



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.724 - MG (2010/0174076-1)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : ALDRIN NEY DOS SANTOS DE BRITO
ADVOGADO : MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ALDRIN NEY DOS SANTOS DE BRITO
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* CONCOMITANTE A RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES NÃO CONFIGURADOS. TRÂNSITO EM JULGADO DAS CONDENAÇÕES POSTERIOR AO DELITO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 444/STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE CONFIGURADA. REGIME PRISIONAL. DOSIMETRIA A SER REFEITA. ALEGAÇÃO PREJUDICADA. ORDEM CONCEDIDA.

I. 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 e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal”.

III. Na hipótese, o impetrante interpôs recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal, não podendo ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

IV. A questão posta neste *writ* retrata exceção que deve ser analisada na via eleita, por estar configurada flagrante ilegalidade, sendo a irresignação fundada, inclusive, em questão já sumulada por esta Corte.

V. Hipótese na qual se extraem da folha de antecedentes criminais do paciente três condenações, cujos trânsitos em julgado ocorreram em data posterior ao fato em apuração, não configurando, portanto, maus antecedentes, sendo inaptas à majoração da pena base, por se tratarem de processos em andamento.

VI. Este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação jurisprudencial no sentido de que inquéritos policiais e ações penais ainda em andamento não podem ser utilizados para aumentar a reprimenda do acusado acima do mínimo legal. Inteligência da Súmula n.º 444/STJ.

VII. Com a determinação de que nova dosimetria da pena seja realizada, resta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional fixado ao réu, devendo, contudo, ser ressaltada a necessidade de observação do disposto na Súmula n.º 440/STJ na nova avaliação a ser realizada.

VIII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, tão somente no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, para que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, afastando-se a motivação referente aos maus antecedentes do agente, refaça a dosimetria da sua pena-base, revendo-se, conseqüentemente, o regime prisional fixado ao acusado.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.

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. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de março de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.724 - MG (2010/0174076-1)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto em favor de ALDRIN NEY DOS SANTOS DE BRITO, para reduzir a pena que lhe foi imposta.

O paciente foi condenado à pena de 04 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito descrito no art. 155, § 4º, incisos I, IV, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida pela Corte Estadual, para fixar ao réu a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, nos termos da seguinte ementa:

“APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES - IMPROCEDÊNCIA - RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 155, §2º, DO CP - DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE NOVA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Não há que se falar em inconstitucionalidade da qualificadora disposta no art. 155, §4º, IV, do CP, e, conseqüentemente, na possibilidade de aplicação analógica da majorante disposta no art. 157, §2º, II, do CP, na forma do art. 4º, da LICC, diante da inexistência de qualquer lacuna legislativa. (Súmula 442 do STJ - Precedentes no STF: HC 95351 e HC 93905). - Para o aproveitamento da previsão inserta no art. 155, §2º, do CP, necessário se faz que a coisa furtada seja de pequeno valor e o réu seja primário. Inexistindo uma dessas condições, inviável a aplicação do privilégio. - Faz-se necessária a diminuição da pena-base fixada ao réu quando reconhecido o equívoco na análise das circunstâncias judiciais, que se mostram majoritariamente favoráveis ao apelante.” (fl. 35).

Daí a presente impetração, na qual se pugna pela fixação da pena base no mínimo legal, sustentando-se que *“as três condenações apontadas pelo Tribunal de Justiça foram posteriores ao fato pelo qual o Paciente foi condenado”* (fl. 05).

Aduz-se, ainda, que, reduzida a reprimenda imposta ao réu, deve ser abrandado o regime prisional a ele fixado para o desconto da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida à fl. 49.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem (fls. 58/62).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 185.724 - MG (2010/0174076-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto em favor de ALDRIN NEY DOS SANTOS DE BRITO, para reduzir a pena que lhe foi imposta.

O paciente foi condenado à pena de 04 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito descrito no art. 155, § 4º, incisos I, IV, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida pela Corte Estadual, para fixar ao réu a pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto.

Dá a presente impetração, na qual se pugna pela fixação da pena base no mínimo legal, sustentando-se que “*as três condenações apontadas pelo Tribunal de Justiça foram posteriores ao fato pelo qual o Paciente foi condenado*” (fl. 05).

Aduz-se, ainda, que, reduzida a reprimenda imposta ao réu, deve ser abrandado o regime prisional a ele fixado para o desconto da pena.

Passo à análise da irresignação.

Em pesquisa realizada na página eletrônica oficial do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, verificou-se que o julgamento colegiado ocorreu no dia 01/09/2010, tendo a decisão transitado em julgado para o Órgão ministerial em 22/10/2010 e a defesa interposto recurso especial, o qual, tendo sido inadmitido, ocasionou a interposição de agravo de instrumento, pendente de julgamento perante este Superior Tribunal de Justiça.

Como se vê, a defesa se utilizou do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Essa peculiaridade suscita a seguinte ordem de considerações.

A impetração de *habeas corpus* concomitantemente à utilização do recurso especial mostra à evidência uma duplicidade reveladora de certo desprestígio das instâncias institucionais de natureza constitucional.

Com efeito, o recurso especial, ainda quando restrito às hipóteses previstas na Constituição, constitui, por vocação, o recurso típico da instância de competência do Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça e que, junto com o Supremo Tribunal Federal, forma a instância excepcional de controle jurisdicional.

A sua função de guardião da legalidade complementa a da Suprema Corte, de guardião da constitucionalidade, de tal modo que a sincronia e convergência de proposições jurisprudenciais são a própria razão constitucional da bipartição desse controle.

Nesse quadro, na apreciação dos recursos especiais, este Tribunal exerce a mais expressiva missão constitucional de pacificação e uniformização das soluções judiciais no âmbito infraconstitucional, revestindo-se essa atribuição da mais elevada importância a ponto de refletir-se além do seu campo técnico específico para, seguidas vezes, enveredar pelo universo político-administrativo como conseqüência lógica de seus veredictos.

Nessa perspectiva, é significativa a natural relevância de seus julgados, a que o Tribunal, por sua vez, deve emprestar o peso de sua respeitabilidade enquanto prestigia sua própria jurisdição.

Por essa razão, a admissão de medidas de natureza mandamental, também previstas na Constituição - como o mandado de segurança e o *habeas corpus* - deve ser compreendida na instância excepcional com a devida e correlata limitação.

No que respeita ao *habeas corpus*, a jurisprudência de todos os tribunais - cada qual no seu respectivo campo de atuação - tem por inegável sua viabilidade incondicional como garantia constitucional de proteção da liberdade, mas a possível convivência institucional com outros recursos não pode, na prática, convertê-lo em ferramenta única e hegemônica de controle processual frustrando a razão lógica dos recursos ordinários e, no caso do Superior Tribunal de Justiça, do recurso de sua índole institucional mais representativa.

A concomitância ou a possível interposição de recursos cabíveis e, ao mesmo tempo, do *habeas corpus* - cuja agilidade, informalidade, amplitude, preferência e prestígio constitucional lhe conferem legitimidade incontestável - revela-se assim algumas vezes uma compreensível providência de defesa.

Mesmo assim, existem diferentes graus de admissibilidade dessa convivência que é tanto mais razoável quando substitutivo ou concomitante no âmbito da apelação (com reexame de fatos e provas) do que no âmbito do recurso excepcional no exame, de estrita legalidade.

Ora, sem diminuir a estatura do *habeas corpus*, mostra-se oportuno - para a proteção da liberdade, mas também o resguardo da relevância da função constitucional do recurso especial - harmonizar as respectivas finalidades.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tal como a Corte Suprema tem admitido excepcionalmente, a impetração deve ser aceita apenas nos casos de evidente situação de risco, perigo ou urgência, sobretudo quando do conteúdo da decisão impetrada puder transparecer equívoco ou erro grave, que inclusive, em hipótese extrema, justificasse a concessão de ofício da ordem.

Não é disso, entretanto, que se trata na maioria das vezes, e - também no presente caso - além de não se vislumbrar situação que se possa identificar como aberrante, postula-se a reapreciação das razões da ordem de prisão, da graduação ou fixação de pena, o deferimento ou não de progressão de regime de seu cumprimento, matérias que, pela natureza diretamente afeta às instâncias ordinárias e sujeitas à jurisdição de cognição ampla, por evidente não podem ser objeto de exame na via estreita e sem contraditório da impetração mandamental.

Neste contexto, cumpre destacar que se deve prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

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.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração 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 e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial - instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal - foi devidamente interposto, não podendo ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso - circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção - donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ”

(HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011).

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

A hipótese dos autos, contudo, retrata a exceção que deve ser analisada na via eleita, por estar configurada flagrante ilegalidade, sendo que a irresignação é fundada, inclusive, em questão já sumulada por esta Corte.

O Juízo monocrático, ao realizar a dosimetria da pena imposta ao réu, majorou sua pena base, entendendo desfavoráveis ao acusado várias circunstâncias judiciais.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, redimensionou a pena base, asseverando:

“Com relação ao quantum da pena aplicada, estou que o magistrado primevo não a sopesou com o costumeiro acerto, data venia.

É que da análise das circunstâncias judiciais vislumbro, tão somente, os antecedentes como desabonadores. Uma vez consideradas as circunstâncias judiciais como majoritariamente desfavoráveis ao apelante, há que se impor nova dosimetria da pena.

Passo à nova mensuração e fixação da pena.

Atento à prescrição inserta nos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo à análise das circunstâncias judiciais e á dosimetria da pena, observando o critério trifásico de fixação: A) A culpabilidade não deve lhe ser considerada desfavorável, porquanto não há elementos nos autos para se aquilatar se a autodeterminação do apelante extrapola os limites do próprio tipo penal. B) O apelante possui 03 (três) condenações transitadas em julgado, todas pela prática de delitos contra o patrimônio, mais especificamente o de furto. C) Não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da conduta social do apelante, que deve ser examinada em razão do desempenho do agente na sociedade, em família, no trabalho, na religião, no grupo comunitário, circunstâncias essas que darão suporte à averiguação se o delito é consequência de má educação ou se revela, de fato, sua propensão ao desvalor social; D) Inexistentes nos autos informações que caracterizem sua personalidade, uma vez ausentes elementos que possam mensurar sua sensibilidade ético-social, a presença ou não de desvios de caráter, tampouco o modo de pensar, sentir e agir do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indivíduo, incluindo suas habilidades, atitudes, crenças e emoções, fatores essenciais à análise da presente circunstância; E) As circunstâncias do delito também são próprias do tipo, posto que o fato narrado na peça acusatória não possui singularidade residual. F) As consequências não extrapolam aquelas próprias da conduta típica, além de que os bens foram restituídos à vítima. G) Também os motivos de agir do agente não se apresentam mais reprováveis daqueles normais à própria espécie delitiva, não lhe devendo ser considerados desfavoráveis. H) Por fim, quanto ao comportamento da vítima, não se vê nos autos que tenha contribuído para o delito.

Ante a presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, qual seja os antecedentes e, levando-se em consideração a existência de três condenações transitadas em julgado pela prática, também, do delito de furto, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e mantenho-a em 10 (dez) dias-multa, uma vez que a pena de multa fora fixada em primeira instância no mínimo legal.

Na segunda fase de aplicação de pena, verifico a existência da atenuante da confissão espontânea e a inexistência de agravantes, pelo que reduzo a pena em 06 (seis) meses,

Inexistindo causas de aumento ou diminuição de pena, concretizo-a em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O regime semiaberto fixado na sentença deve ser mantido, já que, apesar do quantum da pena fixada encontrar respaldo no art. 33, §2º, "c", do CP, e com base no §3º do mesmo dispositivo, a existência de três condenações transitadas em julgado pela prática anterior de delitos de furto impede a fixação do regime inicial no aberto, uma vez que a função preventiva e repressiva da pena restaria prejudicada." (fls. 41/43 – g. n.).

Como se vê, a Corte Estadual, ao refazer a dosimetria da pena imposta ao paciente, manteve apenas os maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável apta a majorar a pena base.

Para tanto, considerou que o acusado possuía três condenações transitadas em julgado pela prática de furto, caracterizadoras de maus antecedentes, sem contudo, detalhar as datas dos fatos e dos respectivos trânsitos em julgado.

Na presente impetração, a defesa assevera que tais condenações transitaram em julgado posteriormente ao delito em análise, o que impediria a configuração de maus antecedentes e, conseqüentemente, o aumento da pena base.

Com efeito, extraem-se da certidão de antecedentes criminais do acusado três condenações, as quais, todavia, não podem ser ponderadas desfavoravelmente ao paciente, por terem transitado em julgado em data posterior ao delito em análise (fls. 12/14).

Na hipótese dos autos, os fatos delituosos ocorreram no dia 25/01/2007 (fl. 09),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tendo a sentença sido proferida em 28/06/2009 (fl. 18).

No processo n.º 0024.06.122.215-4, a sentença condenatória foi proferida em 01/11/2007 e a decisão transitou em julgado para a parte em 18/02/2008. A ação penal n.º 0024.06.255.917-4 teve sentença prolatada em 18/01/2007, com trânsito em julgado para a defesa em 30/01/2007. Por fim, no processo n.º 0024.07.467.179-3 a sentença data de 24/05/2007, cujo trânsito em julgado ocorreu somente em 11/06/2007. Os demais processos instaurados em desfavor do paciente encontravam-se em andamento.

Como se vê, em todas as condenações, o trânsito em julgado ocorreu em data posterior ao fato em apuração, não configurando, portanto, maus antecedentes, sendo inaptas à majoração da pena base, por se tratarem de processos em andamento.

Este Superior Tribunal de Justiça firmou orientação jurisprudencial no sentido de que inquéritos policiais e ações penais ainda em andamento não podem ser utilizados para aumentar a reprimenda do acusado acima do mínimo legal.

Esse entendimento, está consolidado na Súmula n.º 444/STJ, a qual assim dispõe:

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

Assim, constata-se flagrante constrangimento ilegal decorrente da violação ao princípio constitucional da não culpabilidade, na esteira de reiteradas decisões a impedirem que investigações criminais e processos judiciais em curso sirvam para valorar negativamente circunstância judicial do acusado.

A corroborar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM BASE EM PROCESSOS EM ANDAMENTO. SÚMULA Nº 444 DO STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA E CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, o impetrante não pugnou a insurgência em sede de recurso especial, preferindo utilizar do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. Ocorrência de flagrante ilegalidade, caracterizada pela violação do teor da Súmula/STJ nº 444, considerando-se o reconhecimento indevido de processo em trâmite como mau antecedente, o que implicou em exarcebação da pena-base.

IV. Deve ser concedido o habeas corpus de ofício para reformar o acórdão recorrido e a sentença de 1º grau, no tocante à dosimetria da reprimenda, determinando-se ao Juízo da 28ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que estabeleça nova pena-base, desconsiderando a circunstância relativa aos maus antecedentes.

V. Ordem não conhecida e habeas corpus concedido de ofício, nos termos do voto do Relator.”

(HC 170.439/SP, de minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 19/08/2011).

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO. VIABILIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. POSSIBILIDADE.

1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

2. Na hipótese, o Juiz do processo valorou negativamente os maus antecedentes, valendo-se de ação penal em andamento, circunstância que vai de encontro à jurisprudência desta Corte, cristalizada no enunciado da Súmula 444/STJ.

3. O fato de o paciente ter sido preso em flagrante, por si só, não impede que sua confissão seja reconhecida como caracterizadora da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

4. Na linha do entendimento dominante na Sexta Turma desta Casa de Justiça, é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, uma vez que ambas envolvem a personalidade do agente.

5. Fixada a pena-base no patamar mínimo, é viável o estabelecimento do regime semiaberto para o início da expiação, ainda que se trate de paciente reincidente. Inteligência da Súmula 269/STJ.

6. Dentro das mesmas balizas, a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos é possível, desde que a reincidência não seja específica e a medida seja socialmente recomendável.

7. Ordem concedida para, de um lado, afastando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judicial desfavorável e reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, reduzir a pena recaída sobre o paciente; de outro lado, estabelecer o regime semiaberto para o início da expiação e substituir a sanção corporal por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. A implementação das restritivas de direitos fica a cargo do Juízo das Execuções.”

(HC 135.666/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/03/2011).

Por fim, com a determinação de que nova dosimetria da pena seja realizada, resta prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional fixado ao réu, devendo, contudo, ser ressaltada a necessidade de observação do disposto na Súmula n.º 440/STJ na nova avaliação a ser realizada.

Desse modo, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, tão somente no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, para que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, afastando-se a motivação referente aos maus antecedentes do agente, refaça a dosimetria da sua pena-base, revendo-se, consequentemente, o regime prisional fixado ao acusado.

Ante o exposto, concedo a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0174076-1

HC 185.724 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024075904730 24075904730

EM MESA

JULGADO: 13/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

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	: ALDRIN NEY DOS SANTOS DE BRITO
ADVOGADO	: MÁRCIO TEIXEIRA BRETAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: ALDRIN NEY DOS SANTOS DE BRITO
ADVOGADO	: HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.