



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 138.190 - SP (2009/0107539-1)**

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE FERREIRA VARES

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 10, **CAPUT**, DA LEI Nº 9.437/97. REINCIDÊNCIA. ERRO JUDICIÁRIO. CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

I - Verificada a presença de erro judiciário, deve ser afastada a causa de aumento pela suposta reincidência do paciente.

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

III - Destarte, é de se reconhecer a flagrante ilegalidade à qual está submetido o ora paciente, passível de ser sanada através da concessão de ordem de ofício, eis que o mesmo teve sua pena fixada acima do mínimo legal sem fundamentação concreta imprescindível.

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

V - **In casu**, verifica-se que o édito condenatório apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.

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

VII - Refeita a dosimetria da pena e atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no **regime prisional aberto**.

VIII - Finalmente, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve-se reconhecer o direito do paciente à **substituição** da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ordem concedida a fim de refazer a dosimetria da pena e, conseqüentemente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo das Execuções.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.190 - SP (2009/0107539-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de ALEXANDRE FERREIRA VARES, contra v. acórdão proferido pela c. Décima Câmara do Quinto Grupo da Seção Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do recurso de apelação nº1.091.466.3/0.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do delito previsto no art. 10, **caput**, da revogada Lei nº 9.437/97, à pena de **01 (um) ano e 07 (sete) meses de reclusão, em regime aberto**.

Contra essa r. decisão, as partes apelaram. Em sessão de julgamento realizada em **22/08/2007**, o e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao recurso do acusado e deu provimento ao recurso ministerial para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena corporal, expedindo-se o mandado de prisão.

No presente **writ**, sustenta o impetrante que tanto o juízo de primeiro grau quanto a e. Corte de apelação laboraram em erro, porquanto "*(...) a sentença condenatória sobre a qual o Juiz de primeira instância e também o V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça considerou o paciente reincidente foi reformada, por Decreto absolutório, fato absolutamente desconsiderado por ambas as decisões que, baseando-se naquela incompleta e omissa certidão, determinaram seu recolhimento a um dos Estabelecimentos Prisionais de Ribeirão Preto*" (fls. 05/06). Busca, em suma, que seja concedida a ordem para reduzir a quantidade da pena imposta para o mínimo legal, a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao paciente.

Informações prestadas às fls. 122/123.

Liminar deferida a fim de que o paciente aguarde o julgamento do presente **writ** em **regime aberto** (fls. 164/165).

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 215/225, manifestou-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela **concessão do writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.190 - SP (2009/0107539-1)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 10, **CAPUT**, DA LEI Nº 9.437/97. REINCIDÊNCIA. ERRO JUDICIÁRIO. CONSIDERAÇÃO DE INQUÉRITOS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

I - Verificada a presença de erro judiciário, deve ser afastada a causa de aumento pela suposta reincidência do paciente.

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

III - Destarte, é de se reconhecer a flagrante ilegalidade à qual está submetido o ora paciente, passível de ser sanada através da concessão de ordem de ofício, eis que o mesmo teve sua pena fixada acima do mínimo legal sem fundamentação concreta imprescindível.

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

V - **In casu**, verifica-se que o édito condenatório apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.

VI - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

supedanear o aumento da pena-base (**Precedentes**).

VII - Refeita a dosimetria da pena e atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no **regime prisional aberto**.

VIII - Finalmente, presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve-se reconhecer o direito do paciente à **substituição** da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ordem concedida a fim de refazer a dosimetria da pena e, conseqüentemente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser fixada pelo Juízo das Execuções.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente **writ**, sustenta o impetrante que tanto o juízo de primeiro grau quanto a e. Corte de apelação laboraram em erro, porquanto "*(...) a sentença condenatória sobre a qual o Juiz de primeira instância e também o V. Acórdão do E. Tribunal de Justiça considerou o paciente reincidente foi reformada, por Decreto absolutório, fato absolutamente desconsiderado por ambas as decisões que, baseando-se naquela incompleta e omissa certidão, determinaram seu recolhimento a um dos Estabelecimentos Prisionais de Ribeirão Preto*" (fls. 05/06). Busca, em suma, que seja concedida a ordem para reduzir a quantidade da pena imposta para o mínimo legal, a fixação do regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao paciente.

A ordem merece ser concedida.

Depreende-se dos autos que a r. sentença considerou como reincidência condenação transitada em julgada constante de certidão à fl. 27, conforme consta no seguinte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trecho do referido **decisum**:

"II. Dentre as circunstâncias legais, verifica-se que o agente é reincidente, consoante certidão de fls.27. Logo, cumpre aumentar a pena em quatro meses de detenção e em três dias-multa;" (fl. 184).

Entretanto, segundo certidão retificadora de fl. 149, bem como o v. acórdão de fls. 156/162, houve **erro judiciário** quanto à suposta existência da circunstância agravante da reincidência, eis que o paciente foi absolvido quanto a infração do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga Lei de Tóxicos) em sede de recurso de apelação (Recurso de Apelação nº 294.141-3/5).

Dessa forma, deve ser afastado o aumento da pena pela reincidência, restando a pena em **01 (um) ano e 03 (três) meses de detenção**.

Por outro lado, ao proceder à **individualização da pena** do paciente, o magistrado de primeiro grau exasperou a pena-base nos seguintes termos, **verbis**:

"Dentre as circunstâncias judiciais a serem consideradas, desfavorável ao acusado sua personalidade em se ver constantemente envolvido em investigações criminais, especialmente por dirigir sem a devida habilitação, conforme atestam as certidões de fls.4, 5, 6, 7, 8, 21, 22, 24, e 26 do apenso e antecedentes. A pena-base será fixada em um ano e três meses de detenção e pagamento de doze dias-multa, em seu valor mínimo unitário;

II. Dentre as circunstâncias legais, verifica-se que o agente é reincidente, consoante certidão de fls. 27. Logo, cumpre aumentar a pena em quatro meses de detenção e em três dias-multa;

III. Não há causas especiais de aumento ou de diminuição de pena a serem apreciadas. Torno definitivo o quantum de um ano e sete meses de detenção e pagamento de quinze dias-multa;" (fls. 184/185).

Ora, consta da reprochada decisão objurgada que o fato do paciente estar sendo investigado por outros fatos, à época, foi considerado como circunstância judicial desfavorável na elevação da pena-base acima do mínimo legal quanto ao crime de porte ilegal de arma.

Observa-se, assim, que o provimento jurisdicional atacado diverge do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionamento prevalente nos Tribunais Superiores de que, em respeito ao **princípio da presunção de inocência**, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para justificar a exacerbação da pena-base.

Nesse sentido, os seguintes precedentes do c. **Pretório Excelso**:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ALEGADA NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA.

Impossibilidade de considerar-se como maus antecedentes a existência de processos criminais pendentes de julgamento, com o conseqüente aumento da pena-base.

Recurso parcialmente provido para, mantida a condenação, determinar que nova decisão seja proferida, com a observância dos parâmetros legais."

(STF - RHC 83.493/PR, 1ª Turma, Rel. p/Acórdão Min. Carlos Britto, DJU de 13/02/2004).

"HABEAS CORPUS - INJUSTIFICADA EXACERBAÇÃO DA PENA COM BASE NA MERA EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU DE PROCESSOS PENAIIS AINDA EM CURSO - AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5º, LVII) - PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE.

- O princípio constitucional da não-culpabilidade, inscrito no art. 5º, LVII, da Carta Política não permite que se formule, contra o réu, juízo negativo de maus antecedentes, fundado na mera instauração de inquéritos policiais em andamento, ou na existência de processos penais em curso, ou, até mesmo, na ocorrência de condenações criminais ainda sujeitas a recurso, revelando-se arbitrária a exacerbação da pena, quando apoiada em situações processuais indefinidas, pois somente títulos penais condenatórios, revestidos da autoridade da coisa julgada, podem legitimar tratamento jurídico desfavorável ao sentenciado. Doutrina. Precedentes."

(STF - HC 79.966/SP, 2ª Turma, Rel. p/Acórdão Min. Celso de Mello, DJU de 29/08/2003).

"HABEAS CORPUS - EMPATE. Verificado o empate no julgamento de habeas corpus, prevalece o entendimento da corrente mais favorável ao Paciente.

PENA-BASE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - MAUS ANTECEDENTES - PROCESSOS EM CURSO E PROCESSOS EXTINTOS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA - CONSIDERAÇÃO -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROPRIEDADE. Conflita com o princípio da não-culpabilidade - 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal) - evocar processos em curso e outros extintos pela prescrição da pretensão punitiva a título de circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal), exacerbando a pena-base com fundamento na configuração de maus antecedentes.

PENA-BASE - MAUS ANTECEDENTES - INEXISTÊNCIA. Constatada a erronia na fixação da pena-base, no que ocorrida a partir de processos extintos pela prescrição da pretensão punitiva, ou ainda em curso, bem como ausentes circunstâncias judiciais contempladas no arcabouço normativo, impõe-se a observância da pena mínima prevista para o tipo.

PRESCRIÇÃO PELA PENA CONCRETIZADA. EXTENSÃO A CO-RÉU. Incidindo a prescrição ante a pena concretizada, cabe declará-la, estendendo-se a ordem a co-réu em idêntica situação."

(STF - RHC 80.071/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 02/04/2004).

"PENA-BASE – EXACERBAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS. Provado que em ações anteriores o réu foi absolvido, bem como o arquivamento de um outro processo, ao que tudo indica concernente a inquérito, insubsistente exsurge provimento judicial baseado nos maus antecedentes criminais, cuja inexistência revela-se nas absolvições."

(STF – HC 72.041/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 08/09/1995).

E desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. AUTORIA. ANÁLISE DE PROVAS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE EXACERBADA MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. MAJORANTES. CONSIDERAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. REGIME PRISIONAL. FECHADO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

V - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau, no que tange a algumas circunstâncias judiciais, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.

Ademais, considerou feitos em andamento como circunstância judicial desfavorável. Portanto, não há argumentos suficientes a justificar a exacerbação da pena-base em patamar elevado.

(...)

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido."

(REsp 971.826/DF, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 23/03/2009).

"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA DA ATENUANTE NO CÁLCULO DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO NÃO-TRANSITADA EM JULGADO. AÇÃO PENAL EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

(...)

3. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que "viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional" (REsp 675.463/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJ de 13/12/04), e que, "Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso e indiciamento em inquérito policial" (HC 31.693/MS, Rel. Min. PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJ de 6/12/04).

4. Incabível, portanto, a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, levando-se em consideração, como antecedentes criminais, sentença condenatória não-transitada em julgado.

5. Ordem concedida para, relativamente ao paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RAFAEL, fixar a pena em 6 anos e 3 meses de reclusão e 640 dias-multa; e quanto ao paciente ROGÉRIO, fixar a pena em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, pela prática, em concurso, do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06."

(HC 106.634/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 09/03/2009).

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. NÃO OPORTUNIZAÇÃO. PACIENTE QUE NÃO PREENCHIA O REQUISITO SUBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

(...)

DOSIMETRIA DA PENA. PROCESSOS EM ANDAMENTO E EM QUE HOUVE SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CONSIDERADOS COMO MÁ CONDUTA SOCIAL. IMPOSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Processos criminais em andamento, assim como aqueles em que houve sentença absolutória, não podem ser levados em consideração para majoração da pena-base, os primeiros em obediência ao princípio da presunção da inocência, uma vez que não resultam de decisão transitada em julgado.

(...)

2. Writ em parte conhecido e, nesse ponto, concedido para excluir da condenação o aumento de pena em decorrência da consideração da má conduta social, e para, de ofício, reconhecer a incidência da atenuante do art. 65, III, d, do CP, restando a sanção definitiva em 1 ano, 2 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 40 dias-multa."

(HC 97.377/MS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJU de 28/10/2008).

"PENAL – HABEAS CORPUS – ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO – EMPREGO DE ARMA – AUSÊNCIA DE APREENSÃO – TESTEMUNHAS QUE ATESTAM O SEU EMPREGO – DESNECESSIDADE – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO CONSIDERADOS COMO ANTECEDENTES – IMPOSSIBILIDADE – MAJORANTES ESPECÍFICAS – ACRÉSCIMO FEITO TÃO-SÓ COM BASE NO NÚMERO DAS CAUSAS DE AUMENTO – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA ANULAR A DOSIMETRIA DA PENA, DESCONSIDERANDO PROCESSOS EM ANDAMENTO PARA QUALQUER FIM E REDUÇÃO DO ACRÉSCIMO DAS MAJORANTES ESPECÍFICAS AO MÍNIMO LEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

2- *Inquéritos e processos em andamento não podem configurar antecedentes criminais, nem servir para consideração de má conduta social ou personalidade deformada, sob pena de se atentar contra o princípio de não-culpabilidade.*

(...)

4- *Ordem parcialmente concedida para anular a dosimetria da pena, desconsiderar como antecedentes, má conduta social ou má personalidade, inquéritos e processos em andamento e reduzir o acréscimo pelas majorantes específicas ao mínimo legal."*

(HC 89.532/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Jane Silva, Desembargadora convocada do TJ/MG, DJU de 10/03/2008).

Portanto, merece reparo a dosimetria da pena no que tange à fixação da pena-base do delito referenciado, que deve ser redimensionada no bojo do presente remédio heróico.

Destarte, antes de proceder ao reparo da pena, verifico que o paciente encontra-se submetido à flagrante ilegalidade, eis que sua pena foi fixada acima do mínimo legal em violação ao art. 59 do Código Penal.

Com efeito, da leitura do excerto da sentença colacionado, verifica-se que houve violação ao **art. 59 do Código Penal** uma vez que a pena, para ser fixada acima do mínimo legal, exige fundamentação **concreta** e **vinculada**. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. O **princípio do livre convencimento fundamentado** ou da **persuasão racional** não o permite (art. 157, 381, 387 e 617 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, 2ª parte da **Lex Maxima**). Assim, a ausência de fundamentação indica **error in procedendo**. É orientação do **Pretório Excelso, in verbis**:

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

A fixação da pena-base acima de seu mínimo legal deve



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apoiar-se em elementos concretos, objetivamente demonstrados, que justifiquem a exasperação, não se mostrando suficiente, para tal fim, a simples referência ao texto genérico da lei (CP, art. 59).

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

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

Habeas corpus parcialmente deferido.

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

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

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

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

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

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

Na mesma linha tem decidido esta Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base. (Precedentes).

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

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

Writ concedido.

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

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

"PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVOS CONCRETOS NÃO-APONTADOS. ART. 59 E 68 CP. MÉTODO TRIFÁSICO. INOBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

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

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

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

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

Ordem concedida."

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

Assim, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena. **Explico!**

Foram considerados desfavoráveis os antecedentes criminais e a personalidade do agente.

Os antecedentes criminais, pelos motivos já expostos no início do voto, foram indevidamente considerados para elevar a pena-base.

A personalidade do paciente, por sua vez, foi considerada desfavorável, ao argumento de que é "(...) constantemente envolvido em investigações criminais (...)" (fl. 184). Ocorre que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo - não sendo, portanto, expert) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base. Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. MINORANTE (TEXTO LEGAL VINCULADO). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 44, **CAPUT**, DA LEI Nº 11.343/2006 (**NOVATIO LEGIS IN PEJUS**). NECESSIDADE DE EXAME DE QUAL LEI, EM SUA INTEGRALIDADE, SERIA MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanejar a elevação da reprimenda. (Precedentes).

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

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, bem como de sua conduta social, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de justificar o aumento da pena-base (Precedente).

IV - **In casu**, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau, mantida pelo e. Tribunal **a quo**, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, assim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

V - (...).

VI - (...).

VII - (...).

VIII - (...).

IX - (...).

X - (...).

XI - (...).

XII - (...).

XIII - (...).

XIV - (...).

Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, reconhecida a vedação à combinação de leis, determinar que o Juízo da Vara de Execuções analise qual lei apresenta-se mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favorável ao paciente."

(HC 126.543/RJ, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 14/09/2009).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO. MATÉRIA NÃO-SUSCITADA NO TRIBUNAL A QUO. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DO TEMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO DESVINCULADA DE DADOS CONCRETOS. IMPOSSIBILIDADE. LATROCÍNIO TENTADO. CONDOTA DIRIGIDA À SUBTRAÇÃO DE BENS NA SUA UNIVERSALIDADE. VIOLÊNCIA EXERCIDA CONTRA UMA SÓ PESSOA. CRIME ÚNICO. AUSÊNCIA DE CONCURSO FORMAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. (...).

2. (...).

3. No caso, verifica-se que o magistrado sentenciante valorou negativamente a personalidade do agente, limitando-se a constatar, de forma genérica e vaga, que o paciente apresenta "transtornos antissociais" decorrentes da dificuldade de se amoldar às regras de convivência social e lucro lícito, não havendo fundamentação concreta que justifique a elevação da pena-base.

4. No mesmo sentido, constitui o lucro fácil motivo comum a todos os delitos patrimoniais, não se podendo daí extrair maior reprovabilidade da conduta do paciente, a justificar a majoração da reprimenda. Precedente do STJ.

5. (...).

6. (...).

7. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente, especificamente quanto às circunstâncias judiciais atinentes à personalidade e aos motivos, devendo outra decisão, com idônea motivação, ser proferida. **Habeas Corpus** concedido, de ofício, para reconhecer, no tocante ao latrocínio, a existência de crime único, retirando-se a causa de aumento relativa ao concurso formal."

(HC 83.326/BA, 5ª Turma, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 09/03/2009).

Assim, conclui-se que não existem, nos autos, argumentos suficientes aptos a justificarem a fixação da pena acima do mínimo legal. **Data venia**, a nulidade é manifesta, absoluta, e deve ser sanada, para que a dosimetria seja refeita.

Feitas essas considerações estabeleço a pena-base no mínimo legal previsto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o tipo. Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes e causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva em **01 (um) ano de reclusão**.

Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no **regime prisional aberto**.

Finalmente, atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, deve-se reconhecer o direito do paciente à substituição da pena privativa de liberdade por **uma pena restritiva de direitos**, a ser estabelecida pelo Juízo das Execuções Criminais.

Ante o exposto, concedo a ordem para refazer a dosimetria da pena, nos termos delineados do voto, e, conseqüentemente, substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo das Execuções.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0107539-1
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 10914663 12922002

HC 138190 / SP

EM MESA

JULGADO: 18/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO SANCHES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE FERREIRA VARES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Brasília, 18 de fevereiro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário