



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.466 - RJ (2010/0057111-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RODRIGO FERREIRA DE OLIVEIRA
PACIENTE : FERNANDA GUIMARÃES BASÍLIO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO INSTRUMENTO PROCESSUAL PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. POSSIBILIDADE DE EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. 4. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 5. UTILIZAÇÃO DE UMA DAS QUALIFICADORAS PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. 6. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA APENAS QUANTO A DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ANÁLISE DIRETA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 7. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE 8. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA READEQUAÇÃO DA PENA.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, mostra-se possível a análise das questões suscitadas na inicial, a fim de evitar-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, desde que a impetração encontre-se devidamente instruída e que os temas tenham sido efetivamente submetidos ao crivo prévio das instâncias ordinárias.

3. Tendo as instâncias ordinárias motivado adequadamente a majoração da pena-base apenas utilizando uma das qualificadoras como circunstância judicial, para os dois pacientes, e considerando os antecedentes para um dos pacientes, e levando-se em conta que para este mesmo paciente foi reconhecida a atenuante de confissão, mostra-se patente o constrangimento ilegal suportado, cabendo, dessa forma, excepcionalmente, o redimensionamento da sanção em sede de **habeas corpus**.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para readequar a dosimetria da pena para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses para ambos os pacientes, a serem cumpridos em regime aberto, deferida a substituição da pena privativa de liberdade pelo pagamento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valor equivalente a 10 (dez) dias-multa e prestação de serviços à comunidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.466 - RJ (2010/0057111-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Rodrigo Ferreira de Oliveira e Fernanda Guimarães Basílio, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, respectivamente, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, em regime semiaberto e 3 (três) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, em regime aberto, pela prática do crime descrito no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal.

Os réus interpuseram apelação, tendo o Tribunal Estadual mantido a dosimetria da pena fixada na sentença, em acórdão assim ementado (fl. 67):

CRIME DE FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO - PRISÃO EM FLAGRANTE - CONDENAÇÃO - RECURSO DEFENSIVO - ALEGAÇÃO DE PROVA INSUFICIENTE - CONFISSÃO JUDICIAL DE UM DOS FURTADORES - NEGATIVA DE AUTORIA DA CO-RÉ QUE NÃO ENCONTRA APOIO NOS ELEMENTOS DOS AUTOS - DEPOIMENTOS FIRMES E CONVINCENTES - DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA - QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES DEMONSTRADA PELO CONJUNTO PROBATÓRIO - PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA JUSTIFICADA - DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.

Daí a presente impetração, na qual se alega, em síntese:

a) ilegalidade no **quantum** da majoração da pena-base de ambos os pacientes;

b) possibilidade de modificação do regime prisional do paciente Rodrigo Ferreira de Oliveira, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos;

Sem pedido liminar, as informações foram prestadas às fls. 83/104.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 108/109, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 167.466 - RJ (2010/0057111-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

A liberdade de locomoção do indivíduo, independentemente dos transtornos dos procedimentos, da gravidade dos fatos criminosos, há muito ocupa lugar de destaque na escala de valores tutelados pelo Direito, razão pela qual sempre mereceu especial tratamento nos ordenamentos jurídicos das sociedades civilizadas.

Lembre-mos que a República Federativa brasileira assenta-se na dignidade da pessoa humana, e não há dignidade sem que haja proteção aos direitos fundamentais, tampouco há dignidade sem que o ordenamento jurídico estabeleça garantias que possibilitem aos indivíduos fazer valer, frente ao Estado, esses direitos.

Entre nós, com os parâmetros que lhe dá a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, é reconhecida a garantia constitucional do **habeas corpus**, criado com o objetivo de evitar ou fazer cessar violência ou coação à liberdade de locomoção decorrente de ilegalidade ou abuso de poder.

O remédio constitucional do **habeas corpus** nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio do Estado. A Carta Magna de 1988 manteve a garantia constitucional, prevista, sabemos todos, desde a Constituição Republicana, destacando no inciso LXVIII do art. 5º que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". O Código de Processo Penal, no mesmo diapasão, dispõe no art. 647, que "dar-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar".

Enquanto não encontre eu, nos dispositivos mencionados acima, argumentos para elastecer o cabimento do remédio constitucional a questões que não envolvem diretamente o direito de ir, vir e ficar do indivíduo, a jurisprudência do Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, talvez como reflexo da redemocratização do país depois de mais de vinte anos de ditadura militar, na intenção de proteger o cidadão, foi ampliando, aos poucos, o cabimento do **habeas corpus** a fim de salvaguardar direitos que apenas indiretamente poderiam refletir na liberdade de locomoção.

No entanto, parece-me que se foi além da meta – proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção –, quem sabe se não se tomou a nuvem por Juno; passou-se a admitir, fora das hipóteses de cabimento previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, a impetração de **habeas corpus** como meio ordinário de impugnação, ainda que ausente ameaça concreta e imediata ao direito de ir, ficar e vir, inviabilizando, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, tendo em vista que a duração indefinida do processo compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, "na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais". (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 2ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2008. p. 100.)

Desse modo, consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do remédio constitucional, destacando-se que o **habeas corpus** é antídoto de prescrição restrita, que se presta a reparar constrangimento ilegal evidente, incontroverso, indisfarçável e que, portanto, se mostra de plano comprovável e perceptível ao julgador. Logo, não se destina à correção de equívocos ou situações as quais, ainda que eventualmente existentes, demandam para sua identificação e correção o exame de matéria de fato ou da prova que sustentou o ato ou a decisão impugnada.

Mais que isso, observou a jurisprudência desta Corte ser o **habeas corpus** remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Logo, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

Nesse contexto, peço, respeitosamente, licença à Ministra Maria Thereza de Assis Moura (AgRg no HC n.º 239.957/TO, DJe de 11/6/2012) e ao Ministro Gilson Dipp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n.º 201.483/SP, DJe de 27/10/2011) para valer-me das seguintes passagens de seus votos: (I) "O **habeas corpus** não é panacéia e não pode ser utilizado como um 'super' recurso, que não tem prazo nem requisitos específicos, devendo se conformar ao propósito para o qual foi historicamente instituído, é dizer, o de impedir ameaça ou violação ao direito de ir e vir"; (II) "É imperiosa a necessidade de racionalização do **habeas corpus**, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção, inexistente na espécie"; (III) "Conquanto o uso do **habeas corpus** em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização do **habeas-corpus**".

O Supremo Tribunal Federal, atento a essa evolução hermenêutica, passou a adotar, recentemente, decisões no sentido de não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional. A mudança jurisprudencial consolidou-se no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, impetrado contra decisão que indeferiu diligências requeridas pela defesa. Na oportunidade, destacou o Ministro Relator:

*O **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea 'a', e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo **habeas**, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Cumpre implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício. (STF, Primeira Turma, HC 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, j. em 7/8/2012).

Aos 21 de agosto de 2012, a Ministra Rosa Weber, no julgamento do **Habeas Corpus** n.º 104.045/RJ, destacou que o meio recursal ordinariamente previsto para a análise de eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena é a apelação e, a depender do caso concreto, o recurso especial ou extraordinário:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O **habeas corpus** tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heróico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes

5. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. *Habeas corpus* rejeitado. (STF, Primeira Turma, HC n.º 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, j. em 21/8/2012.)

Essa orientação foi aplicada, aos 22 de agosto de 2012, pelo Ministro Luiz Fux, que negou seguimento ao **Habeas Corpus** n.º 114.550/AC, tendo em vista a incompetência do Supremo Tribunal Federal para examinar **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional.

Recebeu a decisão os seguintes fundamentos:

*A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudonulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir. (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 22/8/2012.)*

Mesmo vencido no **leading case**, o Ministro Dias Toffoli rendeu-se ao entendimento firmado pela Primeira Turma da Corte Constitucional e, com fundamento na nova orientação, recusou trânsito a **habeas corpus** impetrado em substituição ao recurso ordinariamente previsto no art. 102, inciso II, alínea **a**, da Constituição Federal (STF, Primeira Turma, HC n.º 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 29/8/2012).

Entendo que boa razão aqui têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

Em suma, louvando-me no entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, tenho ser necessário amoldar a abrangência do **habeas corpus** a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito.

Contudo, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, e considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente **mandamus**, passo à análise das questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena, no que interessa, elaborado pelas instâncias ordinárias.

Colhe-se da sentença (fls. 37/51):

Atenta às diretrizes dos artigos 59 e 68, ambos do CP e artigo 387,1 inciso II, do Código de Processo Penal, passo a aplicar e a dosar-lhes a pena.

A acusada FERNANDA, diante da sua FAC (fls. 97/99), é primária, de bons antecedentes e correta conduta social, a personalidade da agente é favorável em virtude da ausência de exames clínicos que necessitam de conhecimento específico através de profissional de saúde mental capacitado, (...), o motivo é comum ao tipo, as circunstâncias se destacam de forma a prejudicar a agente, eis que o tipo qualificado do concurso de pessoas denota maior êxito na empreitada criminosa, ao reduzir a capacidade de resistência do lesado, não há que se falar em comportamento da vítima, não foram apuradas consequências além das próprias, do tipo, a culpabilidade, entendida como grau de reprovação da conduta face às particularidades do agente e do caso, destacadas no exame antes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

feito, justifica a exasperação da pena-base, a qual é fixada em 03 (três) anos de reclusão e 15 (quinze dias multa. tomando-se definitiva à míngua de outras causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição.

O acusado RODRIGO, diante da sua FAC (fls. 57/65), é primário, porém de maus antecedentes e péssima conduta social diante das várias anotações penais, a personalidade do agente é favorável em virtude da ausência de exames clínicos que necessitam de conhecimento específico através de profissional de saúde mental capacitado (...), o motivo é comum ao tipo, as circunstâncias se destacam de forma a prejudicar o agente, eis que o tipo qualificado do concurso de pessoas denota maior êxito na empreitada criminosa ao reduzir a capacidade de resistência do lesado, não há que se falar em comportamento da vítima, não foram apuradas consequências além das próprias do tipo, portanto, a culpabilidade, entendida como grau de reprovação da conduta face às particularidades do agente e do caso, destacadas no exame antes feito, justifica a exasperação da pena-base, a qual é fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 25(vinte e cinco) dias-multa.

Na segunda fase de aplicação da pena, há incidência da circunstância atenuante da confissão (artigo 65, inciso III, "d", do Código Penal), reduzindo em 01 (um) ano e 05 (cinco) dias-multa, ficando em 04 (quatro) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa tornando-se definitiva.

O valor do dia-multa é recado para ambos em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data do fato, devendo ser atualizado pelo índice oficial de correção, até seu efetivo pagamento O apenado RODRIGO não preenche os requisitos dos art. 44 e 77 do CP, em razão de sua péssima conduta social acima demonstrada, não sendo merecedor, portanto, da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e também da suspensão da sua execução, por ser de índole voltada para a prática de infrações penais.

A apenada FERNANDA preenche os requisitos do artigo 44 e seus incisos do CP, sendo aplicada a SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS, NA MODALIDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E MULTA, ESTA FIXADA EM 10 (DEZ) DIAS, NA FORMA DA 2ª PARTE DO § 2º, DO ARTIGO 44, DO CP.

O beneficiário da prestação de serviços será definido pelo juízo da execução.

O regime inicial de cumprimento de pena para a apenada FERNANDA é o aberto, na forma do artigo 33, caput, § 3º, do CP, na hipótese desta vir a ser executada.

O regime inicial de cumprimento de pena para o apenado RODRIGO é o semi-aberto, na forma do artigo 33, § 3º, do CP.

O Tribunal, por sua vez, manteve a dosimetria fixada na sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que concerne à dosimetria da primeira fase da pena, com razão o impetrante.

Inicialmente, é possível, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, havendo pluralidade de qualificadoras, uma seja utilizada para a exasperação da pena-base.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DAS OUTRAS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA BASE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA (PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). EXISTÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. MAJORAÇÃO QUE NÃO SE MOSTROU DESPROPORCIONAL OU DESARRAZOADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO NA VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA.

1. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de ser possível, existindo pluralidade de qualificadoras, a consideração de uma para justificar o tipo penal qualificado e das demais como circunstâncias judiciais ou agravantes da segunda fase da dosimetria da pena.

2. Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

3. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.

4. Ordem denegada.

*(HC 173.608/RJ, Rel. Ministro **SEBASTIÃO REIS JUNIOR**, DJe 17/9/2012).*

Ainda assim, no tocante à fixação da pena-base dos pacientes quanto ao crime de furto qualificado, merece reforma o acórdão.

Quanto à ré Fernanda Guimarães Basílio, é possível a utilização de uma das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificadoras como circunstância judicial. E somente este foi o fator de exasperação da pena-base utilizado na sentença. Assim, quanto a ela, a sanção deve ser redimensionada. Levando-se em conta que a pena-base para o furto qualificado varia de 2 (dois) a 8 (oito) anos, tenho por razoável o aumento de 4 (quatro) meses pela única circunstância desfavorável.

Não há causas de aumento ou de redução de pena a serem aplicadas.

Assim, fica a pena privativa de liberdade de Fernanda Guimarães Basílio fixada em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias multa.

Quanto ao réu Rodrigo Ferreira de Oliveira, há duas circunstâncias judiciais desfavoráveis: os antecedentes e uma das qualificadoras, que foi utilizada para a exasperação da pena-base.

A jurisprudência desta Corte entende que para a valoração negativa da circunstância judicial dos maus antecedentes, descrita no art. 59 do Código Penal, é necessário a presença de condenação transitada em julgado, porquanto, má conduta social, inquéritos policiais e ações penais em andamento não autorizam a majoração da pena, em obediência ao princípio da presunção de inocência, entendimento esse contido no enunciado sumular 444/STJ, **in verbis**:

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

O Tribunal **a quo** esclareceu que o paciente possui condenações transitadas em julgado, conforme se depreende do seguinte trecho:

*Já a sanção fixada para o primeiro apelante, justifica-se diante dos seus péssimos antecedentes, inclusive condenações transitadas em julgado, e da incidência de duas causas de aumento de pena, circunstância que também desaconselha a substituição pretendida e o **sursis**.*

Portanto, a pena de Rodrigo Ferreira de Oliveira, levando-se em conta o reconhecimento de duas circunstâncias judiciais, deve ser redimensionada para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Na segunda fase, em virtude da atenuante de confissão, devem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decotados 4 (quatro) meses da condenação, estabelecendo-se a pena em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Não há causas de aumento ou de redução de pena a serem aplicadas.

Tendo em vista tratar-se de crime de furto, não cometido com violência ou grave ameaça, a pena deverá ser cumprida em regime aberto, deferida a substituição por penas restritivas de direitos.

Deste modo, torno definitiva as penas de ambos os pacientes em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, a serem cumpridos em regime aberto, deferida a substituição da pena privativa de liberdade por pena pecuniária arbitrada no valor equivalente a 10 (dez) dias-multa e prestação de serviços à comunidade, na forma e modo fixados pelo Juiz da Execução .**

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Concedo a ordem, de ofício, para fixar as penas de ambos os pacientes em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime aberto, deferida a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária arbitrada no valor equivalente a 10 (dez) dias-multa e prestação de serviços à comunidade, estes a serem cumpridos na forma e modo fixados pelo Juiz da Execução.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0057111-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 167.466 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1193072820098190001 20090011198810

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : RODRIGO FERREIRA DE OLIVEIRA

PACIENTE : FERNANDA GUIMARÃES BASÍLIO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.