



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.191 - RS (2012/0036129-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RÉGIS AUGUSTO MARTINS XAVIER - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON POLITO RODRIGUES

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA NOS AUTOS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO PATRIMONIAL. DUAS QUALIFICADORAS. UMA VALORADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. OUTRA PARA TIPIFICAR A CONDUTA DELITIVA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. Na espécie, deixou-se de proceder à demonstração, mediante documentação comprobatória suficiente, da tese de nulidade do laudo pericial elencada pela defesa, eis que ausente qualquer evidência de que os peritos que prestaram compromisso não eram qualificados, nos termos legais, não sendo possível apurar, portanto, qualquer ilegalidade.
3. Impende ressaltar que cabe ao impetrante a escorreita instrução do *habeas corpus*, indicando, por meio de prova pré-constituída, o alegado constrangimento ilegal.
4. A existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, conforme se depreende das certidões acostadas aos autos, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.
5. No presente delito patrimonial, em havendo o concurso de agentes e o rompimento de obstáculo, é possível que uma circunstância seja utilizada para tipificar a conduta, como furto qualificado, e a outra empregada na dosimetria da sanção, a fim de se considerar como desfavorável circunstância judicial, acrescendo, assim, a pena-base.
6. A substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos não se mostra possível, visto a estipulação da pena-base acima do mínimo legal, com espeque no artigo 44, inciso III, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de maio de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.191 - RS (2012/0036129-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RÉGIS AUGUSTO MARTINS XAVIER - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON POLITO RODRIGUES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDERSON POLITO RODRIGUES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (HC n.º 70044966851).

Ressuma dos autos que o paciente foi condenado, em 21.2.2011, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais 10 (dez) dias-multa, por prática descrita no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal. Foi-lhe vedada a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, mas facultado o recurso em liberdade (Processo n.º 077/2.08.0003610-4, da 2.ª Vara Criminal da comarca de Venâncio Aires/RS).

Alegando nulidade pela inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal, carência probatória e afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido pelo Colegiado estadual apenas para suspender o pagamento das custas judiciais. A ementa do julgado tem a seguinte dicção (fl. 225):

"APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL REJEITADA.

O art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.680/08, permite que as partes façam perguntas diretamente às testemunhas e tal faculdade não retirou do juiz a possibilidade de também questioná-las.

PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

A materialidade e a autoria restaram suficientemente comprovadas pela prova produzida nos autos. O réu negou a prática do fato, mas a prova é segura para o juízo condenatório, especialmente o depoimento do menor que o acompanhou, na polícia, juntamente com o do policial que efetuou sua prisão, em juízo.

PENA. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO.

Pena-base fixada seis meses acima do mínimo legal, pela presença de vetores negativos do artigo 59 do CP. Redução de dois meses pela menoridade. Pena definitiva de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Inviabilidade da substituição da privativa de liberdade, diante dos antecedentes do réu.

ISENÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA. DESCABIMENTO NESTA SEDE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eventual isenção de pagamento da multa, por tratar-se de pena, cominada cumulativamente com a reclusiva no tipo penal, não é de ser postulado nesta sede, mas em execução penal.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DAS CUSTAS, COM BASE NA LEI Nº 1060/50.

PRELIMINAR REJEITADA. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO."

Daí o presente *writ*, no qual alega o impetrante que deve ser afastada a qualificadora do rompimento de obstáculo, pois o laudo pericial é nulo, pois não indica a qualificação dos peritos leigos nomeados, nem mesmo se tem curso superior.

Assevera, ainda, que a pena-base não poderia ter sido exasperada pelos maus antecedentes, pois não há nos autos prova de condenações transitadas em julgado contra o paciente, incidindo a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

Aduz que, afastado o rompimento de obstáculo, deve o concurso de agentes funcionar como qualificadora e não mais como circunstância negativa do crime, o que faz com que a pena-base deva ficar no mínimo legal.

Defende a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois a benesse não foi concedida em razão dos maus antecedentes que, na espécie, não existem.

Pede, liminarmente, seja suspensa a execução da pena até o julgamento deste *writ*. No mérito, pugna pelo afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, em razão da nulidade do laudo pericial, bem como pela fixação da pena-base no mínimo legal, ante a inexistência dos maus antecedentes e, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 248/250), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 270/295, e ao Juízo de primeiro grau, acostadas às fls. 255 e 257/268.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Wagner Natal (fls. 298/303), pela denegação da ordem.

Notícias colhidas no sítio do Tribunal de origem e juntadas aos autos dão conta de que o feito na origem foi suspenso (fls. 306/308 e 309), ainda não se iniciando o cumprimento da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.191 - RS (2012/0036129-1)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. AUSENTE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA NOS AUTOS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DELITO PATRIMONIAL. DUAS QUALIFICADORAS. UMA VALORADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. OUTRA PARA TIPIFICAR A CONDUTA DELITIVA. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA. INVIABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. Na espécie, deixou-se de proceder à demonstração, mediante documentação comprobatória suficiente, da tese de nulidade do laudo pericial elencada pela defesa, eis que ausente qualquer evidência de que os peritos que prestaram compromisso não eram qualificados, nos termos legais, não sendo possível apurar, portanto, qualquer ilegalidade.
3. Impende ressaltar que cabe ao impetrante a escorreita instrução do *habeas corpus*, indicando, por meio de prova pré-constituída, o alegado constrangimento ilegal.
4. A existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, conforme se depreende das certidões acostadas aos autos, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.
5. No presente delito patrimonial, em havendo o concurso de agentes e o rompimento de obstáculo, é possível que uma circunstância seja utilizada para tipificar a conduta, como furto qualificado, e a outra empregada na dosimetria da sanção, a fim de se considerar como desfavorável circunstância judicial, acrescendo, assim, a pena-base.
6. A substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos não se mostra possível, visto a estipulação da pena-base acima do mínimo legal, com espeque no artigo 44, inciso III, do Código Penal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção do paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A questão trazida a deslinde abarca o reconhecimento da nulidade do laudo pericial, a minoração da pena-base - diante da inidônea fundamentação declinada - e a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos.

Em um primeiro momento, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las." (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do REsp ou a impetração do *habeas corpus*. Mostra-se imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração. Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente violação da lei.

Para o exame das alegações defensivas, mister se faz a transcrição da sentença condenatória (fls. 153/156):

"(...)

A defesa, fls. 110/117, postulou pela improcedência da ação e absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VI do CPP.

(...)

Assim, embora a alteração da versão, em juízo, a prova é suficiente à comprovação da autoria, e das qualificadoras do concurso e do rompimento de obstáculo.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação penal, e CONDENO o réu ANDERSON POLITO RODRIGUES como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, I e IV, do Código Penal.

PASSO À APLICAÇÃO DA PENA:

Reprovável a conduta do acusado, pois poderia ter-se conduzido de maneira diversa, o que não aconteceu. Conduta social sem elementos desabonatórios nos autos. Antecedentes desfavoráveis, com diversas condenações, embora tecnicamente primário. Personalidade normal. Motivos consubstanciados na obtenção de dinheiro para aquisição de droga. Circunstâncias agravadas pelo cometimento do delito em co-autoria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consequências minoradas pela recuperação da *res furtiva*. Comportamento da vítima irrelevante à prática delituosa.

Atendendo aos elementos do artigo 59, Código Penal, fixo a pena-base em dois anos e seis meses de reclusão e multa, que fixo em 10 dias-multa, à razão unitária de 1/30 do salário mínimo, à vista da situação pessoal do acusado.

Incidente a atenuante da menoridade, razão porque diminuo a pena privativa de liberdade aplicada em dois meses. **Pena definitiva:** dois anos e quatro meses de reclusão e multa, que mantenho no mínimo legal.

A pena deverá ser cumprida, inicialmente, em regime aberto, a teor do disposto no artigo 33, § 2º, 'c', do Código Penal, no Presídio de Santa Cruz do Sul/RS.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade aplicada, à vista dos antecedentes do acusado.

Poderá o réu apelar em liberdade.

(...)"

Colhem-se do aresto vergastado estes excertos (fls. 233/235):

"(...)

Quanto ao pleito defensivo de afastamento da qualificadora de rompimento de obstáculo, não merece ser acolhido. A alegação de que a qualificadora foi aplicada com base somente em depoimentos não é verdadeira, pois se verifica no processo a existência do auto de constatação de exame de furto qualificado (fl. 14), assim como o termo de compromisso assinado pelos peritos nomeados (fl. 13), devendo a qualificadora ser mantida.

Ademais, a natureza do referido exame, consistente na singela aferição de rompimento de obstáculo, torna inexigível qualquer qualificação específica daqueles que o fazem. E esta prova técnica não é a única apta à comprovação da incidência da qualificadora do furto, pena de a forma superar a efetividade do processo. Ressalte-se que o juiz, salvo hipóteses excepcionais, não está adstrito a um exclusivo critério na valoração das provas. O conjunto probatório convincente também corrobora a existência da qualificadora.

(...)

Destarte, deve ser mantida a condenação, como constou da sentença.

Passo, então, a analisar o APENAMENTO.

À vista das circunstâncias judiciais a pena-base foi fixada na sentença em dois anos e seis meses de reclusão, por valorar negativamente os antecedentes criminais (antecedentes desfavoráveis, com diversas condenações, embora tecnicamente primário) e circunstâncias (agravadas pelo cometimento do delito em co-autoria).

Não merece modificação a basilar, na medida em que presentes vetores negativos do art. 59, do CP, o que autoriza a elevação da pena-base acima do mínimo legal, sendo perfeitamente viável a valoração de uma das qualificadoras do furto na pena-base e a outra na qualificação do crime.

Pela atenuante da menoridade a pena foi reduzida em dois meses, restando definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pois ausentes outras moduladoras.

O regime inicial de cumprimento da pena é o aberto, conforme



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comando sentencial.

Mantido o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade, por ausente o requisito subjetivo, em razão dos inúmeros antecedentes do apelante.

A pena de multa foi fixada no mínimo legal.

(...)

EM FACE DO EXPOSTO, voto no sentido de rejeitar a preliminar e dar parcial provimento ao apelo defensivo, para suspender a exigibilidade do pagamento das custas processuais."

No caso em questão, verifica-se que não é possível, pelo que consta dos autos, aferir com segurança qualquer pecha no laudo pericial.

Com efeito, a averiguação acerca da tese de nulidade do laudo pericial elencada pela defesa, resta obstaculizada, visto que sequer foram acostados aos autos qualquer evidência de que os peritos que prestaram compromisso não eram qualificados, nos termos legais, inexistindo, portanto, no feito documentação comprobatória suficiente para a aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido.

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

"Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de habeas corpus seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade." (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova pré-constituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado."

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

"CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de 'decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários', os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeatur, o que não se pode verificar in casu.

V. Ordem denegada."

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. REFERÊNCIAS A FEITOS PENAIIS EM CURSO. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO. INVIÁVEL A COGNIÇÃO.

1. O remédio heróico, dada a sua natureza peculiar, não comporta dilação probatória. Na hipótese, não tendo cumprido o impetrante o dever de bem instruir a inicial, torna-se inviável a perfeita cognição do pleito deduzido.

2. Ordem não conhecida."

(HC 87185/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 20/10/2008)

"*HABEAS CORPUS*. FURTO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ CONSTITUÍDA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. O *habeas corpus*, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que o seu procedimento não admite dilação probatória (Precedentes).

2. Havendo multiplicidade de condenações com trânsito em julgado, nada obsta a exasperação da sanção na primeira e na segunda etapas do critério trifásico de aplicação da reprimenda, sem que isso configure bis in idem.

3. Na hipótese, o impetrante não cuidou de trazer aos autos a comprovação de que uma mesma condenação com trânsito em julgado serviu tanto para valorar negativamente circunstâncias judiciais quanto para reconhecer a existência de reincidência, o que impede seja analisada parte das questões formuladas.

4. No entanto, o juízo de primeiro grau não apresentou qualquer justificativa para a valoração negativa dos motivos e das circunstâncias do crime, detendo-se a qualificá-los como 'injustificáveis'.

5. Ordem parcialmente concedida a fim de, afastadas parte das circunstâncias judiciais desfavoráveis, reduzir a reprimenda para 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantido o regime prisional fechado para início de desconto da sanção corporal."

(HC 141.873/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 01/02/2011)

"*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. NULIDADE DO INTERROGATÓRIO. ADVERTÊNCIA DO ART. 186 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SILÊNCIO EM DESFAVOR DA DEFESA. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DO *WRIT*. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Se os autos não estão instruídos com os documentos indispensáveis à análise da pretensão, haja vista que não foi juntada cópia dos interrogatórios dos pacientes, fica inviabilizada a avaliação do apontado constrangimento ilegal, destacando-se ser ônus dos impetrantes a devida instrução do *writ*.

2. Esta Corte já decidiu que a existência de irregularidade na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

advertência feita por ocasião do interrogatório, prevista no art. 186 do Código de Processo Penal, é causa de nulidade relativa, cuja declaração depende de oportuna alegação e de demonstração do prejuízo.

3. Se, além de não constar dos autos o interrogatório dos pacientes, inviabilizando a análise dos termos em que feita a advertência, a matéria não foi suscitada oportunamente e não foi demonstrado o prejuízo causado aos pacientes, que não confessaram a prática delitiva, inviável o reconhecimento da nulidade.

4. Ordem denegada."

(HC 87058/CE, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 22/03/2010)

No que tange à dosimetria da pena, vê-se que o Juiz de primeiro grau aumentou a reprimenda-base acima do patamar mínimo, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes e às circunstâncias do crime.

Ao que cuido, até a data do fato imputado, é de ver que o acusado somente possuía anotado em sua folha de antecedentes processos em curso (fls. 33 e 40/42). Se assim o é, não se poderia consignar maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Esse é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais: 'Em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se considera mau antecedente o processo criminal em curso' (HC-70.967, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 12.11.2007).

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 152.478/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE ABSTRATA E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, em desarmonia com o disposto no artigo 59 do Código Penal, tendo o magistrado apontado a gravidade abstrata do delito e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias inerentes ao tipo penal para justificar a majoração, contudo, sem indicar qualquer elemento concreto e idôneo para tal fim.

2. O fato de o paciente responder a dois outros processos não é suficiente para demonstrar 'péssimos antecedentes', pois não se admite a utilização de processos sem trânsito em julgado para caracterização desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula nº 444 desta Corte.

3. Assim, deve a pena do homicídio consumado ser reduzida ao mínimo legal de 12 anos de reclusão e a do homicídio tentado para 4 anos de reclusão.

4. Reconhecida a continuidade nas instâncias ordinárias, constata-se que ela é mais benéfica ao apenado. Dessa forma, deve a pena mais grave (12 anos de reclusão) ser aumentada em 1/6 - patamar adotado pelo Juiz - fixada a pena definitiva em 14 anos de reclusão.

4. Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente para 14 anos de reclusão."

(HC 141.620/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A UM ANO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Hipótese em que o magistrado *a quo* estabeleceu o regime prisional semiaberto e negou a substituição da pena por medida restritiva de direitos por reconhecer os antecedentes criminais do paciente, decorrentes de uma condenação sem trânsito em julgado.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos e processos em curso como maus antecedentes, exigindo-se, para tal fim, que haja sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Súmula nº 444/STJ.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o desconto da sanção, bem como para substituir a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, a ser detalhada pelo Juiz da execução, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão."

(HC 164.883/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SURSIS. NÃO-CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o *SURDIS* às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento."

(HC 140.306/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

Confira-se, inclusive, o que dispõe a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

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

De fato, do atento exame da certidão juntada às fls. 40/42, observa-se que o magistrado singular somente se referiu a feitos que o paciente detinha em seu desfavor, ainda em trâmite, os quais foram indevidamente empregados para majorar a sanção-base (fl. 156). De se expurgar, portanto, o acréscimo no ponto.

No tocante à circunstância do crime, de se ressaltar que, na dosimetria do delito patrimonial, praticado o furto mediante concurso de agentes e rompimento de obstáculo, empregou o juiz uma como qualificadora, deslocando as bandas punitivas para o § 4.º do art. 155 do Código Penal; já a segunda, foi utilizada como circunstância judicial, exasperando a pena-base. Nada de ilegal, portanto.

Nesse sentido, fitem-se os seguintes arestos das Turmas que compõem a Terceira Seção:

"*HABEAS CORPUS*. FURTO. DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O DELITO E DA OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. POSSIBILIDADE. SISTEMA TRIFÁSICO. AUSÊNCIA DE OFENSA. COAÇÃO NÃO PATENTEADA.

1. Consoante orientação sedimentada nessa Corte Superior, havendo pluralidade de qualificadoras, é possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das outras como circunstâncias negativas - agravantes, quando previstas legalmente, ou como circunstância judicial, residualmente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CONSIDERAÇÃO DAQUELA PRÓPRIA DO TIPO. INVIABILIDADE. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. DESFAVORABILIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS. *MODUS OPERANDI*. NEGATIVIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO PARA A VÍTIMA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL SOMENTE EM PARTE DEMONSTRADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Mostra-se inviável considerar como desfavorável ao agente circunstância inerente à culpabilidade em sentido estrito, a qual é elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida.

2. Inviável afastar a conclusão de maus antecedentes e de personalidade voltada para a prática de ilícitos, assim comprovada diante de condenação definitiva anterior e do extenso rol de crimes anotados na folha penal do agente, indicativos de que o seu envolvimento com o ilícito não é esporádico, a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria.

3. Apontados elementos concretos que autorizam a conclusão pela desfavorabilidade das circunstâncias do delito, haja vista o *modus operandi* empregado, bem como da conduta social, inviável a fixação da reprimenda-base no mínimo legalmente previsto.

4. Havendo suficiente fundamentação quanto às consequências do delito para a vítima, que sofreu prejuízo de aproximadamente R\$ 120.000,00 em razão do crime praticado pelo acusado, não há que se falar em ilegalidade da sentença na parte em que aumentou a pena-base em razão da desfavorabilidade dessa circunstância judicial, nem do aresto que a manteve nesse ponto.

ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE REDUÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da suposta inadequação do quantum de redução da pena procedida na segunda fase da dosimetria, pelo reconhecimento da atenuante genérica da confissão espontânea, tendo em vista que essa matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, pois implicaria a indevida supressão de instância.

2. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida em parte a ordem para reduzir a pena-base do paciente, fixando sua reprimenda definitivamente em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, mantidos, no mais a sentença condenatória e o acórdão proferido."

(HC 170.135/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES. QUALIFICADORAS. MEIO CRUEL E RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. PRETENDIDA EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE PARA AFASTAR A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do *writ*, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos a apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, uma vez que o Conselho de Sentença, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da pronúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, concluiu pela procedência das qualificadoras do emprego de meio cruel e de recurso que impossibilitou a defesa da vítima - decisão esta que, fundamentadamente, foi mantida pelo Tribunal a quo quando do julgamento do recurso de apelação -, mostra-se inviável que esta Corte Superior de Justiça proceda a um juízo de valor acerca da caracterização ou não das referidas qualificadoras, sob pena de imiscuir-se indevidamente na competência constitucional assegurada ao Tribunal do Júri.

4. Tendo sido devidamente fundamentada a negatividade da circunstância judicial da culpabilidade, com base em elementos concretos dos autos e diversos do tipo penal violado, não há nenhum constrangimento ilegal a ser sanado nesse ponto, sobretudo em se considerando que o paciente efetuou o golpe de faca na região do pescoço da vítima, o que, a toda evidência, revela uma maior reprovabilidade da conduta delituosa praticada.

5. Mostra-se inviável afastar a conclusão acerca de maus antecedentes quando não é trazida à colação cópia da folha de antecedentes penais do paciente, pois fica inviável aferir se, quando do cometimento do delito objeto do presente writ, o acusado não ostentava, de fato, condenação anterior transitada em julgado geradora de maus antecedentes.

6. Reconhecida mais de uma qualificadora, uma implica o tipo qualificado, enquanto as demais ou ensejam a exasperação da pena-base ou são utilizadas para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, quando previstas no art. 61 do Código Penal.

7. Não há constrangimento ilegal quando verificado que a qualificadora do emprego de meio cruel (inciso III) foi considerada para qualificar o delito de homicídio, e a qualificadora relativa ao recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima (inciso IV) foi sopesada para fins de exasperação da pena-base, a título de circunstâncias desfavoráveis do crime, em observância ao princípio do *non bis in idem*.

8. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 222.000/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. Consoante jurisprudência desta Corte, havendo pluralidade de qualificadoras, possível que uma seja utilizada para caracterizar o tipo qualificado e a outra como circunstância judicial desfavorável.

2. No caso, incidiam as qualificadoras do abuso de confiança e do concurso de agentes, sendo que uma serviu para a tipificação do crime de furto qualificado e a outra como circunstância judicial desfavorável - motivo pelo qual a pena-base foi fixada acima do mínimo legal -, não havendo qualquer constrangimento ilegal ocasionado ao paciente.

3. Ordem denegada."

(HC 202.035/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2011, DJe 15/06/2011)

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. (1) ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. VIOLAÇÃO. (2) PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. ILAÇÃO INDEVIDA. FULCRO EM FEITOS PENDENTES DE JULGAMENTO. (3) CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO REPARAÇÃO DO PREJUÍZO. CRIME DE FURTO. PARTICULARIDADE ÍNSITA AO TIPO. IMPOSSIBILIDADE. (4) CIRCUNSTÂNCIAS. CONCURSO DE AGENTES. *BIS IN IDEM*. FURTO QUALIFICADO. CONSTRANGIMENTO AUSÊNCIA. QUALIFICADORA DE ESCALADA. COMPARSARIA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (5) PENA BASE. ACIMA DO MÍNIMO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ADEQUAÇÃO. PENA SUBSTITUTIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não é fundamento idôneo para a exasperação da pena-base acima do mínimo legal - a título de antecedentes ou de personalidade voltada para o crime - a existência de ações penais em curso contra o paciente ou a motivação do crime própria do tipo penal.

2. No universo do crime de furto, a reparação do dano pode repercutir favoravelmente ao agente; contudo, a ausência de tal procedimento não pode militar negativamente visto que tal particularidade já se encontra valorada pelo legislador no âmbito de reprovabilidade do próprio tipo penal.

3. Cuidando-se de crime duplamente qualificado, uma das circunstâncias justifica o deslocamento do preceito sancionador para o tipo derivado, podendo a outra figurar como agravante ou circunstância judicial.

4. Havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, justifica-se, a teor do art. 33, § 3.º, do Código Penal, a fixação do regime inicial semiaberto e, nos moldes do art. 44, III, do mesmo diploma legal, a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem concedida para, reconhecendo a indevida exasperação da pena base, redimensioná-la, de cinco anos de reclusão e cento e oitenta dias multa, no mínimo legal, com regime inicial fechado, para dois anos, quatro meses e quinze dias de reclusão, com regime inicial semiaberto, e vinte e dois dias multa, no mínimo legal, remanescendo, no mais, o arresto atacado."

(HC 104.071/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

07/05/2009, DJe 25/05/2009)

Relativamente à substituição da reprimenda reclusiva por restritivas de direitos, inviável o acolhimento do pleito defensivo, a teor da legislação penal vigente, *verbis*:

"Art. 44 - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Alterado pela L-009.714-1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e **as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.**"

De fato, é de ver que a pena do paciente foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável.

Assim, conquanto a reprimenda final tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a não substituição da pena reclusiva deveu-se à existência de circunstância judicial desfavorável, em estrita observância ao disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal, norma penal que remete ao exame das circunstâncias judiciais para a substituição da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

"PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. AGRAVAMENTO. POSSIBILIDADE.

1 - Fixada a pena base acima do mínimo legal, em virtude de circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a imposição de regime inicial mais gravoso, no caso o fechado.

2. Assim, ausente patente ilegalidade, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *habeas corpus*.

3 - Ordem denegada."

(HC 113.688/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CERTIDÕES QUE COMPROVEM A ALEGADA PRIMARIEDADE DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A sanção imposta ao paciente revela-se razoável, visto que a pena-base foi estabelecida um pouco acima do mínimo legal (três meses) em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, vale dizer, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presença de antecedentes negativos, sendo fixada nos termos do art. 59, c/c o art. 68, ambos do Código Penal.

2. A folha de antecedentes criminais, juntada pela própria impetrante às fls. 14/17, que corresponde às de fls. 58/61 dos autos principais, não se mostra suficiente para comprovar a alegada primariedade do paciente, visto que a sentença condenatória se reporta a outras certidões negativas, que não foram acostadas ao presente feito.

3. Dessarte, as aludidas certidões mostram-se imprescindíveis à avaliação de quais processos foram levados em consideração para o reconhecimento dos maus antecedentes.

4. De outra parte, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

5. No que diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deve ser mantido o entendimento da instâncias ordinárias, pela inadmissibilidade da incidência do referido benefício, porquanto não satisfeitos os requisitos contidos no art. 44, III, do Código Penal, pois os antecedentes criminais apontados não indicam que tal benesse seja suficiente para a prevenção e repressão do crime pelo qual o paciente foi condenado.

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 117.812/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 01/06/2009)

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA DE VEÍCULO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal e a fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o semi-aberto, foram devidamente justificadas pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Com efeito, a particularidade de se tratar de receptação de veículo, que pressupõe crime anterior grave, além de ter ficado comprovado que o paciente era o dono da oficina especializada em desmanche de veículos, fazendo dessa atividade o seu meio de vida, como bem acentuou o acórdão impugnado, torna especialmente grave a conduta, que, por isso, merece maior reprovação. Importante ressaltar que a elevação ocorreu de forma moderada e proporcional, apenas em 6 meses acima do mínimo previsto na norma penal de regência (3 anos).

3. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso, como reiteradamente tem decidido esta Corte.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, quando não atendidos os requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

5. Precedentes do STJ.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 91.822/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 09/12/2008)

"*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUFICIÊNCIA. INCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

2. De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90.

3. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90 ao regime progressivo, resta afastado o fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o sursis.

4. A substituição da pena privativa de liberdade pela sanção restritiva de direitos, prevista no artigo 44 do Código Penal, enquanto resposta penal em natureza, está subordinada, inarredavelmente, ao princípio da suficiência.

5. Concluindo a Corte Estadual pela necessidade do réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, à luz de motivação excludente, em natureza, das condições da pena restritiva de direito, também recusa a substituição da pena privativa de liberdade, por necessária consequência, ante sua insuficiência.

6. Ordem denegada."

(HC 76.290/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJe 22/09/2008)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E MAUS ANTECEDENTES. DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RESISTÊNCIA. ADOÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O RESGATE DA SANÇÃO CORPORAL FUNDAMENTADA NAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. As circunstâncias judiciais desfavoráveis (elevada culpabilidade, circunstâncias do crime e maus antecedentes, em vista das condenações transitadas em julgado) autorizam a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da sanção corporal, ainda que a pena total tenha sido concretizada em 5 anos. Precedentes.

2. O paciente não comprovou a alegada primariedade; ao contrário, indicam os autos que possui pelo menos duas condenações penais transitadas em julgado, estando ademais cumprindo pena em relação ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de resistência.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada."

(HC 193.146/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 03/06/2011)

"*HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.

1. A pretensão absolutória, por demandar inevitável incursão no conjunto fático-probatório, não se mostra compatível com a via estreita do *habeas corpus*.

2. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, antecedentes e consequências do crime - autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

3. Ordem denegada."

(HC 69.527/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 23/05/2011)

Dessarte, afastada a circunstância judicial supramencionada - antecedentes -, reduzo o *quantum* da pena-base para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa. Mantenho a minoração pela menoridade relativa em 2 (dois) meses, tornando a sanção, em 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário do ínfimo previsto em lei, a qual torno definitiva ante a ausência de outras causas de modificação da reprimenda.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Contudo, **de ofício, concedo** a ordem a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, mantendo o regime outrora cominado na sentença, nos autos do Processo n.º 0036102-47.2008.8.21.0077 - n.º 077/2.08.0003610-4 -, da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Venâncio Aires/RS.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0036129-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 234.191 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 361024720088210077 70044966851 7720800036104

EM MESA

JULGADO: 22/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RÉGIS AUGUSTO MARTINS XAVIER - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ANDERSON POLITO RODRIGUES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.