese de negativa de autoria (mesma linha adotada na autodefesa do réu). O pedido alternativo de reconhecimento da carência de provas para a condenação se deu em perfeita sintonia com os elementos empíricos do feito. A demonstrar muito mais o zelo profissional da Defensora em juízo do que propriamente uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atuação prejudicial aos direitos assegurados ao réu. Nem prejuízo nem falta de defesa foram demonstrados, a atrair a Súmula 523 do STF. (...) 4. Habeas corpus indeferido.

(HC 89467, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 08/04/2008, DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008 EMENT VOL-02330-02 PP-00371 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 371-380)

Por outro lado, no que diz respeito à ilegalidade na aplicação da sanção penal, razão assiste ao impetrante.

Em primeiro lugar, vale destacar que o pleito deduzido no *mandamus* restringe-se ao afastamento da agravante da reincidência.

No entanto, diante do patente constrangimento ilegal na fixação da pena procedida pelo Tribunal de origem, examina-se de ofício todo o cálculo da reprimenda.

Ao prolatar o édito condenatório, o Tribunal de origem procedeu à dosimetria nos seguintes termos:

"Devidamente caracterizada a participação dos apelados no delito de roubo qualificado aqui focalizado, passa-se à aplicação da pena, observados os critérios constantes do art. 59 do CP.

Levando-se em conta a intensidade do dolo, posto que se prepararam, antecipadamente, para a prática delituosa, estudando cada detalhe da ação criminosa, atuando com minúcias, fatos comprovados pela busca de informações sobre a vida do gerente do banco, de sua família, de seus funcionários, bem como a personalidade criminosa dos agentes, uma vez que respondem a processos criminais, há de estabelecer, no intervalo de quatro a dez anos, a pena-base em cinco anos de reclusão. Ante a reincidência, agrava-se a pena imposta a Francisco Pedro em seis meses (CP, 61, I). Não existindo causas de diminuição, mas de aumento, posto que os réus praticaram o ato ilícito nas circunstâncias previstas nos incisos I, II e V, do § 2º, do art. 157 do Código Penal, as reprimendas devem ser majoradas. Assim, sendo cinco os incisos referentes ao aumento de pena, e sendo infringidos três deles, deve a pena-base ser aumentada, proporcionalmente, em três décimos, correspondendo a um ano e seis meses. Portanto, o réu Ednaldo Dantas Brandão há de ser apenado em seis anos e seis meses de reclusão e Francisco Pedro Barreto de Freitas, em sete anos. Considerando as diretrizes do art. 33, caput, e sua alínea b, do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fica estabelecido que o primeiro apelado cumprirá a pena imposta em regime semi-aberto, enquanto que o outro - Francisco Pedro Barreto de Freitas - em regime inicialmente fechado, por ser reincidente." (fl. 132).

Da análise do trecho acima transcrito, verifica-se que a Corte impetrada, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, elevou a pena-base do paciente considerando a intensidade do seu dolo, pois teria se preparado antecipadamente para a prática do crime, bem como o fato de que possuiria personalidade criminosa, já que responderia a outros processos penais.

Segundo a doutrina, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu."* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

Certo é que os atos preparatórios não são puníveis no direito penal, mas a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável do agente, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base sob esse argumento.

Veja-se, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (15 ANOS DE RECLUSÃO). POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. *Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente, como sua intensa culpabilidade, as circunstâncias do crime, representadas pela forte premeditação para a prática criminosa e pela elevada quantidade de disparos efetuados (6, ao todo), bem como sua personalidade deturpada ou conduta social reprovável, uma vez que ficou foragido por 16 anos e não se interessou pelo paradeiro de sua família, o que demonstra uma censurável inversão de valores. Precedentes do STJ.*

2. *Ordem denegada, em conformidade com o parecer do MPF.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 87028/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 296)

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. MAGISTRADO. (...) PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE.

(...)

3. A exasperação na fixação da pena-base, mantida pelo Tribunal, foi fundamentada pelo Juízo sentenciante nas circunstâncias de ter sido o crime premeditado, pelo que não há se falar em nulidade por falta de fundamentação. Circunstâncias judiciais reconhecidamente desfavoráveis. Periculosidade do agente aferida no caso concreto.

Observância do art. 59 do CP.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa parte, denegada.

(HC 71.221/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 09/02/2009)

No caso, constata-se que, indubitavelmente, houve premeditação para a prática criminosa, tendo em vista que o paciente, juntamente com os corréus, "se prepararam, antecipadamente, para a prática delituosa, atuando com minúcias, fatos comprovados pela busca de informações sobre a vida do gerente do banco, de sua família, de seus funcionários" (fl. 132), o que, por óbvio, demonstra maior reprovabilidade na conduta do agente, a ensejar o aumento procedido na primeira etapa na dosimetria da pena.

Ao prosseguir na análise das circunstâncias judiciais, o magistrado sentenciante afirmou que o paciente teria personalidade criminosa, porquanto responderia a outros processos criminais (fl. 132).

Não obstante, observa-se que o que motivou as instâncias ordinárias a exasperar a sanção-base do paciente foi o fato de ele responder a outros processos criminais, nos quais, pela certidão de antecedentes ora juntada aos autos, restou absolvido (fl. 137).

Consoante a pacífica jurisprudência deste Sodalício e do Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações anteriores ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

(...)

III - Inquéritos e ações penais em andamento, por si, não podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base ou, conseqüentemente, para a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

(...)

Ordem parcialmente concedida.

(HC 161.678/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010)

HABEAS CORPUS. FURTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA RECALCULAR A PENA.

(...)

2. Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

(...)

5. Ordem concedida para, de ofício, redimensionar a pena imposta do ora Paciente, nos termos do voto, e, acolhendo o pedido deduzido na impetração, substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 111.204/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 13/09/2010)

Tal entendimento restou consolidado no verbete 444 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, pela qual "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

No caso dos autos, a ilegalidade, quanto ao ponto, mostra-se ainda mais evidente, uma vez que o paciente foi absolvido nas ações penais contra si instauradas, tendo todas elas transitado em julgado (fl. 157).

Assim, verificado que o decreto condenatório carece em parte de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a existência de 01 (uma) circunstância judicial desfavorável, merece ser reformado nesse ponto, para fixar a pena-base do paciente em 04 (quatro) anos e 06



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(seis) meses de reclusão.

A segunda etapa de aplicação da pena também merece reparos, pois ao contrário do que consignado no acórdão recorrido, o paciente não é reincidente, uma vez que pela certidão de antecedentes criminais acostadas aos autos (fl. 157), ele não possui qualquer condenação anterior em processo criminal transitado em julgado, não se podendo falar, portanto, em aumento nesta fase.

Na terceira fase da dosimetria, a Corte *a quo* majorou a reprimenda em face da incidência de três causas de aumento considerando que "*sendo cinco os incisos referentes ao aumento de pena, e sendo infringidos três deles, deve a pena-base ser aumentada proporcionalmente, em três décimos, correspondendo a um ano e seis meses*" (fl. 132).

Constata-se, assim, que a pena do paciente foi aumentada apenas considerando-se a quantidade de majorantes imputada ao sentenciado e, assim decidindo, as instâncias ordinárias foram contra o enunciado constante da Súmula 443 desta Corte Superior, pela qual "*o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.*"

Desse modo, deve-se reduzir o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), restando a reprimenda do paciente definitiva em 06 (seis) anos de reclusão.

Por fim, considerando que o regime de cumprimento de pena inicialmente fechado foi imposto ao paciente tendo em conta, unicamente, o fato de o Tribunal de origem tê-lo considerado reincidente, e que tal circunstância agravante foi expressamente afastada diante da inexistência de qualquer condenação anterior transitada em julgado, cumpre modificar o regime de resgate da sanção para o semiaberto, considerando as regras previstas no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **concede-se parcialmente** a ordem para excluir o aumento decorrente da incidência da circunstância agravante da reincidência, concedendo-se, ainda, *habeas corpus* de ofício para redimensionar a pena-base, alterar o patamar de aumento da sanção na terceira fase da dosimetria, e modificar o regime de cumprimento da sanção, ficando a reprimenda definitiva em 06 (seis) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0034114-0

HC 129.775 / CE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 102499 1999020006150 2002000093219

EM MESA

JULGADO: 09/11/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANNIEL FRANCISCO DE ALMEIDA FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE : FRANCISCO PEDRO BARRETO FREITAS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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, deferiu parcialmente o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de novembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário