



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.495 - ES (2010/0210901-8)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LEONARDO ZANI

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PLEITO DE REDUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO PARCIALMENTE IDÔNEA. SÚMULA N. 241/STJ. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. ERESP 1154752/RS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– Em sede de *habeas corpus*, somente nos casos de flagrante ilegalidade, com expressa violação aos artigos 59 e 68 do Código Penal, é que se admite a modificação da dosimetria da pena aplicada pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que os estreitos limites do remédio constitucional não comportam a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos.

– Correta a majoração em relação as consequências do delito, pois *"apesar de o crime de furto ser de natureza patrimonial, a gravidade exacerbada da lesão à vítima justifica a valoração negativa das consequências do delito"* (HC 210.471/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/9/2012).

– A pena-base foi indevidamente exasperada no tocante a culpabilidade, uma vez que a fundamentação utilizada para elevação da pena-base não indicou quais elementos concretos dos autos justificavam a consideração desfavorável dessa circunstância judicial, limitando-se da mencionar que ela era "moderada", o que não autoriza o acréscimo aplicado.

– O Magistrado de primeiro grau utilizou a mesma condenação com trânsito em julgado para caracterizar a reincidência e justificar a majoração da pena-base em relação a personalidade do agente, o que é vedada pelo verbete n. 241 da Súmula da Corte Superior.

– Afastadas a valoração negativa relativa à culpabilidade e a personalidade do agente, deve ser reduzida a pena-base imposta ao paciente. Utilizando os mesmos critérios da sentença condenatória e considerando que dos três vetores utilizados, dois foram aqui afastado, reduzo em 2/3 (dois terços) o acréscimo aplicado, o que resulta em uma pena-base de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, mais 13 (treze) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– A Terceira Seção desta Corte Superior, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, mais 13 (treze) dias-multa, que é convertida em definitivo após a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e diante da inexistência de causas de aumento ou diminuição, mantidos os demais termos da condenação.

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, 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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de maio de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.495 - ES (2010/0210901-8)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : LEONARDO ZANI

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO ZANI, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Espírito Santo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais 22 (vinte e dois) dias-multa, pela prática dos delitos descritos no art. 155, *caput*, do Código Penal, conforme sentença de fls. 11-22.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, buscando a revisão da dosimetria penal. Preliminarmente, pugnou pela nulidade da r. sentença de primeiro grau, ao argumento de carência de fundamentação na fixação da pena-base e demais etapas do cálculo da pena, bem como postulou uma nova análise dos motivos ensejadores da prisão cautelar.

O Tribunal *a quo* concedeu parcial provimento ao recurso defensivo apenas para que o paciente pudesse recorrer em liberdade.

O acórdão restou assim sintetizado (fl. 23):

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELO CRIME DISPOSTO NO ARTIGO 155, "CAPUT" - DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE APLICADA - EMENDA APLICADA REGULARMENTE E EM RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE PENAL - RECORRER EM LIBERDADE - POSSIBILIDADE DIANTE DA APLICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO, QUAL SEJA SEMIABERTO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não há que se falar em alteração da pena-base aplicada uma vez que só é possível falar em aplicação da pena-base no mínimo legal quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu, o que não acontece no caso em testilha. Além disso, a dosimetria seguiu os ditames dos artigos 59 e 68 do Código Penal e respeitou os limites impostos pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade da pena em todas as fases do sistema trifásico, criado pelo doutrinador Nelson Hungria. Assim mantenho a dosimetria feita pelo Juízo a quo.

Nesta Corte Superior de Justiça, a Defensoria assevera que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão do *decisum* que "não observou os preceitos contidos no art. 59 do Código Penal" (fl.2).

Requer, no mérito, seja concedida ordem de *Habeas Corpus* a fim de "retificar a condenação, reduzindo-se a pena-base bem perto do mínimo legal, fazendo-se o acerto da pena" (fl. 9).

Liminar indeferida à fl. 36

Informações dispensadas.

A Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 45-46, opinou pelo não cabimento do *writ*.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.495 - ES (2010/0210901-8)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, considerando que o *writ* foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do *habeas corpus* substitutivo, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

É consabido que em sede de *habeas corpus*, somente nos casos de flagrante ilegalidade, com expressa violação aos artigos 59 e 68 do Código Penal, é que se admite a modificação da dosimetria da pena aplicada pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que os estreitos limites do remédio constitucional não comportam a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos.

Dessume-se da leitura dos autos que a defesa busca a diminuição da pena-base impostas.

O Magistrado singular, ao realizar dosimetria da reprimenda, assim consignou (fls.20-21):

Atento às diretrizes dos arts. 59 e 68, do mesmo diploma legal, passo a dosimetria da pena.

Deixo para analisar seus antecedentes por ocasião da segunda fase de aplicação da pena. Agiu com culpabilidade moderada, restando à mesma devidamente comprovada, merecendo a sua conduta a devida reprovação social. Personalidade voltada para a prática delituosa. Não existem nos autos notícias sobre a sua conduta social, motivo pelo qual, presumo ser boa. Os motivos e as circunstâncias dos crimes são comuns à espécie. As conseqüências "extrapenais", que se resumem nos efeitos produzidos pela ação criminosa, o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano e, o sentimento de insegurança trazido pela ação, refletem reprovabilidade mais elevada, uma vez que o ofendido sofreu desfalque patrimonial. A vítima em nada contribuiu para a conduta delituosa do réu.

Ante tais circunstâncias judiciais e, conforme a situação econômica do réu (CP, art. 60), entendo como necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime a fixação da PENA BASE em 02 (dois) anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Atenuo a pena do réu em 02 (dois) meses de reclusão e 02 (dois) dias multa, devido à confissão espontânea do delito descrito na inicial, na forma do art. 65, III, "d", do Código Penal, passando a reprimenda para 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias multa, no valor unitário acima mencionado.

Pelo fato do acusado já ter sido condenado por outra sentença transitada em julgado (fls. 113), agravo a pena em 04 (quatro) meses de reclusão e 04 (quatro) dias multa, face a reincidência, e por se tratar de circunstância preponderante, passando a reprimenda para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 22 (vinte e dois) dias multa, no valor unitário acima mencionado. Não havendo outras causas de diminuição ou aumento da reprimenda, torno-a em definitiva.

No que concerne à pena de multa, há de ser observada a regra do art. 50, do Código Penal.

Condeno-o, ainda, no pagamento das custas processuais (CPP, art. 804), pois como afirmava o saudoso jurista Júlio Fabbrini Mirabete: "A pobreza do condenado não impede a condenação nas custas, pois a exequibilidade ou não da sua cobrança é matéria de execução e nesta deve ser considerada." (Processo Penal, 6a ed., p.744).

Pelo fato do réu ser reincidente, o regime inicial para o cumprimento da pena, será o regime semi-aberto.

A Corte de origem, analisando o recurso de apelação, negou o pleito defensivo, nos termos dos fundamentos a seguir transcritos (fls. 29) :

Após exame apurado dos autos, tenho que não há que se falar em alteração da pena-base aplicada, uma vez que só é possível falar em aplicação da pena-base no mínimo legal quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao réu, o que não acontece no caso em testilha. Além disso, a dosimetria seguiu os ditames dos artigos 59 e 68 do Código Penal e respeitou os limites impostos pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade da pena em todas as fases do sistema trifásico, criado pelo doutrinador Nelson Hungria. Assim, mantenho a dosimetria pelo Juízo a quo.

Quando da análise das circunstâncias judiciais, o Magistrado singular considerou negativos os vetores da **personalidade** do paciente, sob o fundamento de que seria *voltada para a prática delituosa*, da **culpabilidade** e das **consequências do crime**, ao argumento de que estas refletiam uma reprovabilidade mais elevada, dado o desfalque patrimonial suportado pela vítima.

Em relação as consequências do delito, cumpre esclarecer que, em que pese o furto ser delito de natureza patrimonial, o prejuízo suportado pela vítima é um fator que pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorizar o aumento da pena-base.

Na espécie, os bens subtraídos não foram restituídos à vítima, fato a ser aferido neste momento da dosimetria, não se podendo argumentar que o prejuízo seja inerente ao tipo penal do art. 155 do CP, haja vista que embora, por vezes, ocorra a perda definitiva da *res furtiva*, há outros casos em que existe a recuperação total ou parcial do objeto do crime, circunstâncias que merecem ser consideradas quando da aplicação da pena-base, em observância a correta individualização da pena.

São precedentes nossos:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDOTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM ELEMENTAR DO CRIME. PERSONALIDADE. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DESFAVORABILIDADE. PREJUÍZO PARA A VÍTIMA. ILEGALIDADE EM PARTE DEMONSTRADA. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Elementos próprios do tipo não servem para justificar a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria a título de má conduta social.

2. Inviável afastar a conclusão de personalidade voltada para a prática de ilícitos, quando evidenciada a reincidência do paciente e a existência de condenações transitadas em julgado, indicativos de que seu envolvimento com o ilícito não é esporádico, a ensejar maior apenação na primeira etapa da dosimetria.

3. Havendo suficiente fundamentação quanto às consequências do delito para a vítima, que sofreu prejuízo em razão do crime praticado pelo acusado, não há que se falar em ilegalidade da sentença na parte em que aumentou a pena-base em razão da desfavorabilidade dessa circunstância judicial, nem do aresto que a manteve nesse ponto.

CONCURSO DE AGENTES. COMPROVAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO COMPARSA IRRELEVÂNCIA. MAJORANTE DEVIDAMENTE CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Evidenciado que o paciente efetivamente praticou o crime de roubo juntamente com outro comparsa, de rigor a manutenção da majorante prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP, sendo irrelevante que tenha havido ou não a identificação do outro agente.

2. Habeas corpus parcialmente concedido, apenas para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa. (HC 152.076/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 9/5/2011).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ELEMENTO INTEGRANTE DA PRÓPRIA ESTRUTURA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES, MÁ CONDUTA SOCIAL. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR FATOS ANTERIORES. NEGATIVIDADE JUSTIFICADA. PERSONALIDADE. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO EXACERBADO À VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

(...)

6. Apesar de o crime de furto ser de natureza patrimonial, a gravidade exacerbada da lesão à vítima justifica a valoração negativa das consequências do delito.

7. Ordem parcialmente concedida para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa. (HC 210.471/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 26/9/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 157, § 2o., I E II DO CP). PENA APLICADA DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO RECUPERAÇÃO DA RES FURTIVA. PREJUÍZO EXPERIMENTADO PELA VÍTIMA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. No caso em exame, expôs o Magistrado singular razões suficientes que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal cominado para o delito praticado (roubo qualificado).

2. Dentre as circunstâncias judiciais havidas como desfavoráveis ao paciente encontram-se as consequências do crime, visto que os objetos roubados não foram recuperados.

3. O magistrado afastou a aplicação do sursis, uma vez que a pena foi fixada em patamar superior ao permitido para a concessão do benefício, nos termos do art. 77, caput do CP.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada. (HC 85.740/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 8.9.2008).

Contudo, verifica-se que, excepcionado o vetor relativo às consequências do crime, a pena-base foi indevidamente exasperada.

No tocante à personalidade do acusado, o Magistrado destacou o fato de o paciente ser reincidente, circunstância que demonstrava sua personalidade voltada para a prática de crimes em detrimento do patrimônio alheio, todavia, é cediço que a mesma condenação não pode ser utilizada para caracterizar a reincidência e justificar a majoração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena-base em relação à personalidade do agente, sob pena de se incorrer em indesejável *bis in idem*.

Este posicionamento ficou consolidado no verbete n. 241 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Em relação à culpabilidade, a fundamentação utilizada para elevação da pena-base não indicou quais elementos concretos dos autos justificavam sua consideração desfavorável, limitando-se a mencionar que ela era "moderada", o que não autoriza o acréscimo aplicado.

A esse respeito:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR SUPOSTAMENTE REDUZIDO DA RES FURTIVA (BICICLETA AVALIADA EM R\$ 150,00). DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA BASE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA E GENÉRICA. ART. 59 DO CP.

(...)

5. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que as afirmações como "a culpabilidade foi intensa", "a conduta social se apresenta indigna", "a personalidade do agente é voltada para o crime" ou "a circunstância é reprovável", quando desacompanhadas de maiores considerações, não se revelam suficientes a autorizar o aumento de pena realizado na primeira etapa da dosimetria, uma vez que se tratam de argumentos vagos, genéricos, desprovidos de qualquer elemento concreto que evidencie, de fato, a elevada reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta delituosa praticada.

(...)

8. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, apenas para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando sua reprimenda definitiva em 1 ano e 4 meses de reclusão e pagamento de 20 dias-multa. (HC 221.718/MG, Rel. Ministra Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 1/3/2013).

HABEAS CORPUS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO INDEVIDA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTAS QUE CARACTERIZAM HABITUALIDADE CRIMINOSA. EXTORSÕES MEDIANTE SEQUESTRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA. CONCOMITANTE CONDENAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DELITOS AUTÔNOMOS.

1. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo. Entretanto, a utilização de circunstâncias inerentes ao tipo penal para exasperar a reprimenda enseja constrangimento ilegal.

2. No caso, valorou-se negativamente a culpabilidade, porque o paciente seria perfeitamente capaz de entender a ilicitude de seus atos. Ora, não possuir tal discernimento seria inimputável. Já o lucro fácil é inerente a delitos contra o patrimônio, devendo, assim, afastar-se a valoração desfavorável dos motivos do crime.

[...]

8. Ordem parcialmente concedida para, de um lado, afastando da condenação as circunstâncias judiciais indevidamente valoradas, reduzir a pena recaída sobre o paciente, de 35 (trinta e cinco) anos de reclusão para 30 (trinta) anos e 8 (oito) meses de reclusão; de outro lado, permitir a progressão de regime, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 112 da Lei de Execução Penal. (HC n. 67.631/RJ, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 1º/2/2010 – grifo nosso).

HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44, § 2º (PRIMEIRA PARTE), DO CÓDIGO PENAL.

1. Mostra-se desarrazoada a elevação da pena em razão da culpabilidade do agente e dos motivos do crime, na medida em que não houve indicação de razões válidas e suficientes para justificar a consideração das aludidas circunstâncias como desfavoráveis ao réu. Precedentes desta Corte.

2. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde se limitou a ressaltar, de forma genérica, ser o réu possuidor de potencial consciência da ilicitude.

3. Ademais, o "lucro fácil", também não tem o condão de ensejar a exasperação da pena-base, pois tal fundamento é inerente a todo crime contra o patrimônio e já foi considerado pelo próprio legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada, não podendo, justamente por isso, ser novamente valorado pelo julgador sob pena de incorrer-se no vedado bis in idem.

4. Restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal e em se tratando de condenação igual a 1 (um) ano, fica a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, nos termos do § 2º (primeira parte), do referido dispositivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão ora hostilizado para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções Criminais, pelo prazo da nova pena privativa fixada. (HC n. 104.686/MG, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 15/6/2009).

Dessa forma, afastada a valoração negativa relativa à culpabilidade e a personalidade do agente, deve ser reduzida a pena-base imposta ao paciente. Utilizando os mesmos critérios da sentença condenatória e considerando que dos três vetores utilizados pela sentença condenatória, dois foram aqui afastado, reduzo em 2/3 (dois terços) o acréscimo aplicado, o que resulta em uma pena-base de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, mais 13 (treze) dias-multa.

Noutro ponto, impende assinalar que a Terceira Seção desta Corte Superior, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

A propósito:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local. (EREsp 1154752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 4.9.2012)

Dessa forma, deve ser concedida ordem de ofício para compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, a pena-base aqui reduzida para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, mais 13 (treze) dias-multa deve ser mantida nessa patamar na segunda fase do cálculo da pena, pela compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência. Não havendo circunstâncias a serem consideradas em terceira fase, fica ele convertida em definitiva.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*, todavia, concedo a ordem de ofício para reduzir a pena-base para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, mais 13 (treze) dias-multa, que é convertida em definitivo após a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e diante da inexistência de causas de aumento ou diminuição, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0210901-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 190.495 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 24090198789

EM MESA

JULGADO: 16/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
ADVOGADO	: THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: LEONARDO ZANI
CORRÉU	: ALESSANDRO JANUTE MOTTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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 da Sra. Ministra Relatora."

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