



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.421 - PE (2010/0158159-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : JOSEILTON SAMPAIO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOSÉ WILSON PEREIRA BORGES

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE CONDENADO EM RAZÃO DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE INDEVIDA *MUTATIO LIBELLI* EM GRAU DE APELAÇÃO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL CONSIGNADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RELAÇÃO À CULPABILIDADE, À CONDUTA SOCIAL E AOS MOTIVOS DO CRIME. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL QUE SE IMPÕE. SANÇÃO DEFINITIVA ALVITRADA EM TEMPO INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. CABIMENTO, AO MENOS EM TESE, DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS, CUJOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL DEVERÃO SER AFERIDOS PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA DIMINUIR A PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL, FIXAR COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O ABERTO E DETERMINAR AO JUÍZO SINGULAR QUE AVALIE A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1. Se Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso de apelação, tão somente condena o Paciente pelo delito por que fora denunciado, sem inovar nos fatos narrados na inicial acusatória, não incorre em indevida *mutatio libelli*, tendo apenas promovido jurídica *emendatio libelli*.

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

3. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva.

4. Também é indevida a exasperação da pena-base mediante a utilização de circunstâncias inerentes aos próprios tipos penais.

5. Segundo as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto" e "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código", respectivamente.

6. Também em razão da redução da pena ao mínimo legal, em tempo menor que 4 anos, cabível, ao menos em tese, a substituição da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por sanções restritivas de direitos, cujos demais requisitos para concessão, previstos no art. 44 do Código Penal, deverão ser aferidos pelo Juiz de primeiro grau.

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, a fim de fixar a pena do Paciente em 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto, com condições a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, bem assim para determinar também ao Juízo Singular que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 04 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.421 - PE (2010/0158159-0)

IMPETRANTE : JOSEILTON SAMPAIO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : JOSÉ WILSON PEREIRA BORGES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ WILSON PEREIRA BORGES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o qual, ao julgar o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, reformou a sentença absolutória e condenou o Paciente pelo delito previsto no art. 16, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03, à pena de 04 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime prisional inicial semiaberto.

Colhe-se nos autos que o Paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 16, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03 (porte ilegal de armas). Porém, o Magistrado sentenciante concluiu que os fatos descritos na inicial acusatória indicavam conduta relativa ao art. 12 do Estatuto do Desarmamento (posse ilegal de armas) e absolveu o Réu, sob o entendimento de que incidia a *abolitio criminis* temporária no caso.

O Tribunal *a quo*, daí, deu provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público e condenou o Paciente, nos termos da exordial acusatória.

No presente *writ* o Impetrante alega, em síntese, (i) que ocorreu indevida *mutatio libelli* em grau recursal, razão pela qual seria nulo o acórdão. Alternativamente, sustenta (ii) que a pena-base foi aumentada acima do mínimo sem fundamentação idônea, e que (iii) o Tribunal *a quo* deixou ilegalmente de analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por reprimendas restritivas de direitos.

Requer, assim, liminarmente, seja determinado "o recolhimento ou não execução do mandado prisional" (fl. 11) e, no mérito, reconhecida a nulidade do feito, ou a diminuição da pena privativa de liberdade e sua substituição por penas restritivas de direito.

Indeferi a liminar à fl. 205, ocasião em que dispensei as informações.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 211/215, pela denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.421 - PE (2010/0158159-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE CONDENADO EM RAZÃO DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE INDEVIDA *MUTATIO LIBELLI* EM GRAU DE APELAÇÃO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL CONSIGNADA PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM RELAÇÃO À CULPABILIDADE, À CONDUTA SOCIAL E AOS MOTIVOS DO CRIME. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL QUE SE IMPÕE. SANÇÃO DEFINITIVA ALVITRADA EM TEMPO INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DAS REGRAS PREVISTAS NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. CABIMENTO, AO MENOS EM TESE, DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS, CUJOS DEMAIS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL DEVERÃO SER AFERIDOS PELO JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA DIMINUIR A PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL, FIXAR COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O ABERTO E DETERMINAR AO JUÍZO SINGULAR QUE AVALIE A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

1. Se Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso de apelação, tão somente condena o Paciente pelo delito por que fora denunciado, sem inovar nos fatos narrados na inicial acusatória, não incorre em indevida *mutatio libelli*, tendo apenas promovido jurídica *emendatio libelli*.

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

3. A pena-base não pode ser descolada do mínimo legal com esteio em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva.

4. Também é indevida a exasperação da pena-base mediante a utilização de circunstâncias inerentes aos próprios tipos penais.

5. Segundo as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, "*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto*" e "*a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*", respectivamente.

6. Também em razão da redução da pena ao mínimo legal, em tempo menor que 4 anos, cabível, ao menos em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, cujos demais requisitos para concessão, previstos no art. 44 do Código Penal, deverão ser aferidos pelo Juiz de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, a fim de fixar a pena do Paciente em 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto, com condições a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, bem assim para determinar também ao Juízo Singular que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

VOTO

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

Inicialmente, o Tribunal *a quo*, ao reformar a sentença absolutória e condenar o Paciente pela prática do delito de porte de arma de fogo, consignou o que se segue (fl. 168):

"O apelado, ao perceber a presença dos policiais, adentrou na residência de sua sogra para esconder o armamento que estava em seu poder, o que configura, inequivocamente, o crime de PORTE de arma de fogo tipificado no inc. IV do Parágrafo Único do art. 16 do Estatuto do Desarmamento."

O Tribunal *a quo*, sem inovar nos fatos narrados na inicial acusatória, tão somente condenou o Paciente pelo delito por que fora denunciado, razão pela qual não incorreu em indevida *mutatio libelli*, tendo apenas promovido jurídica *emendatio libelli*.

Assim, vê-se que a Corte de origem, ao não abrir vista à Defesa, não constrangeu ilegalmente o Paciente, pois o réu defende-se dos fatos objetivamente descritos na denúncia, e não da qualificação jurídica atribuída pelo Ministério Público ao fato delituoso.

Nesse sentido, o seguinte precedente do Pretório Excelso:

"DENÚNCIA OFERECIDA PELOS CRIMES DE FALSO IDEOLÓGICO E ESTELIONATO QUALIFICADO, DECORRENTES DE IRREGULARIDADES PRATICADAS NA GESTÃO DE HOSPITAL-ESCOLA, MANTIDO POR ENTIDADE DE ENSINO SUPERIOR.

Rejeição das preliminares suscitadas pelos indiciados. Quanto à acusação, sabe-se que o recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal constitui mero juízo de admissibilidade, não havendo espaço, por essa razão, para adentrar-se ao mérito do pedido inserto na inicial acusatória. Assim, a constatação acerca da existência, ou não, da fraude, com internações fictícias, altas precoces, entre outras irregularidades noticiadas, é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, não podendo ser objeto de análise nesse juízo de delibação. Hipótese, ademais, em que as condutas narradas na denúncia se amoldam aos delitos imputados, estando descritos, em tese, os elementos configuradores da prática de ilícitos penais, sendo que as respostas apresentadas pelos denunciados não permitem concluir, de forma inequívoca, pela improcedência da acusação, não ocorrendo, por outro lado, nenhuma das hipóteses de rejeição previstas no art. 43 do Código de Processo Penal. Denúncia recebida." (Inq 698/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. ILMAR GALVÃO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJ de 10/05/2002.)

Confiram-se, ainda, as seguintes ementas desta Corte:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA DE PLANO. ANÁLISE SOBRE A MATERIALIDADE DOS DELITOS QUE NÃO PODE SER FEITA NA VIA ELEITA.

1. A existência de erro na tipificação da conduta pelo órgão ministerial não torna inepta a denúncia, pois o acusado se defende do fato delituoso narrado na exordial acusatória e, não da capitulação legal dela constante.

2. Eventual desclassificação do delito contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90, para o de falsificação de documento particular, como almeja o Recorrente, somente poderá ser discutida na instrução criminal, durante o livre exercício do contraditório.

3. Narrando a denúncia fatos configuradores de crime em tese, de modo a possibilitar a defesa dos acusados, não é possível o trancamento da ação penal na via do habeas corpus, mormente quando a alegação de falta de justa causa demanda o reexame do material cognitivo constante nos autos.

4. Reconhecer que outra pessoa estaria utilizando-se do nome do acusado para cometer a fraude, demanda dilação probatória para apuração dos fatos que deve ser estabelecida pelo Juízo ordinário, na instrução criminal.

5. Recurso desprovido." (RHC 18.079/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ de 19/11/2007.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME SOCIETÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCESSO ACUSATÓRIO. NÃO CONFIGURADO. DEFESA QUE RECAI SOBRE OS FATOS NARRADOS E NÃO SOBRE SUA CAPITULAÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não acarreta prejuízo ao paciente a equivocada definição legal dada ao fato criminoso, uma vez que não se defende da capitulação contida na peça acusatória, mas dos fatos ali narrados.

2. Não há falar em inépcia da denúncia se esta satisfaz todos os requisitos do art. 41 do CPP, sendo mister a elucidação dos fatos em tese delituosos descritos na vestibular acusatória à luz do contraditório e da ampla defesa, durante o regular curso da instrução criminal.

3. Não se justifica o trancamento da ação penal, sob o fundamento de ausência de justa causa, se o fato narrado na denúncia constitui, em princípio, crime, pois, na fase de recebimento da denúncia, há um mero juízo de prelibação, sendo suficiente a simples possibilidade de procedência da ação.

4. Ordem denegada." (HC 43.977/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ de 10/12/2007.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ADVOGADO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR. TRANCAMENTO DE AÇÃO. INÉPCIA DA DENÚNCIA.

I - Não há inépcia da exordial acusatória se a "imputatio facti" permite a adequação típica.

II - A capitulação da conduta descrita na exordial acusatória, ainda que incorreta, poderá, oportunamente, ser corrigida, não constituindo prejuízo à defesa do acusado, que se defenderá dos fatos narrados.

III - Não se pode reconhecer a falta de justa causa se para tanto for necessário o vedado cotejo analítico do material cognitivo.

Recurso desprovido." (RHC 7.584/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ de 05/10/1998.)

Há constrangimento ilegal, porém, quanto à dosimetria da pena.

Ao julgar recurso interposto pelo Ministério Público e reformar a sentença absolutória, a Corte *a quo* assim fundamentou a fixação da reprimenda (fl. 175):

"[...]

Com esteiro no artigo 59 do Código de Penas, levando em consideração:

a) a elevada culpabilidade do apelante, que exhibia o armamento ostensivamente tendo plena consciência da ilegalidade de sua conduta, o que denota também elevadíssimo grau de reprovabilidade;

b) a ausência de antecedentes criminais;

c) a conduta social conturbada e a personalidade voltada para o crime, tendo em vista que o próprio apelado afirma que, algumas vezes, espancou sua companheira por causa de ciúmes (fl. 13);

d) os motivos irrelevantes do crime, vez que o apelado sequer sabe explicar porque adquiriu o armamento;

Voto para que seja fixada a pena base em 4 (quatro) anos e 4 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, cumulada com pena de multa de 50 (cinquenta) dias multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do crime. Sanção esta que deve se tornar definitiva ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes".

Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o Julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, verifica-se, da simples leitura do acórdão, que a fixação da pena-base do ora Paciente acima do mínimo legal, no que concerne à **culpabilidade**, à **conduta social** e aos **motivos do delito**, foi feita com considerações vagas, genéricas, sem fundamentação objetiva, sendo inadequadas para justificar a exasperação.

Oportuno trazer à colação o entendimento doutrinário de Rogério Greco:

"Temos que realizar dessa forma, uma dupla análise da culpabilidade: na primeira, dirigida à configuração da infração penal, quando se afirmará que o agente que praticou o fato típico e ilícito era imputável, que tinha conhecimento sobre a ilicitude do fato que cometia e, por fim, que lhe era exigível um comportamento diverso; na segunda, a culpabilidade está aferida como escopo de influenciar na fixação da pena-base. A censurabilidade do ato terá como função fazer com que a pena percorra os limites estabelecidos no preceito secundário do tipo penal incriminador." (Curso de Direito Penal, Parte Geral, 10ª ed., Editora Impetus, Vol. I, p. 740.).

Confira-se, por oportuno, julgados deste Tribunal Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PENA DE MULTA. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO.

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

II - In casu, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, entre outras, de expressões como: "[cupidez de espírito e vontade de lucro fácil]", "[descaso com o patrimônio e a segurança alheia]" e "consequências lastimáveis do delito". Dessa forma, não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a exacerbação da reprimenda.

III - A pena de multa deve ser fixada em duas fases. Na primeira, fixa-se o número de dias-multa, considerando-se as circunstâncias judiciais (art. 59, do CP). Na segunda, determina-se o valor de cada dia-multa, levando-se em conta a situação econômica do réu (Precedente do STJ).

IV - Na espécie, embora o paciente seja detentor de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis, o magistrado de primeiro grau fixou quantia pecuniária acima do mínimo legal sem a devida fundamentação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus *concedido*." (HC 132.351/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 05/10/2009.)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE FURTO NA FORMA TENTADA. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA.

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

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Na hipótese, foram indevidamente consideradas, como desfavoráveis ao réu, as circunstâncias judiciais da culpabilidade e dos motivos do crime, com base em questões inerentes ao tipo penal. **Quanto à personalidade e a conduta social, o julgador, não fez menção a fatos concretos a justificar a exasperação da pena-base.**

4. A sentença levou em conta a mesma condenação com trânsito em julgado para fixar a pena-base acima do mínimo legal e para agravar a condenação, na segunda fase da dosimetria, pela reincidência, configurando *bis in idem*.

5. Na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.

6. Conforme Súmula 269 desta Corte, 'é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.'

7. Ordem concedida para reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo a reprimenda do Paciente para 10 meses de detenção e pagamento de 08 dias-multa, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto." (HC 131.847/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 06/04/2011 – sem grifos no original.)

Do mesmo modo, o fato de o Paciente "*exibir o armamento ostensivamente tendo plena consciência da ilegalidade de sua conduta*", reconhecido para ressaltar a culpabilidade, não extrapola o resultado típico pretendido pelo Agente, bem como o fato de que o Paciente "*sequer sabe explicar porque adquiriu o armamento*", também não pode ser ponderado como circunstância judicial desfavorável.

Ora, conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis e distintos dos elementos do tipo penal, que dêem suporte à sua valoração negativa.

No caso, ao avaliar a culpabilidade do Condenado, o Tribunal *a quo* ateve-se em ressaltar apenas aspectos próprios dos tipos penais, o que, também, impede a majoração da pena-base.

Também desta Corte, no sentido de tal conclusão:

"CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE DO RÉU E MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS JUDICIAIS EM ANDAMENTO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. MAJORAÇÃO FUNDAMENTADA TAMBÉM NA PERSONALIDADE DO AGENTE, NAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E NO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o Magistrado sentenciante, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, justificou os motivos que levaram ao indigitado quantum, considerando, no caso, a culpabilidade e a personalidade do réu, os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito, além do comportamento da vítima, como ensejadoras do aumento da reprimenda.

II. A fundamentação relativa à culpabilidade e aos motivos do delito não permitem a majoração da pena-base, eis que a alegação de que o réu "possuía o potencial conhecimento da ilicitude do fato" é inerente ao próprio dolo exigido para a configuração do crime por ele praticado, bem como a afirmação de que os motivos para o cometimento do delito foram "a vontade de lucro fácil em detrimento do patrimônio, segurança e integridade psicológica alheios" não constitui fundamentação idônea, ante a flagrante subjetividade de tal argumento.

III. Ante o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, é defeso ao Magistrado considerar como maus antecedentes os registros policiais e judiciais em nome do réu para efeito de majorar a pena-base. Precedentes.

IV. É viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, devido a eventual desacerto na consideração de circunstância ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu – hipótese dos autos.

V. A pena-base, todavia, não pode ser fixada no mínimo legal, porquanto as demais circunstâncias judiciais negativamente valoradas pelo Magistrado sentenciante permitem o seu afastamento do mínimo fixado no preceito secundário do tipo legal violado. Precedente.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator." (HC 53.682/DF, 5.^a Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 05/02/2007 – sem grifos no original.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. ART. 288, DO CÓDIGO PENAL. ART. 4º, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. ART. 22, CAPUT, DA LEI N.º 7.492/86. ART. 1º, INCISOS VI E VII, DA LEI N.º 9.613/98. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. IDENTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ENTRE CO-RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUANTO A ESSE TOCANTE NÃO EVIDENCIADO. PENAS-BASES DOS DELITOS MAJORADAS EM RAZÃO DA PRETENSÃO DOS PACIENTES DE OBTEREM INDEVIDA VANTAGEM PATRIMONIAL, PELO FATO DE TER HAVIDO PREJUÍZO AOS COFRES PÚBLICOS, POR SER SOFISTICADO E COMPLEXO O ESQUEMA VOLTADO À PRÁTICA DE OPERAÇÕES FINANCEIRAS CLANDESTINAS E PELAS GRAVES CONSEQUÊNCIAS QUE TAIS FATOS GERARAM. ELEMENTOS QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VALORAÇÕES NEGATIVAS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. DIMINUIÇÃO DAS PENAS-BASES QUE SE IMPÕE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É perfeitamente admissível a análise conjunta das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, quando similares as situações entre os Corréus, não ocorrendo nulidade na sentença por falta de individualização da pena. Precedentes desta Corte.

2. Entretanto, não pode o julgador majorar a pena-base com fundamento em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva. Explícite-se: é indevida a exasperação da pena-base mediante a utilização de circunstâncias inerentes aos próprios tipos penais pelos quais os Pacientes foram condenados.

3. No caso, a pretensão dos Pacientes de obterem indevida vantagem patrimonial, o fato de ter havido prejuízo aos cofres públicos, a sofisticação e complexidade do esquema voltado à prática de operações financeiras clandestinas - elementos reconhecidos nas instâncias ordinárias para ressaltar a culpabilidade -, bem assim as graves consequências que tais fatos geraram, não podem ser considerados circunstâncias judiciais desfavoráveis. Tais dados, na verdade, são ínsitos aos paradigmas tipificados nas Leis Penais pelos quais foram condenados, e não extrapolam o resultado típico pretendido pelos Agentes.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, diminuir as penas-bases de todos os delitos pelos quais os Pacientes foram condenados para o mínimo legal, nos termos do voto condutor do julgado." (HC 123.760/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/11/2011.)

Assim, deve a pena-base ser diminuída no mínimo legal, afastando-se as circunstâncias judiciais indevidamente consideradas como desfavoráveis. Sem atenuantes e agravantes, torno-a definitiva, em 3 anos de reclusão.

Em razão da pena definitiva imposta ao Paciente, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto" e que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.

1. Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semi-aberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).

2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

3. Ordem concedida.

4. Extensão da ordem, de ofício, ao co-réu." (STF, HC 83.613/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 30/04/2004.)

No mais, em razão da redução da pena ao mínimo legal, em tempo menor que 4 anos, cabível, ao menos em tese, a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, cujos demais requisitos para concessão, previstos no art. 44 do Código Penal, deverão ser aferidos pelo Juiz de primeiro grau.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A ORDEM de *habeas corpus* para, mantida a condenação, fixar a pena em 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto, com condições a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, bem assim para determinar também ao Juízo Singular que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0158159-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 183.421 / PE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1825718

23320080031985

EM MESA

JULGADO: 04/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSEILTON SAMPAIO DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PACIENTE : JOSÉ WILSON PEREIRA BORGES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.