



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.890 - RS (2010/0154834-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : LUIZ ALFREDO SCHÜTZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JESSE BRIÃO PINTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. CONFISSÃO DO RÉU, DEPOIMENTO DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL NA PRIMEIRA FASE. PREJUDICIALIDADE NO RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DESTA CORTE. CRIME COMETIDO EM PERÍODO DE REPOUSO NOTURNO. CAUSA DE AUMENTO. ORDEM CONHECIDA E PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O exame de corpo de delito é indispensável para comprovar a materialidade do crime, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos. Precedentes.

2. A existência de condenação transitada em julgado por fatos posteriores ao delito objeto da ação penal não servem para caracterizar a reincidência.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, não incide a atenuante da menoridade, uma vez que, na esteira da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, cristalizada na Súmula n.º 231, *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantendo a condenação, alterar a dosimetria da pena, restando a pena, por conseguinte, fixada em 1 ano e 4 meses de reclusão em regime aberto e 13 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.890 - RS (2010/0154834-7)

IMPETRANTE : LUIZ ALFREDO SCHÜTZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JESSE BRIÃO PINTO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JESSE BRIÃO PINTO, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, dando provimento à apelação do Ministério Público, reformou a sentença absolutória para o condenar o Paciente à pena de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal.

Alega o Impetrante, em síntese, que a qualificadora da escalada não poderia ter sido reconhecida, uma vez que não houve a realização de perícia. Sustenta, ainda, a existência de ilegalidade na dosimetria da pena, por não ter sido aplicada a atenuante da menoridade e, também, porque a fixação do regime semiaberto teria se fundado na existência de anterior condenação por furto, embora seja a prática deste último data posterior à do delito cuja penalidade é ora questionada.

A liminar foi indeferida às fls. 85/86, dispensando-se as informações, por estarem devidamente instruídos os autos.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, em parecer de fls. 94/97, ementado nos seguintes termos, *in verbis*:

"HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORA. ESCALADA. EXAME DE CORPO DE DELITO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PERÍCIA. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. APLICAÇÃO. PACIENTE MENOR DE 21 ANOS NA DATA DO FATO DELITUOSO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ANTECEDENTES CRIMINAIS.

PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM." (fl. 94)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 182.890 - RS (2010/0154834-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. CONFISSÃO DO RÉU, DEPOIMENTO DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL NA PRIMEIRA FASE. PREJUDICIALIDADE NO RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DESTA CORTE. CRIME COMETIDO EM PERÍODO DE REPOUSO NOTURNO. CAUSA DE AUMENTO. ORDEM CONHECIDA E PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O exame de corpo de delito é indispensável para comprovar a materialidade do crime, sendo que sua realização de forma indireta somente é possível quando os vestígios tiverem desaparecido por completo ou o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos. Precedentes.

2. A existência de condenação transitada em julgado por fatos posteriores ao delito objeto da ação penal não servem para caracterizar a reincidência.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, não incide a atenuante da menoridade, uma vez que, na esteira da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, cristalizada na Súmula n.º 231, *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantendo a condenação, alterar a dosimetria da pena, restando a pena, por conseguinte, fixada em 1 ano e 4 meses de reclusão em regime aberto e 13 dias-multa.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A sentença de 1.^a grau absolveu o Paciente com base no princípio da insignificância, por considerar ínfimo dos bens furtados (R\$ 412,00), julgando improcedente a denúncia em face da prática do crime previsto no art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal local reformou a sentença para condenar o Paciente nos termos do art. 155, § 4.º, do Código Penal, impondo a pena de 02 anos e 03 meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, em regime semi-aberto.

O acórdão recorrido encontra-se fundamentado nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]

*Nesse passo, impositiva a condenação do réu, nas sanções do art. 155, § 4º, inciso II, do CP. Na análise das circunstâncias judiciais, deve ser considerado que o delito foi cometido à noite, e que há uma sentença condenatória, transitada em julgado, condenando-o à pena de 02 (dois) anos, pela prática de furto qualificado. Assim, a pena-base deve ser fixada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses, e reduzida de 03 (três) meses, em razão da atenuante da confissão espontânea, **restando definitiva em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão**. A multa vai fixada em 20 (vinte) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, e o regime de cumprimento de pena deve ser o semi-aberto, haja vista a existência de condenação anterior, o que também obstaculiza a substituição por penas restritivas de direitos.*

Por tais fundamentos, voto pelo provimento da apelação do Ministério Público, para condenar o réu Jessé Brião Pinto, nas sanções do art. 155, § 4º, inciso II, do CP, à pena definitiva de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão.

[...]." (fl. 74; grifos no original.)

Nos autos da apelação criminal n.º 70036211100/2010, a Corte de origem reformou a sentença condenatória, consignando, quanto à fixação da pena-base, que o crime fora cometido à noite e que ora Paciente possui outra condenação pelo delito de furto.

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Na hipótese dos autos, contudo, a ordem comporta concessão.

Ora, como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

E, nesse particular, cumpre asseverar que é indispensável o exame de corpo de delito para comprovar a materialidade do crime. O laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal tão somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos.

Confira-se o disposto pelo art. 158 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

"Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

No caso dos autos, consoante o parecer do Ministério Público Federal, as instâncias ordinárias não mencionaram a respeito da ausência de vestígios ou da impossibilidade de realização da perícia.

Portanto, se era possível a realização da perícia de local, a prova testemunhal, o depoimento da vítima ou a confissão do acusado - essa por expressa determinação legal (art. 158 do Código de Processo Penal) - não se prestam a suprir o exame de corpo de delito.

Em relação à indispensabilidade do exame de corpo de delito no crime de furto qualificado pela escalada, confirmam-se as considerações de Guilherme de Souza Nucci, *in verbis*:

"59. Furto qualificado: refere-se a lei especificamente ao furto qualificado, nada impedindo que outra figura típica qualquer, prevendo a mesma situação, possa valer-se do disposto neste artigo do Código de Processo Penal. É imperioso que, existindo rompimento ou destruição de obstáculo, possam os peritos atestar tal fato, pois facilmente perceptíveis. O mesmo se diga do furto cometido mediante escalada, ainda que, nesta hipótese, os rastros do crime possam ter desaparecido ou nem ter existido. Tal ocorrência não afasta, em nosso entender, a realização da perícia, pois o lugar continua sendo propício para a verificação. Ex.: caso o agente ingresse em uma casa pelo telhado, retirando cuidadosamente as telhas, recolocando-as depois do crime; pode ser que a perícia não encontre os vestígios da remoção, mas certamente conseguirá demonstrar que o local por onde ingressou o ladrão é alto e comporta a qualificadora da escalada. Sabe-se, por certo, que tal não se dá quando o agente salta um muro baixo, sem qualquer significância para impedir-lhe a entrada, algo que a perícia tem condições de observar e atestar. Por isso, as testemunhas somente podem ser aceitas para suprir a prova pericial, no caso da escalada, quando for para indicar o percurso utilizado pelo agente para ingressar na residência, mas não para concluir que o lugar é, de fato, sujeito à escalada, salvo se a casa tiver sido, por alguma razão, demolida. **Em síntese, pois, o exame pericial é indispensável nesses dois casos (destruição ou rompimento de obstáculo e escalada), podendo ser suprido pela prova testemunhal somente quando os vestígios tiverem desaparecido por completo e o lugar se tenha tomado impróprio para a constatação dos peritos.**" (Código de Processo Penal Comentado, Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006, pág. 388.)

Sobre o assunto, calha trazer à colação, ainda, a lição apresentada por Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha, que acrescenta a necessidade do laudo pericial também para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se averiguar a ocorrência, ou não, de esforço fora do comum utilizado pelo agente na escalada:

"Para o reconhecimento da qualificadora exige-se, ainda, que a escalada seja fruto de um esforço fora do comum por parte do agente, não bastando a mera transposição de obstáculo facilmente vencível (ex: saltar muro baixo). Por essa razão, em que pese corrente em sentido contrário, pensamos imprescindível a perícia, a qual atestará (ou não) a dificuldade enfrentada pelo agente." (in Direito Penal, vol. 3, Parte Especial, Ed. RT, p. 125.)

Assim, impõe-se afastar a incidência da qualificadora, porque não existe prova concreta que comprove inequivocamente a materialidade da escalada, na ausência de laudo pericial.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME DE CORPO DE DELITO. REALIZAÇÃO POR PERITOS NÃO-OFICIAIS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Impossibilidade de conhecimento do recurso pela alínea "c", uma vez que o recorrente não apresentou dissídio jurisprudencial. In casu, não houve indicação do acórdão paradigma, nem demonstração da divergência.

2. Pela interpretação dos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, conclui-se que, relativamente às infrações que deixam vestígio, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo a prova testemunhal supri-lo apenas na hipótese em que os vestígios do crime tiverem desaparecido. Precedentes do STJ.

3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, caso não haja peritos oficiais, o laudo pericial poderá ser realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior.

4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja incluída a qualificadora do rompimento de obstáculo." (REsp 778.898/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 13/04/2009)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. DELITO QUE DEIXA VESTÍGIO. INDISPENSABILIDADE DE CONSTATAÇÃO VIA PERÍCIA. EXAME REALIZADO POR DOIS PERITOS LEIGOS. AUSÊNCIA DE NÍVEL SUPERIOR DE UM DOS EXPERTS. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRIMENTO DO LAUDO PELA PROVA TESTEMUNHAL. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 167 DO CPP. OFENSA AO ART. 159, § 1º, DO CPP EVIDENCIADA. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. EIVA RECONHECIDA. QUALIFICADORA AFASTADA.

1. Tratando-se o furto qualificado pelo rompimento de obstáculo de delito que deixa vestígio, é indispensável a realização de perícia para a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação, a qual somente pode ser suprida por prova testemunhal quando desaparecerem os vestígios de seu cometimento ou estes não puderem ser constatados pelos peritos. Exegese dos arts. 158 e 167 do CPP.

2. Possível a perícia, deve ser efetuada por dois peritos oficiais ou por duas pessoas idôneas e obrigatoriamente portadoras de diploma de curso superior. Inteligência do art. 159, § 1º, do CPP.

3. É nulo o laudo pericial que atesta o arrombamento em que apenas um dos peritos leigos era portador de diploma de nível superior.

4. A confissão do acusado não pode servir de prova para atestar o rompimento do obstáculo quando não ocorrentes as hipóteses expressamente previstas no art. 167 do CPP.

5. Ordem concedida para, reconhecendo-se a nulidade do laudo pericial de constatação de arrombamento, excluir-se da condenação a qualificadora do inciso I do § 4º do art. 155 do CP, determinando-se que a pena aplicada ao paciente seja redimensionada pelo Juízo de primeira instância." (HC 104.672/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 06/04/2009)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO À SUBTRAÇÃO DA COISA. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CP. PREJUDICADO.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art.159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência. Entender em sentido contrário exigiria o reexame do material fático-probatório, o que não é possível nesta via (Súmula 07/STJ).

II - Tendo em vista o não reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração da coisa, resta prejudicado o pedido de afastamento do privilégio constante do art. 155, § 2º, do CP.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido." (REsp 1053043/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 10/11/2008)

De outra parte, quanto à agravante da condenação anterior utilizada pelo Tribunal local, verifica-se que a condenação anterior citada pelo acórdão recorrido - crime de furto com condenação de 2 anos de reclusão - ocorreu em 21/03/2008, posteriormente ao delito cometido na presente Ação Penal em discussão - 29/10/2007.

Desse modo, o mencionado delito cometido em data posterior à prática do crime objeto da presente ação penal não pode ser utilizado como maus antecedentes ou, ainda, como reincidente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PROCESSO INSTAURADO POR FATOS POSTERIORES AOS APURADOS NA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. RÉU PREVIAMENTE BENEFICIADO COM SURSIS. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO PARA EFEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME MAIS GRAVOSO. RÉU PRIMÁRIO. QUANTUM DA PENA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORAVELMENTE VALORADAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. Em atenção ao princípio da presunção da inocência, não podem ser considerados como maus antecedentes os processos instaurados em virtude de fatos posteriores ao delito objeto da ação penal, tanto para majoração da pena-base quanto para fixação do regime prisional mais gravoso.

II. Ao final do período de prova do sursis processual, sem que tenha havido revogação, o juiz declarará a extinção da punibilidade, que faz com que se considere o fato suspenso como nunca ocorrido na vida do acusado, ou seja, não se pode falar em reincidência ou maus antecedentes, não subsistindo qualquer efeito penal.

III. Tratando-se de paciente que preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis, não cabe a imposição de regime mais gravoso.

IV. Deve ser reformado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, tão somente para estabelecer o regime inicialmente aberto para o desconto da pena, mantendo-se a condenação do paciente.

V. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 182.248/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 13/12/2010; sem grifo no original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POSTERIOR AO FATO NARRADO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS.

I - Condenações, com ou sem o trânsito em julgado, por fatos posteriores ao que está em apuração não servem para a caracterização de maus antecedentes, não sendo possível a sua valoração na dosimetria da pena (Precedentes desta Corte).

II - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 44 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve ser concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (Precedentes).

Writ concedido para fixar a pena-base no mínimo legal e determinar que o e. Tribunal a quo fixe as condições que entender de direito para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos." (HC 143.074/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 22/03/2010; sem grifo no original.)

Dito isso, passo à análise da dosimetria da pena.

E nesse aspecto, na primeira fase da dosimetria, cumpre asseverar que um vez afastada a qualificadora prevista no art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, deve ser a pena-base fixada em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, ante a ausência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis válidas reconhecidas pelo acórdão recorrido.

Ressalto que, em homenagem ao princípio da *non reformatio in pejus*, é vedado a esta Corte reconhecer, de ofício, de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis que não previamente analisadas pelo Tribunal de origem.

Na segunda etapa de fixação da pena, verifica-se que o Tribunal, no acórdão condenatório, reconheceu a existência da atenuante da confissão espontânea. Entretanto, como a pena-base do ora Paciente foi fixada no patamar mínimo, não há como ser aplicada na espécie a referida atenuante, uma vez que, a teor do entendimento sumulado por esta Corte, "*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*" (Súmula n.º 231 do STJ). Tal entendimento é endossado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME HEDIONDO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO DEVIDAMENTE MOTIVADO. ORDEM DENEGADA. 1. Esta Suprema Corte possui entendimento consolidado no sentido de considerar hediondo o estupro e o atentado violento ao pudor praticado com violência presumida. Precedentes. 2. A pena-base foi aplicada em seu mínimo legal. É firme a jurisprudência desta Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. Precedentes. 3. Idônea a motivação para a fixação do regime mais gravoso para o cumprimento da pena, não havendo razão para que seja aplicado o semi-aberto. Súmula 719/STF. 4. Writ denegado. Ordem concedida de ofício apenas para restabelecer o regime inicialmente fechado fixado anteriormente e cassar a decisão que impôs o regime integralmente fechado." (HC 99.406/RS, 2ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe de 09/09/2010.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS INFERIORES. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA. I - A questão relativa à dosimetria da pena não foi apreciada nas instâncias inferiores. Assim, seu conhecimento em sede originária pelo Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instância. Precedentes. II - A via estreita do habeas corpus não permite que se proceda à ponderação e o reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal, consideradas na sentença condenatória. Precedentes. III - É firme a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que, ao contrário do que ocorre com as causas de diminuição, as circunstâncias atenuantes não podem reduzir a pena aquém do mínimo legal. IV - Habeas corpus não conhecido." (HC 100371/CE, 1ª Turma, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 20/05/2010.)

Outrossim, quanto ao reconhecimento da atenuante da menoridade, resta também prejudicada, em face da fixação da pena-base no mínimo legal.

Na terceira fase da dosimetria da pena, houve o reconhecimento de que o crime fora cometido "à noite", em período de repouso noturno, o que implica a majorante de 1/3 (um terço), fixando-se a pena em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses e 13 dias-multa, consoante os termos do art. 155, § 1.º, do Código Penal.

Considerando a ausência de circunstâncias desfavoráveis válidas reconhecidas pelo Tribunal de origem e a impossibilidade desta Corte em suprir tal deficiência, fixo o regime de pena aberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal.

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem para, reformando a sentença condenatória e o acórdão impugnado, afastar da condenação a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, restando a pena, por conseguinte, fixada em 1 ano e 4 meses de reclusão em regime aberto e 13 dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0154834-7

HC 182.890 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20700076659 2320700076659 70036211100

EM MESA

JULGADO: 18/08/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : LUIZ ALFREDO SCHÜTZ - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JESSE BRIÃO PINTO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.