



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 211.383 - SP (2011/0149858-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : JORGE MIGUEL NADER NETO
ADVOGADO : JORGE MIGUEL NADER NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ CIVIS BARBOSA FERREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. CRIME DE RESPONSABILIDADE COMETIDO POR PREFEITO MUNICIPAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPEAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

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

PENA. APLICAÇÃO DE AGRAVANTES. AVENTADA ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE ESTADUAL NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSA PARTE.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da questão referente à suposta ilegalidade na aplicação das agravantes descritas no art. 61, inciso II, *g*, e no art. 62, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que essa matéria não foi analisada expressamente pelo Tribunal impetrado, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

REGIME DE EXECUÇÃO. MODO SEMIABERTO. PRETENDIDA ALTERAÇÃO PARA O ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTE STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado, e a exegese da Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida a ordem para reduzir ao mínimo legal a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como para estabelecer o regime aberto como modo inicial de cumprimento da sanção aplicada.

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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 21 de junho de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 211.383 - SP (2011/0149858-0)

IMPETRANTE : JORGE MIGUEL NADER NETO
ADVOGADO : JORGE MIGUEL NADER NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ CIVIS BARBOSA FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSÉ CIVIS BARBOSA FERREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento à Apelação n.º 010562573/0-0000-000, interposta pela defesa, mantendo a sentença que condenou o paciente à sanção de 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática da infração penal capitulada no art. 1º, inciso I, do Decreto Lei nº 210/67, c/c art. 61, inciso II, g, art. 62, inciso I e art. 29, todos do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de que a pena-base teria sido fixada acima do mínimo legal com base em processos ainda em curso, malferindo, assim, o enunciado sumular n.º 444 desta Corte Superior de Justiça.

Alega que a agravante prevista no art. 61, inciso II, do CP, não deve ser aplicada ao caso dos autos, pois seria próprio do tipo penal o fato do réu ser funcionário público. Quanto à agravante descrita no art. 62, inciso I, do mesmo *codex*, entende que não resta provado nos autos que o paciente seria o mentor do delito.

Argumenta que, com a redução da reprimenda básica, o paciente faria jus ao regime inicial aberto, ressaltando que entendimento contrário violaria o princípio da individualização da pena.

Requeru, liminarmente, que o sentenciado aguardasse o julgamento deste *writ* em liberdade. No mérito, pugna pela redução da pena-base ao mínimo legal, bem como pela fixação do regime menos gravoso para início de cumprimento da reprimenda.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, por consequência, fixar o regime inicial aberto para o início do resgate da reprimenda reclusiva.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 211.383 - SP (2011/0149858-0)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): No caso em análise, verifica-se que o paciente, então Prefeito do Município de Miguelópolis/SP, foi condenado à reprimenda 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, tendo sido decretada, ainda, a sua inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, eletiva ou de nomeação, pelo prazo de 5 (cinco) anos, em razão da prática da infração penal capitulada no art. 1º, inciso I, do Decreto Lei nº 210/67, c/c art. 61, inciso II, g, art. 62, inciso I e art. 29, todos do Código Penal, porque, segundo consta da denúncia, em 1º-6-2003 foi emitido pela Prefeitura Municipal um cheque no valor de R\$ 6.234,32 (seis mil duzentos e trinta e quatro reais e trinta e dois centavos), "*nominal à empresa **N. H. Garofo Rodrigues e Cia.**, para suposto pagamento do empenho nº 03960*", no entanto "*esse cheque foi endossado pela denunciada **Karla Barbosa Silva Rodrigues**, representante da mencionada empresa e, posteriormente, depositado na conta nº 01-005403-09, [...], cujo titular é o ora denunciado*" (fls. 18).

Consta ainda dos autos que:

[...] No presente caso, o cheque emitido nominalmente à empresa da denunciada, para pagamento de suposta dívida da Municipalidade, foi por esta endossado e, posteriormente, depositado na conta bancária particular do denunciado. Assim, houve o desvio e a apropriação de recursos públicos por parte do ex-prefeito, sendo que o papel desempenhado pela denunciada foi de fundamental importância para o desfecho da conduta delituosa.

*2. Segundo apurado, ainda, nas circunstâncias narradas, **JOSÉ CIVIS BARBOSA FERREIRA**, vulgo "**Zé Ferreira**", **promoveu e organizou a cooperação no crime e dirigiu as atividades dos demais agentes.***

*2.1. Segundo apurado, pelas circunstâncias, documentos e depoimentos trazidos aos autos, restou comprovado que o denunciado, planejou a execução da atividade criminosa, dirigindo e coordenando as atividades da segunda denunciada, que agiu conforme as orientações criminosas de **José Civis Barbosa Ferreira**.*

*3. Consta, também, que **JOSÉ CIVIS BARBOSA MOREIRA** cometeu o crime com **abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo.** (fls. 19-20)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange à suposta ilegalidade ocorrida na primeira fase da dosimetria, necessário, para melhor análise da questão, destacar o seguinte trecho de sentença condenatória, *in verbis*:

As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não são tão favoráveis ao denunciado, conforme se depreende das certidões de fls. 652/668, razão pela qual fixo a pena base acima do mínimo legal, majorando-as em 1/6, perfazendo um total de DOIS (02) ANOS DE RECLUSÃO e QUATRO (04) MESES DE RECLUSÃO. (fls. 54)

A Corte impetrada, por sua vez, manteve inalterada a reprimenda irrogada ao paciente, considerando apenas que esta foi "*bem fixada pela r. sentença*" (fls. 29).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

No caso, da leitura do trecho impugnado da sentença condenatória, verifica-se que o magistrado singular, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavoráveis ao paciente **apenas seus antecedentes criminais**.

Em relação aos antecedentes, considerados desfavoráveis ao condenado, observa-se que motivou o magistrado singular a exasperar a sua sanção-base foi a existência de vários inquéritos e ações penais em andamento, sem a certificação do trânsito em julgado ao tempo da condenação *sub examine* (Folha de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes criminais e Certidões de antecedentes criminais - fls. 60-76).

Dessa forma, constata-se o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, eis que, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Colendo STF, inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações 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.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. CONDENÇÃO NÃO-TRANSITADA EM JULGADO. ÓBICE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo" (HC 100.848/MS).

[...]

3. Ordem concedida para determinar a remessa dos autos ao Juízo da Execução, o qual deverá aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço), observado o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão." (HC n.º 134.704/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-9-2009, DJe 19-10-2009)

Aliás, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Assim, justamente porque verificado que o decreto condenatório carece de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a inexistência de qualquer circunstância judicial desfavorável, merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção-base do paciente no mínimo legalmente previsto, qual seja, em 2 (dois) anos de reclusão.

Em relação à suposta ilegalidade na aplicação das agravantes descritas no art. 61, inciso II, *g*, bem como no art. 62, inciso I, ambas do Código Penal, verifica-se que essas questões não foram analisadas expressamente pelo Tribunal de origem na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocasião do julgamento da apelação, até porque, conforme depreende-se da leitura do relatório constante do acórdão impetrado, tal tese sequer foi levantada nas razões do recurso, o que impede a sua apreciação diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Nesse sentido, o seguinte julgado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRONÚNCIA. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA 21/STJ. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A matéria que não foi objeto de análise pela instância ordinária, não pode ser conhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena

de supressão de instância.

[...]

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC n.º 95.634/PB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 17-11-2009, DJe 7-12-2009)

Aliás, destaque-se que, segundo precedente da Sexta Turma deste Sodalício: *"Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição"* (HC n.º 154.333/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 16-9-2010, DJe 4-10-2010).

Desta forma, prosseguindo-se na segunda fase dosimetria, eleva-se a reprimenda em 1/6 pela agravante prevista no art. 61, inciso II, g, do Código Penal perfazendo-se o total de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e, na sequência, aumenta-se novamente em 1/6 (um sexto) a sanção, conforme procedido pelas instâncias ordinárias, ante a incidência da agravadora descrita pelo art. 62, inciso I, também do Estatuto Repressor, restando a reprimenda definitiva em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Finalmente, quanto ao suposto constrangimento ilegal decorrente da fixação do regime inicial semiaberto ao paciente, melhor sorte socorre o impetrante, isto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porque, da leitura da sentença condenatória proferida, infere-se que, em razão dos maus antecedentes do agente, o togado singular estipulou a pena-base acima do mínimo e aplicou o modo intermediário para o início da execução da reprimenda, *"atendendo-se a previsão do artigo 33, § 3º, do Código Penal"* (fls. 55).

Assim, constata-se que o único motivo que levou o sentenciante a fixar o regime inicial semiaberto foi a sustentada existência de maus antecedentes em desfavor do condenado, argumento que, conforme visto anteriormente, restou afastado por esta Corte Superior, nos termos do seu enunciado sumular nº 444, tendo sido reconhecida a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tanto que a pena-base findou fixada no mínimo legal.

E, inexistindo circunstância judicial desfavorável, não se justifica a fixação de regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto, em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º, e alíneas, e 3º, do Código Penal, salientando-se que, nos termos da recente Súmula n. 440, desta Corte: *"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."*

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada na Suprema Corte, nos enunciados 718 e 719, a saber:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Dessa forma, mostra-se razoável o estabelecimento do regime inicial aberto para o resgate da reprimenda imposta ao paciente, já que restou condenado definitivamente à pena inferior a 4 (quatro) anos, e, tendo sido afastado o reconhecimento da existência de maus antecedentes em seu desfavor, a pena-base findou fixada no mínimo legal, ante a conclusão pela favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais.

Diante do exposto, conhece-se parcialmente do *habeas corpus*, e, nessa extensão, concede-se a ordem, para reduzir ao mínimo legal a pena-base do paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tornando a sua reprimenda definitiva em 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, bem como para estabelecer o regime aberto como modo inicial de cumprimento da sanção aplicada.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0149858-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 211.383 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10562573 1722004

EM MESA

JULGADO: 21/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

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 : JORGE MIGUEL NADER NETO
ADVOGADO : JORGE MIGUEL NADER NETO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ CIVIS BARBOSA FERREIRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Responsabilidade

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.