



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 137.260 - RJ (2009/0100287-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : FRANCISCO AMARAL MANSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : QUÉSIO AURÉLIO GUEDES FARIA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. OCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MEDIDA QUE NÃO SE APRESENTA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

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 CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes do STF e STJ**).

II - **In casu**, 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 da pena em razão da **personalidade do agente**.

III - **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**).

IV - Para que o sentenciado seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal (**Precedentes**).

V - **Na espécie**, a culpabilidade do paciente e as circunstâncias do crime, valoradas negativamente na r. sentença e no v. acórdão recorrido, bem como as peculiaridades do caso, demonstram que a pretendida substituição da pena não se apresenta socialmente recomendável.

Ordem parcialmente concedida apenas para redimensionar o **quantum** da pena imposta ao paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.260 - RJ (2009/0100287-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em benefício de QUÉSIO AURÉLIO GUEDES FARIA, em face de v. acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Criminal n.º **2006.050.05909**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado por infração ao art. 316 c/c art. 29, ambos do Código Penal, à pena de **04 (quatro) anos de reclusão**, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa.

Irresignadas, as partes interpuseram recursos de apelação. O e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, negou provimento ao apelo do assistente da acusação e deu parcial provimento aos recursos defensivos para redimensionar a pena imposta aos réus para 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 36 (trinta e seis) dias-multa. Eis a ementa do v. acórdão:

"CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Concussão. Processo. Nulidade. Não ocorrência. Sentença condenatória. Absolvição. Insuficiência de provas. Não verificação. Reprimendas. Redução. Possibilidade. Pena privativa de liberdade. Substituição. Descabimento. Regime prisional. Atenuação. Hipótese. A falta de notificação dos agentes para apresentação de resposta escrita, prevista no artigo 514 do Código de Processo Penal, não acarreta a nulidade do processo se a denúncia está instruída com inquérito policial e, com muito mais razão, com auto de prisão em flagrante; aliás, tal matéria está agora pacificada pela Súmula nº 330 do Superior Tribunal de Justiça. Cabe ao juiz aquilatar quais as diligências requeridas pelas partes que interessam ao esclarecimento dos fatos e, por consequência, à busca da verdade real, indeferindo aquelas que se mostrem desnecessárias ou meramente protelatórias, como ocorreu no presente caso. Tendo o Magistrado enfrentado, na fundamentação, uma a uma, as teses trazidas pelas partes, fazendo a exposição sucinta de cada uma delas, não há que se cogitar da nulidade de sentença recorrida. Demonstrando as provas dos autos que os agentes, em comunhão de ações e desígnios e em razão de suas funções de policiais civis, exigiram, para si, vantagem indevida da vítima, impossível se mostra a reforma da solução condenatória encontrada. Tendo sido as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimendas fixadas com bastante severidade, impõe-se pequena redução das mesmas, em que pese a boa fundamentação da decisão recorrida. Descabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que a infração penal, além de ter causado séria intranqüilidade e dissabor para a vítima, foi praticada com grave violação ao elementar dever dos agentes de cumprir e fazer cumprir as leis e com severa ameaça de instauração de investigação criminal contra o lesado, sabendo-o inocente. É de se atenuar o regime prisional para o aberto, que, no caso, é o que melhor se amolda ao quantum da pena corporal aplicada e à condição de primário dos agentes." (fls. 79/80).

Nas razões do presente **writ**, alega o impetrante, em suma, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal em seu **status libertatis**, pois a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem fundamentação concreta. Sustenta, ainda, que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Requer, em suma, a concessão da ordem para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, com a consequente substituição da pena por restritivas de direitos.

Liminar indeferida à fl. 64.

Informações prestadas às fls. 69/71 e 122/123.

A d. Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 104/115, manifestou-se pela **denegação** da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 137.260 - RJ (2009/0100287-7)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. OCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MEDIDA QUE NÃO SE APRESENTA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.

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 CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (**Precedentes do STF e STJ**).

II - **In casu**, 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 da pena em razão da **personalidade do agente**.

III - **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**).

IV - Para que o sentenciado seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal (**Precedentes**).

V - **Na espécie**, a culpabilidade do paciente e as circunstâncias do crime, valoradas negativamente na r. sentença e no v. acórdão recorrido, bem como as peculiaridades do caso, demonstram que a pretendida substituição da pena não se apresenta socialmente recomendável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem parcialmente concedida apenas para redimensionar o **quantum** da pena imposta ao paciente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Nas razões do presente **writ**, sustenta o impetrante que não restou devidamente fundamentada a r. sentença e o v. acórdão, que fixaram a pena-base acima do mínimo legal, bem como que tem direito à substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

A r. sentença fixou a pena-base acima do mínimo legal sob os seguintes fundamentos, **in verbis**:

*"Atendendo às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, e como os réus estão na mesma situação jurídica, sendo primários e com bons antecedentes, conforme FAC's acostadas às fls. 134/7 e 153/5, pesando em desfavor a **culpabilidade** e a **personalidade**, uma vez que, na condição de policiais civis, utilizam a atividade policial para a prática delituosa, gerando, desta forma, uma sensação de total insegurança nos cidadãos, pois o policial que devia defender é o próprio bandido, razão pela qual, atendendo aos reclamos da sociedade que vem exigindo uma postura mais firme do Judiciário e, principalmente, com o objetivo de coibir delitos dessa natureza, bem como as **circunstâncias do crime**, pois após obterem o pagamento da primeira parcela de R\$ 850,00, continuaram a exigir mais valores, tentando fazer com que o pagamento de dinheiro por parte do lesado se tornasse corriqueiro, inclusive com ameaças de processá-lo criminalmente por tráfico de entorpecentes e posse ilegal de armas, embora soubessem que o mesmo era inocente, fixo a pena base em 04 anos de reclusão e 40 dias-multa, no valor unitário correspondente a metade do salário mínimo, o dia-multa, porque, como policiais, têm condições de arcar com o pagamento da referida verba.*

(...)

Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no artigo 44 do Código Penal, porque o delito foi praticado mediante grave ameaça à pessoa, no caso de processo criminal em desfavor do lesado e, ainda, pelas circunstâncias judiciais já mencionadas." (grifei - fls. 76/77)

No que tange à dosimetria da pena, o e. Tribunal **a quo** assim decidiu:

"Por outro lado, tendo as reprimendas básicas sido fixadas com bastante severidade, impõe-se pequena redução das mesmas, em que pese a boa fundamentação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constante da decisão recorrida. Assim, estabeleço as penas finais de ambos os apelantes em 3 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa.

De outro lado, descabe a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como pretendido pelas Defesas. Como se constata dos autos, a infração penal, além de ter causado séria intranquilidade e dissabor à vítima, foi praticada com grave violação ao elementar dever dos apelantes de cumprir e fazer cumprir as leis e como severa ameaça de instauração de investigação criminal contra o lesado, sabendo-o inocente. Em vista disso e consideradas as circunstâncias e a motivação do crime, a substituição em tela não se revela socialmente recomendável e suficiente para a prevenção e repressão de tal tipo de conduta ilícita.

No entanto é de se atenuar o regime prisional estabelecido na sentença recorrida, uma vez que o aberto é o que melhor se amolda ao **quantum** da pena corporal e à condição de primários dos agentes.

Por fim, não cabe a concessão do sursis, seja pelo **quantum** da pena aplicada, seja porque as circunstâncias judiciais não autorizam a concessão de tal benefício." (fls. 88/89)

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC nº 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/04/2005).

De uma leitura do trecho acima transcrito, entendo 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJU de 04/09/92 etc.

Na mesma linha tem decidido **esta Corte**:

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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.

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).

In casu, 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 em razão da **personalidade do agente**.

De fato, é lamentável que esta circunstância ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. 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 Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 supedanear 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.

(...)

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 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. CONDUCTA DIRIGIDA À SUBTRAÇÃO DE BENS NA SUA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

UNIVERSALIDADE. VIOLÊNCIA EXERCIDA CONTRA UMA SÓ PESSOA. CRIME ÚNICO. AUSÊNCIA DE CONCURSO FORMAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

(...)

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.

(...)

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)

Destarte, a pena-base não poderá ser redimensionada ao mínimo legal, como pretende a defesa, pois foi trazida fundamentação concreta para elevá-la no que tange à **culpabilidade**, haja vista que o paciente, na condição de policial civil, utilizou sua atividade profissional para a prática delituosa, exigindo dinheiro da vítima sob pena de imputar-lhe falsamente a prática do crime de tráfico de drogas e de posse ilegal de armas.

Ademais, também há fundamentação concreta quando às **circunstâncias do crime**, pois mesmo após o pagamento da primeira parcela, o paciente continuou a exigir mais valores da vítima, tentando fazer com que o pagamento se tornasse corriqueiro.

Assim, conclui-se que não existem argumentos suficientes aptos a justificar, no caso, a fixação da pena-base no patamar indicado no acórdão objurgado, com base na **personalidade**. Entretanto, a pena ainda deve permanecer um pouco acima do mínimo legal em razão do desfavorecimento de duas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, quais sejam,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a **culpabilidade do paciente** e as **circunstâncias do crime**.

Assim a nulidade deve ser sanada para que seja reduzida a pena-base para **02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, a qual torno definitiva ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Consequentemente, quanto ao **pedido de substituição da reprimenda corporal**, a ordem não comporta concessão.

A Lei n.º 9.714/98, que alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal, introduziu em nosso sistema a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Assim dispõe o art. 44 do Código Penal, **in verbis**:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)

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 culposos; (Redação dada pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)

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. (Redação dada pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)

§ 1º (VETADO) (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 9.714, de 25.11.1998)" (grifei).

O § 3º do artigo transcrito deixa claro que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos somente poderá ocorrer quando o condenado não for reincidente específico e a medida se apresentar socialmente recomendável.

Na espécie, a culpabilidade do agente e as circunstâncias do crime, valoradas negativamente na r. sentença e no v. acórdão recorrido, bem como as peculiaridades do caso, demonstram que a pretendida substituição da pena não se apresenta socialmente recomendável.

Neste sentido, a reiterada jurisprudência desta Corte:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. (1) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUBTRAÇÃO DE BEM AVALIADO EM MAIS DE UM SALÁRIO MÍNIMO. INAPLICABILIDADE. (2) SURSIS PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PROPOSTA. RÉU JÁ BENEFICIADO ANTERIORMENTE PELA SUSPENSÃO. CONSTRANGIMENTO. INEXISTÊNCIA. (3) SUBSTITUIÇÃO DE PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

(...)

3. Para que faça jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o condenado preencher os requisitos todos do art. 44 do Código Penal.

4. Ordem denegada."

(HC 53.139/PB, 6ª Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 26/11/2007).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 288 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DOS CRIMES FALIMENTARES. REITERAÇÃO DE PEDIDO. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMI-ABERTO. FIXAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

VII - Para que o réu seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal, o que não ocorreu no caso. (Precedentes).

Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente concedido."

(HC 77.885/SP, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU 03/12/2007).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 12, CAPUT, C/C ART. 18, III, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). PRISÃO EM FLAGRANTE. FLAGRANTE PREPARADO OU PROVOCADO. SÚMULA Nº 145/STF. INOCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIO DE RÉU PRESO. ANTERIOR À LEI 10.792/2003. REQUISIÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. SUFICIENTE. ALEGADA PRIMARIEDADE DO PACIENTE. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF. CAUSA DE AUMENTO DA ASSOCIAÇÃO EVENTUAL PARA O TRÁFICO. LEI Nº 11.343/2006. **NOVATIO LEGIS IN MELLIUS**.

(...)

IV- Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

V - A grande quantidade de substância entorpecente apreendida, a culpabilidade exacerbada do paciente e os maus antecedentes são circunstâncias judiciais que justificam o aumento da pena-base acima do mínimo legal (Precedentes).

VI - Para que o réu seja beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, é indispensável o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos constantes do art. 44 do Código Penal, o que não ocorreu no caso. (Precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Ordem parcialmente concedida.

Habeas corpus concedido de ofício."

(HC 81.020/SP, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 14/4/2008).

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** apenas para redimensionar a pena imposta ao paciente para **02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, mantida, no mais, a condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0100287-7

HC 137.260 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050010502450 200605005909

EM MESA

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FRANCISCO AMARAL MANZO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : QUÉSIO AURÉLIO GUEDES FARIA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em
Ge - Concussão

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário