



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.598 - DF (2009/0201640-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : RUY CRUVINEL FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DERQUIAN DE MATOS DE JESUS

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITO NÃO ENCERRADO, AÇÃO PENAL ARQUIVADA, EM QUE O RÉU FOI ABSOLVIDO E EM ANDAMENTO. INVIABILIDADE DE CONSIDERAÇÃO COMO ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REPRIMENDA REDUZIDA.

1. Esta Corte Superior tem entendido que, em respeito ao princípio da presunção de inocência, não podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, má conduta social ou de personalidade negativa, inquéritos ainda não encerrados, ações penais que foram arquivadas ou trancadas, em que o acusado foi absolvido ou que ainda estejam em andamento.

REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA DE OFÍCIO. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. SANÇÃO MITIGADA.

2. Verificada a inexistência de qualquer condenação anterior caracterizadora da agravante prevista no art. 61, I, do CP, merece o constrangimento ser sanado de ofício, a teor do art. 654, § 2º, do CPP, afastando-se do cálculo da reprimenda referida circunstância legal.

REGIME FECHADO. REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO DO MODO DE EXECUÇÃO QUE SE FAZ DEVIDA. FORMA SEMIABERTA. SUFICIÊNCIA PARA A PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO DELITO.

1. Havendo o redimensionamento do *quantum* de pena definitivamente irrogado e afastada a reincidência do agente, merece o regime ser modificado para o semiaberto, o qual, observado o previsto no art. 33, § 3º, do CP, é o que melhor se adequa e servirá à prevenção e repressão do delito *sub examine*.

2. Ordem concedida para excluir da condenação a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, e para, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, excluir a agravante da reincidência, redimensionado a pena do paciente, que resta definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 17 dias-multa, fixando ainda, também de ofício, a forma semiaberta para o seu resgate.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, deferir o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de março de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.598 - DF (2009/0201640-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : RUY CRUVINEL FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : DERQUIAN DE MATOS DE JESUS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em benefício de DERQUIAN DE MATOS DE JESUS contra aresto da 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que proveu em parte a Apelação Criminal n. 2008031017745-5, lá aforada pela defesa, somente para excluir a condenação ao pagamento de reparação moral e material às vítimas, mantendo a sentença que condenou o paciente ao cumprimento de 4 anos e 1 mês de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 40 dias-multa, pela suposta prática da conduta tipificada no artigo 155, § 4º, III e IV, do Código Penal.

Afirma o impetrante que tanto a sentença quanto o aresto atacado não procederam à correta dosimetria da sanção, aduzindo que por maus antecedentes é lícito se entender apenas as condenações com trânsito em julgado por fatos típicos anteriores ao delito em questão, excluía, ainda, aquela que configura reincidência, em atenção ao princípio constitucional da presunção da não-culpabilidade.

Alega que o magistrado singular reportou-se de forma genérica ao que consta da folha de antecedentes criminais do apenado, assim como que os registros ali estampados não podem servir como parâmetro na avaliação da personalidade do réu, sob pena de *bis in idem* e de "descambarmos para um Direito Penal do Autor, e não do Fato" (fl. 10).

Requer, dessarte, a concessão liminar da ordem, para redimensionar a pena-base, considerando como favoráveis as circunstâncias judiciais referentes aos antecedentes e à personalidade do réu, confirmando-se a medida ao final.

A liminar foi indeferida e, solicitadas informações à autoridade impetrada, esta as prestou.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Instado, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.598 - DF (2009/0201640-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Para melhor elucidação da questão atinente à aplicação da pena-base imposta ao paciente, transcreve-se, por oportuno, trecho da sentença no tocante à dosimetria:

A culpabilidade não refoge à reprovabilidade constante do próprio tipo penal. O réu apresenta maus antecedentes (fls. 227-228). Não há parâmetros nos autos para aferição da personalidade e da conduta social do agente. Os motivos, as circunstâncias do crime e o comportamento da vítima não merecem maiores considerações e desdobramentos. As consequências merecem ser valoradas, uma vez que a vítima Vanuza experimentou prejuízo financeiro, sendo que o bem subtraído não lhe foi restituído até a presente data. Assim, analisadas as circunstâncias judiciais, fixo-lhe a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, em virtude dos antecedentes e das consequências do crime. (fls. 29).

Na segunda fase, considerou presentes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea e, entendendo preponderante a primeira, elevou a pena em 6 meses, estabelecendo, nesta etapa, a sanção em 3 anos e 6 meses de reclusão.

Na terceira etapa, reconhecida a continuidade delitiva, e como foram dois os delitos, majorou a pena em 1/6, restando definitiva em 4 anos e 1 mês de reclusão.

A pecuniária foi estabelecida em 20 dias-multa, na primeira fase, e, na segunda, foi elevada para 40 dias-multa, em razão da continuidade delitiva.

Foi-lhe negada a suspensão condicional da pena, assim como a sua substituição por restritivas de direitos, sendo fixado o regime inicial fechado e facultado ao réu apelar em liberdade, visto que se encontrava solto.

O Tribunal impetrado, por sua vez, manteve inalterada a sentença no referente à aplicação da reprimenda, assim justificando:

Em que pese o louvável empenho da Defesa, não vejo como prosperar o pleito de cassação da sentença. Verifico que na fixação da pena foram analisadas, com a devida fundamentação, todas as circunstâncias do art. 59 do CP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conforme necessário à reprovação e prevenção do crime. A estipulação da pena-base em patamar um pouco superior ao mínimo deve-se ao fato de as circunstâncias não se mostrarem completamente favoráveis ao réu.

[...].

Ademais, para se verificar a correta fundamentação da dosimetria da pena não é necessário que o magistrado indique o quantum estipulado para cada circunstância analisada desfavoravelmente de forma exaustiva, sendo suficiente demonstrar a motivação que o levou ao patamar estipulado, o que foi feito no caso em tela. (fl. 38)

Da leitura das decisões acima transcritas, infere-se que a pena-base foi elevada e assim mantida em razão dos maus antecedentes do paciente, haja vista a existência de registros criminais em seu desfavor, e das consequências negativas do delito.

No que toca aos antecedentes considerados como desfavoráveis ao paciente, verifica-se que as certidões aqui juntadas a fls. 77-78 dão conta que, ao tempo da condenação, registrava em seu desfavor: a) uma ação penal por violação ao art. 147 do CP, em que houve o arquivamento ou trancamento do feito; b) uma ação penal por infração ao art. 341 do CP, em que findou absolvido por força do previsto no art. 386, III, do CPP; c) um inquérito policial por violação ao art. 12 da Lei 6.368/76; e, e) um inquérito policial por infração ao art. 155, § 4º, III, do CP, que se transformou na ação penal n. 2008.03.1.7327-7, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Circunscrição de Ceilândia/DF quando da sentença aqui discutida.

Nesse contexto, infere-se que as instâncias originárias incidiram em constrangimento ilegal, que deve ser sanado através da via eleita, ao considerarem, na primeira etapa da dosimetria, de forma negativa, processos criminais arquivados ou trancados, em que o paciente foi absolvido, inquérito policial e ação penal ainda em trâmite, exasperando a reprimenda básica, o que não poderia ter ocorrido, haja vista que inquéritos ainda não concluídos ou ações penais em que houve a absolvição ou que ainda estejam em andamento não podem ser levados em consideração para esse fim, segundo orientação jurisprudencial sedimentada nesta Corte, não podendo ser tidos como maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade, em obediência ao princípio da presunção de inocência, constitucionalmente albergado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, confirmam-se:

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. PENA-BASE. AUMENTO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

"1. A jurisprudência deste Tribunal orienta-se no sentido de que a existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode se constituir no fundamento da valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

"2. A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta é um dos pressupostos da culpabilidade elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais especificadas no art. 59 do Código Penal, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social.

"3. Ordem concedida para declarar a nulidade parcial da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente e determinar ao Tribunal de origem que proceda ao seu redimensionamento, considerando a pena-base no mínimo legal, analisando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do Código Penal e o regime inicial de cumprimento da pena" (HC n. 116.391/RS, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 11-12-2008 - destacamos).

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ESTUPRO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 9.º DA LEI N.º 8.072/90. INAPLICABILIDADE. BIS IN IDEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA FINS DE CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DO CARÁTER ILÍCITO DA CONDUTA. IRRELEVÂNCIA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA.

"1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento, inclusive sentença condenatória sem o trânsito em julgado, não podem, em razão do princípio constitucional do estado presumido de inocência, ser considerados para agravar a pena-base.

"2. Mostra-se incabível o aumento de pena previsto pelo art. 9.º da Lei n.º 8.072/90 nos crimes de estupro ou atentado violento ao pudor cometidos com violência presumida - quando não há violência real ou grave ameaça -, pois sua aplicação viola o princípio do non bis in idem.

"3. A teor do entendimento desta corte, a atenuante genérica da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea "d" do Código Penal, tem caráter objetivo, bastando que seja voluntária, não importando o caráter das situações em que foi efetivada a confissão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"4. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformando o acórdão impugnado e a sentença condenatória na parte relativa à dosimetria da pena, afastar o aumento da pena-base pelo maus antecedentes, decotar a majorante do art. 9º da Lei n.º 8.072/90 e aplicar a atenuante da confissão espontânea" (HC n. 111.641/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24-11-2008 - grifamos).

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM PROCESSOS INSTAURADOS SEM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. EQUIVOCADOS ANTECEDENTES TAMBÉM CONSIDERADOS COMO MÁ CONDUTA SOCIAL E MÁ PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO NO QUE SE REFERE À PROPORÇÃO TOMADA NO AUMENTO DE PENA PELO CONCURSO FORMAL. ORDEM CONCEDIDA.

"1 - As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.

"2 - Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

"3 - O legislador fixou limite mínimo e máximo para o aumento pelo concurso formal, logo, a sua escolha exige motivação.

"4 - Ordem concedida para anular parcialmente a decisão, no que se refere a dosimetria da punição" (HC n. 90.630/DF, rel. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), Quinta Turma, j. em 25-10-2007 - grifamos).

Desta forma, resta evidenciado o constrangimento ilegal nesse ponto, devendo a circunstância judicial relativa ao maus antecedentes do paciente ser expurgada do cálculo da pena-base, mas, como há outra circunstância judicial tida como negativa - as consequências do delito, não infirmadas na impetração -, estabelece-se a reprimenda básica em 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal que merece sanado de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, consistente no reconhecimento da reincidência do paciente, quando, das certidões de antecedentes colacionadas pelo Tribunal impetrado, não se infere a existência de qualquer condenação anterior caracterizadora da agravante prevista no art. 61, I, do CP, devendo, por isso, ser afastada do cálculo da reprimenda imposta ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, remanescendo, nessa fase, somente a atenuante da confissão espontânea, pelo que se diminui a sanção em 6 meses, restando em 2 anos de reclusão.

Presente a continuidade delitiva, eleva-se a reprimenda em 1/6, tal qual procedido na sentença objurgada, findando definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 17 dias-multa.

Inviável a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, pois o paciente não preenche os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44, III, do CP, dada a desfavorabilidade de uma das circunstâncias judiciais e especialmente em se considerando seu envolvimento em outros delitos, um deles inclusive idêntico ao ora em exame, fatores que bem evidenciam que a permuta não será suficiente na hipótese.

Por fim, merece adequado, também de ofício, o regime escolhido para o resgate da sanção reclusiva do fechado para o semiaberto, já que, afastada a reincidência, não se vê necessidade da imposição do modo mais austero, mas, verificando-se que as circunstâncias judiciais não são de todo favoráveis e observado o previsto no art. 33, § 3º, do CP, conclui-se que o modo intermediário é o que melhor se adequa e servirá à prevenção e repressão do delito *sub examine*.

Diante de todo o exposto, concede-se a ordem para excluir da condenação a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, e para, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, excluir a agravante da reincidência, redimensionado a pena do paciente, que resta definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 17 dias-multa, fixando ainda, também de ofício, a forma semiaberta para o seu resgate.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0201640-6

HC 150598 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1774552008 20080310177455

EM MESA

JULGADO: 23/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: RUY CRUVINEL FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: DERQUIAN DE MATOS DE JESUS

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, deferiu o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Brasília, 23 de março de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário