



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.327 - MS (2011/0267795-3)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CLEVERSON SALES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

*HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO E FURTO CIRCUNSTANCIADO. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. FATOS COMETIDOS SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.705/2008. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ALCOÓLICA NO SANGUE. ELEMENTAR OBJETIVA NÃO DEMONSTRADA. MATÉRIA PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. ATIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE: FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS: MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

1. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sofreu significativas mudanças em sua estrutura típica, com o advento Lei n.º 11.705/08. Primeiro, esse delito passou a ser de perigo abstrato, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta. Em segundo lugar, incluiu-se a elementar referente à "*concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*", tornando a imputação mais objetiva e precisa. Em seu texto original, o delito exigia, para sua configuração, apenas a comprovação de que o condutor do veículo dirigia sob a influência de álcool apta a comprometer a incolumidade de outrem.

2. A redação dada pela Lei n.º 11.705/2008 passou a exigir, para caracterizar a tipicidade da conduta, seja quantificada a concentração de álcool no sangue. Essa prova técnica se tornou indispensável, só podendo ser produzida, de forma segura e eficaz, por intermédio do etilômetro ou do exame de sangue.

3. No caso, não tendo sido realizada a indispensável prova técnica, a absolvição do Paciente quanto ao crime de embriaguez ao volante é medida que se impõe.

4. O Magistrado Sentenciante deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

5. A fundamentação genérica e dissociada do caso concreto ("*o grau de culpabilidade do réu foi intenso*") não autoriza a manutenção da culpabilidade como desfavorável ao agente.

6. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

7. As circunstâncias judiciais da conduta social do agente (cometeu o crime quando cumpria pena pela prática de outro delito) e das consequências do crime (o veículo furtado "*era meio de locomoção de pessoa aposentada e com deficiência nos membros superiores e inferiores [...] e restou significativamente danificado*") foram devidamente fundamentadas, na medida em que foram apontados elementos concretos circundantes da conduta criminosa que notoriamente extrapolam aqueles normais à espécie.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para absolver o Paciente quanto ao crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e, mantida a condenação quanto aos crimes previstos no art. 155, § 1.º, do Código Penal, e no art. 309 do Código de Trânsito, reduzir a pena aplicada ao Paciente, nos termos explicitados no voto.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 24 de setembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.327 - MS (2011/0267795-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CLEVERSON SALES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de CLEVERSON SALES DA SILVA – condenado pela prática dos crimes de furto, de embriaguez ao volante e de direção de veículo automotor sem habilitação –, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, na Apelação Criminal n.º 2011.015026-8/0000-00, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – FURTO NOTURNO, EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E CONDUÇÃO DE VEÍCULO SEM CNH – MANTIDAS AS CONDENAÇÕES – AGENTE EMBRIAGOU-SE VOLUNTARIAMENTE, NÃO CABENDO AFASTAMENTO DA PENA – CAUSA DE AUMENTO MANTIDA – APELANTE COMETEU FURTO DE VEÍCULO NA MADRUGADA – EMBRIAGUEZ ADMITIDA PELO RÉU E CONFIRMADA POR DEMAIS PROVAS – CONDUÇÃO DE VEÍCULO GEROU RISCO CONCRETO DE DANO – DIREÇÃO PERIGOSA – VEÍCULO FOI DANIFICADO E ABANDONADO APÓS ATOLAR – DOSIMETRIA DA PENA CORRETAMENTE FUNDAMENTADA – MANTIDO REGIME INICIAL FECHADO – APELO NÃO PROVIDO.

O fato de o réu ter se embriagado voluntariamente não é fundamento para afastar a aplicação da pena. A causa de aumento do furto noturno deve ser mantida, vez que se aproveitou para subtrair o veículo durante a madrugada. Embriagado, o apelante conduziu o veículo perigosamente, danificando-o e somente o abandonou após perseguição policial e o carro atolar. Perigo concreto. Admissão do réu e demais provas acerca da embriaguez. Exame não se revela único meio de prova. Dosimetria da pena sem reparos. Pena aplicada proporcional aos fatos. Mantido regime inicial fechado. Agente reincidente e que cometeu novos delitos durante o cumprimento da pena. " (Fl. 91)

No presente writ, a Impetrante alega, em síntese, que o tipo penal previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro exige a realização de exame de alcoolemia ou de sangue para sua configuração. Aduz, ainda, a ausência de motivação idônea para fixação das penas-base acima do mínimo legal. Por fim, assevera que o Paciente tem direito a cumprir sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda no regime inicial semiaberto, uma vez que preencheria os requisitos legais.

Requer, assim, a absolvição do Paciente do delito tipificado no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a redução das penas-base para o mínimo legal e fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

Por estarem os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 106/111, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.327 - MS (2011/0267795-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE, DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SEM HABILITAÇÃO E FURTO CIRCUNSTANCIADO. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. FATOS COMETIDOS SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.705/2008. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ALCOÓLICA NO SANGUE. ELEMENTAR OBJETIVA NÃO DEMONSTRADA. MATÉRIA PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE SUPERIOR. ATIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE: FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS: MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro sofreu significativas mudanças em sua estrutura típica, com o advento Lei n.º 11.705/08. Primeiro, esse delito passou a ser de perigo abstrato, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta. Em segundo lugar, incluiu-se a elementar referente à *"concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas"*, tornando a imputação mais objetiva e precisa. Em seu texto original, o delito exigia, para sua configuração, apenas a comprovação de que o condutor do veículo dirigia sob a influência de álcool apta a comprometer a incolumidade de outrem.

2. A redação dada pela Lei n.º 11.705/2008 passou a exigir, para caracterizar a tipicidade da conduta, seja quantificada a concentração de álcool no sangue. Essa prova técnica se tornou indispensável, só podendo ser produzida, de forma segura e eficaz, por intermédio do etilômetro ou do exame de sangue.

3. No caso, não tendo sido realizada a indispensável prova técnica, a absolvição do Paciente quanto ao crime de embriaguez ao volante é medida que se impõe.

4. O Magistrado Sentenciante deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

5. A fundamentação genérica e dissociada do caso concreto (*"o grau de culpabilidade do réu foi intenso"*) não autoriza a manutenção da culpabilidade como desfavorável ao agente.

6. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

7. As circunstâncias judiciais da conduta social do agente (cometeu o crime quando cumpria pena pela prática de outro delito) e das consequências do crime (o veículo furtado *"era meio de locomoção de pessoa aposentada e com deficiência nos membros superiores e inferiores [...]"* e restou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

significativamente danificado") foram devidamente fundamentadas, na medida em que foram apontados elementos concretos circundantes da conduta criminosa que notoriamente extrapolam aqueles normais à espécie.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, para absolver o Paciente quanto ao crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e, mantida a condenação quanto aos crimes previstos no art. 155, § 1.º, do Código Penal, e no art. 309 do Código de Trânsito, reduzir a pena aplicada ao Paciente, nos termos explicitados no voto.

VOTO

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

Inicialmente, quanto ao pleito de absolvição do Paciente do delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a controvérsia cinge-se em saber da possibilidade, na égide da Lei n.º 11.705/2008, de outros meios de prova fundamentarem a condenação pelo crime de embriaguez ao volante, quando não tiverem sido realizados o teste do "bafômetro" e o exame de sangue específico, para revelar o exato grau de alcoolemia.

O Juiz de primeiro grau condenou o Agravado pelo delito em questão, conforme os fundamentos a seguir transcritos:

"[...]

No que tocante ao delito previsto no art. 306, da Lei 9.503/97, imprescindível reiterar que a materialidade da prática delitiva foi nomeadamente impingida do Boletim de Ocorrência (f. 17-8), Laudo de Exame de Corpo de Delito (f. 22), além dos depoimentos prestados nos autos (f. 104; 118-9; 164-5).

Outrossim, faz-se cogente aclarar que a autoria é irretorquível, vez que o réu confessou, em juízo, a prática dos delitos (f. 120), o que foi confirmado pelas demais provas dos autos, Laudo de Exame de Corpo de Delito (f. 22).

A valer, extrai-se do teor do laudo de exame de corpo e delito, o qual é prova lícita e aceita, que o réu apresentava-se embriagado e, conseqüentemente, expondo a risco a própria segurança, assim como a alheia, de forma que há justa causa para a persecução penal, sendo, portanto, sob esta ótica, desnecessária a realização de exame sanguíneo, como quer a defesa técnica do réu.

Aliás, o resultado do exame supracitado está corroborado pela prova testemunhal (f. 118) e a confissão do réu (f. 121), onde afirma que 'antes de pegar o veículo havia 'bebido demais', cerca de uma caixa de cerveja em três pessoas' (grifei).

Nesse pensar, oportuno consignar que a comprovação do estado de embriagues pode ocorrer por meio de exame clínico e prova testemunhal, como in casu, sendo prescindível o exame de sangue ou teste do etilômetro, ainda mais quando a confissão do réu acha-se em perfeita harmonia com as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais provas dos autos.

[...]

Imperioso anotar que a confissão do réu restou suficientemente ratificada pelas testemunhas de acusação, conforme se pode visualizar dos teores acima transcritos, as quais, mesmo sendo policiais, gozam de indiscutível prestígio." (Fls. 58/59)

O Tribunal a quo manteve a condenação, nos seguintes termos:

"[...]

Primeiramente, convém apontar que o apelante foi submetido a um exame clínico por ocasião do encaminhamento para exame de corpo de delito, onde constou que estava embriagado. (fl. 22)

Além disso, como já revelado, ao tentar justificar o cometimento do crime de furto, relatou que o praticou porque estava muito embriagado, tendo consumido cerca de uma caixa de cerveja com outras duas pessoas.

Embora não tenha sido realizado um exame de sangue ou com bafômetro, a situação fática exposta comprova a embriaguez, a começar pela admissão pelo próprio apelante. Tal situação foi confirmada pelo irmão, com quem ele travou luta corporal logo antes de deixar o bar e cometer os delitos, segundo o relato de Welington Sales da Silva (f. 104).

No mesmo sentido as declarações de policiais: [...]

O exame não se revela como único meio de prova do delito. E no caso em análise, são várias as provas acerca da embriaguez.

Assim, correta a condenação pelo crime do art. 306 do CTB." (Fls. 94/95)

Cabe ressaltar, desde logo, que o crime em questão foi cometido em 09/12/2008, ou seja, posteriormente à edição da Lei n.º 11.705/2008, de 19/06/2008, e antes do advento da Lei n.º 12.760/2012, esta última prejudicial ao Paciente, de forma que a conduta deve ser apreciada sob a égide da Lei n.º 11.705/2008.

O artigo 306 da Lei n.º 9.503/97, em sua redação original, incriminava a conduta de "conduzir veículo automotor, na via pública, sob a **influência** de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem". Porém, com a edição da Lei n.º 11.705/2008, sofreu alteração, passando a ter a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com essa reforma legislativa, o crime de embriaguez ao volante sofreu significativas mudanças em sua estrutura típica. Primeiro, esse delito passou a ser de perigo abstrato, pois no tipo penal em questão há somente a descrição da conduta de conduzir veículo sob a influência de álcool, acima do limite permitido, sendo desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta.

Em segundo lugar, foi incluída a elementar objetiva referente à "*concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas*", tornando a imputação mais objetiva e precisa. Em seu texto original, o delito exigia, para sua configuração, apenas comprovação de que o condutor do veículo dirigia sob a influência de álcool apta a comprometer a incolumidade de outrem.

Porém, a redação dada pela Lei n.º 11.705/2008 passou a exigir, para caracterizar a tipicidade da conduta, seja quantificada a concentração de álcool no sangue. Essa prova técnica se tornou indispensável, só podendo ser produzida, de forma segura e eficaz, por intermédio do etilômetro ou do exame de sangue.

Inclusive, insta observar que o parágrafo único do referido dispositivo remetia ao Decreto n.º 6.488/08, que, por sua vez, regulamentou a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia, sem mencionar a aferição meramente clínica. Confira-se:

"Art. 2.º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões."

No caso, não tendo sido realizada a indispensável prova técnica, a absolvição do Paciente quanto ao crime de embriaguez ao volante é medida que se impõe.

A matéria foi submetida ao crivo da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no dia 28 de março de 2012, por ocasião do julgamento do REsp 1.111.566/DF, tendo sido decidido que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de alcoolemia exigido pela lei para configurar o crime de embriaguez ao conduzir veículo automotor.

O acórdão do referido julgado restou assim ementado, *in litteris*:

"PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal.

2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

3. **O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.**

4. **O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional.**

5. **O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.**

6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar.

7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente.

8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

9. **Recurso especial a que se nega provimento.**" (REsp 1.111.566/DF,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Terceira Seção, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Rel. p/ Acórdão Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (Desembargador convocado do TJ/RJ), DJe 04/09/2012, sem grifos no original.)

Nesse sentido, o seguinte precedente desta Corte Superior de Justiça:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ALCOÓLICA NO SANGUE. ELEMENTAR OBJETIVA NÃO DEMONSTRADA. 3. DELITO COMETIDO NA ÓRBITA DA LEI N. 11.705/2008. 4. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. **Matéria submetida ao crivo da Terceira Seção desta Corte, no dia 28 de março de 2012, na ocasião do julgamento do REsp 1.111.566/DF, a qual pacificou a questão decidindo que apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal.**

3. **No caso, contudo, as decisões proferidas nas instâncias ordinárias estão firmadas em sentido diametralmente oposto, pois consideraram o exame clínico e a suposta confissão do paciente como suficientes para comprovar a embriaguez, elementar objetivamente delimitada no art. 306 do Código de Trânsito Nacional.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para trancar a ação penal." (HC 261.571/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 09/04/2013, sem grifos no original.)

De outro lado, no que concerne à dosimetria da pena referente aos crimes de furto e de direção de veículo automotor sem habilitação, assiste parcial razão à Impetrante.

A sentença condenatória, confirmada pelo Tribunal de origem, individualizou as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas nos seguintes termos:

"[...]"

Passo à dosimetria da pena.

Em respeito ao princípio da proporcionalidade da pena, mister para que, diante do processo de individualização da sanção penal, haja uma resposta justa e necessária por parte do Estado-juiz, motivo pelo qual passo a depurar os fatos que compõem as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Esquadrinhando os autos, verifico que o grau de culpabilidade do réu foi intenso. A personalidade e a conduta social do agente são desfavoráveis, pois, conforme se extrai dos autos, é pessoa agressiva (f. 39 - processo por lesão corporal - e f. 164), insensível, eis que furta uma pessoa com visíveis problemas de saúde (f. 165), dada a prática delitiva (f. 39), que não está interessada em se ressocializar, já que de pequenas infrações passou a cometer delitos de maior gravidade bem como cometeu o crime quando cumpria pena (f. 104 e extrato aposto), e, por fim, irresponsável, visto que ingere bebida alcoólicas e tenta, posteriormente, furtar-se das consequências de seus atos (f. 164-5). O réu não ostenta antecedentes criminais. Os motivos são os inerentes aos delitos patrimoniais, ou seja, o aferimento de dinheiro fácil. As circunstâncias do delito não são prejudiciais. As consequências do(s) crime(s) são graves, visto que o veículo era meio de locomoção de pessoa aposentada e com deficiência nos membros superiores e inferiores (f. 28) e restou significativamente danificado (f. 26), causando àquela prejuízos materiais no valor de R\$ 2.000,00 (dois) mil reais, que não foram reparados (f. 120-1). A vítima, por sua vez, em nada influenciara no cometimento do delito.

a) Do delito de furto:

Assim, sopesadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa.

À vista das causas atenuantes previstas no art. 65, I e III, d, do CP - menor de 21 (vinte e um) anos [f. 15] e confissão (f. 120-1) - reduzo a pena para 1 (um) ano, 6 (seis) meses, 20 (vinte) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa. Todavia, pelo de fato de o réu ser reincidente (cf. antecedentes criminais de f. 39), agravante prevista no art. art. 61, I, do citado código, aumento a pena para 1 (um) ano, 9 (nove) meses, 23 (vinte três) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

*Sopesando a causa de aumento prevista no art. 155, § 1º, do CP - repouso noturno - aumento a pena para **2 (dois) anos, 4 (quatro) meses, 23 (vinte e três) dias de reclusão e 24 (vinte e quatro) dias-multa.***

b) Do crime de dirigir alcoolizado:

Considerando que as circunstâncias suprarreferenciadas dizem respeito também ao delito de dirigir alcoolizado, fixo a pena base em 2 (anos) e 6 (seis) meses de detenção, 30 (trinta) dias-multa e pelo período de 8 (oito) meses a proibição de obter permissão ou habilitação do para dirigir veículo automotor.

Tendo em vista as causas atenuantes previstas no art. 65, I e III, d - menor de 21 (vinte e um) anos (f. 15) e confissão (f. 120-1)- reduzo a pena para 1 (um) ano, 8 (oito) meses de detenção, 20 (vinte) dias-multa e pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

período de 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias a proibição de obter permissão ou habilitação do para dirigir veículo automotor. Todavia, pelo de fato de o réu ser reincidente (cf. antecedentes criminais de f. 39), agravante prevista no art. art. 61, I, do citado código, aumento a pena para 1 (um) ano, 11 (onze) meses, 10 (dez) dias de detenção, 23 (vinte e três) dias-multa e pelo período de 6 (seis) meses e 6 (seis) dias a proibição de obter permissão ou habilitação do para dirigir veículo automotor.

*Por o réu com uma ação ter praticado dois delitos - dirigir embriagado e sem habilitação - estando caracterizado o concurso formal (CP, art. 70), aumento, em 1/6 (um sexto), a pena, a qual totaliza **2 (dois) anos, 3 (três) meses, 6 (seis) dias de detenção, 26 (vinte seis) dias-multa e pelo período de 7 (sete) meses e 7 (sete) dias a proibição de obter permissão ou habilitação do para dirigir veículo automotor.***

*D'outro norte, em razão de o réu com mais uma ação ter praticado dois delitos - furto e dirigir alcoolizado - (CP, art. 69), restante caracterizado o concurso material de crimes, somo as penas, que totalizam **(i) 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses, 23 (vinte e três) dias de reclusão, (ii) 2 (dois) anos, 3 (três) meses, 6 (seis) dias de detenção, (iii) 50 (cinquenta) dias-multa, e (iv) 7 (sete) meses e 7 (sete) dias de proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor,** que torno definitiva, ante a ausência de outros aspectos a serem considerados.*

Para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, fixo o regime fechado, em razão da reincidência, não ser socialmente recomendável, bem como pelo fato de o réu ter cometido o delito enquanto deveria estar cumprindo pena anteriormente imposta.

Pelos mesmos motivos, deixo de proceder à substituição de pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Levando em consideração a situação econômica do condenado, estabeleço o valor de cada dia-multa, em um trigésimo (1/30) de salário mínimo, devendo a liquidação ser feita com base no salário mínimo vigente na época do fato." (Fls. 64/67)

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, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No caso, para majorar a pena-base, o Juízo de primeiro grau considerou como desfavoráveis as circunstâncias relativas à **culpabilidade**, à **personalidade**, à **conduta social** e às **consequências**.

A fundamentação genérica e dissociada do caso concreto ("o grau de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade do réu foi intenso" - fl. 64) não autoriza a manutenção da **culpabilidade** como desfavorável ao agente.

Quanto à **personalidade**, impende salientar que essa circunstância deve ser aferida a partir do modo de agir do criminoso, podendo-se avaliar a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. Sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.

É o que se extrai do seguinte excerto da obra do professor Guilherme de Souza Nucci:

"O termo personalidade deriva de persona, que significa máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam. Atualmente, continua refletindo os papéis que todos desempenhamos na vida em sociedade. [...]"

Na definição de Mario Fedeli, a personalidade 'representa a totalidade completa, a síntese do Eu: constitui o núcleo inconfundível, irrepetível, peculiar de cada indivíduo. (...) A ela devem-se a particular visão dos valores de um indivíduo, os seus centros de interesse e o seu modo de chegar ao valor predominante para o qual tende. 'A personalidade é que vai constituir a originalidade e a nobreza da individualidade, pois ela revela as escolhas e as preferências dada a um determinado valor.' (In "Individualização da pena", São Paulo: RT, 2005, p. 206)

Por oportuno, veja-se, ainda, o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nas circunstâncias do crime, perpetrado com crueldade contra a vítima, que foi agredida fisicamente, humilhada e assassinada na frente do marido e no interior da residência do casal, bem como na culpabilidade e na personalidade do réu, voltado à prática delituosa, que agiu auxiliado de comparsa e assassinou a ofendida porque ela teria denunciado criminosos à polícia.

3. No homicídio, a existência de qualificadoras leva à existência de delito autônomo, razão pela qual são sopesadas logo na primeira etapa da dosimetria, podendo a pena-base ser fixada, conforme a fundamentação expendida, em qualquer parâmetro entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Ordem denegada.*" (HC 190.490/ES, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 13/08/2012.)

Ademais, nos termos do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido dispõe a Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

A propósito, veja-se o seguinte precedente:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. *Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte.*

2. *As circunstâncias do crime demonstram a maior reprovabilidade da conduta do agente. O delito foi cometido numa região turística movimentada e a atuação do Réu causou ferimentos e rasgou parte das vestes da vítima.*

3. *O art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, não exige, para configuração da atenuante, que a confissão seja completa, explicitando todas as circunstâncias do crime, que seja movida pelo arrependimento do acusado ou que influa decisivamente para a condenação.*

4. *O regime inicial semiaberto mostra-se adequado à espécie, não obstante a fixação da pena definitiva em 04 anos de reclusão, dada a configuração de uma circunstância judicial desfavorável. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.*

5. *Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar o acórdão combatido e a sentença condenatória, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo a pena do Paciente para 04 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 10 dias-multa." (HC 185.922/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 26/06/2012.)*

Todavia, em relação às outras circunstâncias judiciais consideradas, quais sejam a conduta social do agente (cometeu o crime quando cumpria pena pela prática de outro delito) e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as consequências do crime (o veículo furtado "*era meio de locomoção de pessoa aposentada e com deficiência nos membros superiores e inferiores [...] e restou significativamente danificado*" - fl. 64), observa-se estarem devidamente fundamentadas, na medida em que foram apontados elementos concretos circundantes da conduta criminosa que notoriamente extrapolam aqueles normais à espécie.

Passo, assim, a redimensionar a dosimetria da pena.

Quanto ao crime de furto:

Na primeira fase, consideradas desfavoráveis as circunstâncias da conduta social e das consequências, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e reduzo a pena-base em 03 (três) meses, em razão de ser o agente menor de 21 anos na época do fato, passando a pena para 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e 12 dias-multa.

Na terceira fase, aumento a pena em 1/3 (um terço), em face da incidência da causa de aumento prevista no art. 155, § 1.º, do Código Penal, ficando estabelecida a reprimenda em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 16 dias-multa**, no valor fixado na sentença.

Quanto ao crime de direção de veículo automotor sem habilitação:

Na primeira fase, também consideradas desfavoráveis as circunstâncias da conduta social e das consequências, fixo a pena-base em 08 (oito) meses de detenção.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e reduzo a pena-base em 40 (quarenta) dias, em razão de ser o agente menor de 21 anos na época do fato, passando a pena para **06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção**, que torno definitiva, em razão da inexistência de causas de diminuição ou de aumento.

Em razão do concurso material, somo as penas, que totalizam **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e 16 dias-multa**.

Quanto ao regime prisional, tendo em vista que o Paciente cumpre pena por outra condenação, compete ao Juízo das Execuções determinar o regime de cumprimento da reprimenda, em razão do que preceitua o art. 111, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, *ipsis litteris*:

"Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime."

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* para absolver o Paciente quanto ao crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro e, mantida a condenação quanto aos crimes previstos no art. 155, § 1.º, do Código Penal e no art. 309 do Código de Trânsito, reduzir a pena aplicada ao Paciente, nos termos acima explicitados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0267795-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 224.327 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1172008 20110150268 23080006470

EM MESA

JULGADO: 24/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DENISE DA SILVA VIEGAS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : CLEVERSON SALES DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.