



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.439 - SP (2012/0062613-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AUGUSTO GUILHERME A S BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFTA DOS SANTOS ALMEIDA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INCREMENTO JUSTIFICADO. (3) AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. *QUANTUM* DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (4) *WRIT*, EM PARTE, PREJUDICADO, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de *habeas corpus* quando há ilegalidade patente. Na espécie, constitui fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base considerar que "em pleno cumprimento de regime aberto, resolveu tornar a delinquir, ludibriando cidadãos de bem. Para tanto, valeu-se de um perfeito simulacro de celular e acessórios (vide fls. 17/18 e 59/61), para obter ilícitas vantagens", pois tal fato revela um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente.

3. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente, em razão de condenação anterior transitada e julgado pelo crime de roubo, fato que justifica o incremento da pena, em 1/2 (metade), na segunda fase da dosimetria. Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

4. *Habeas corpus* julgado prejudicado no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, dele não conheceu, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.439 - SP (2012/0062613-0)
RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AUGUSTO GUILHERME A S BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFTA DOS SANTOS ALMEIDA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFTA DOS SANTOS ALMEIDA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0080119-46.2010.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no delito descrito no art. 171, *caput*, do Código Penal e, posteriormente, condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado. Confira-se o teor do *decisum*, no que interessa:

Destarte, mister se faz a formalização do decreto condenatório, pelo que passo à dosagem da pena. As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao agente, o qual, em pleno cumprimento de regime aberto, resolveu tornar a delinquir, ludibriando cidadãos de bem. Para tanto, valeu-se de um perfeito simulacro de celular e acessórios (vide fls. 17/18 e 59/61), para obter ilícitas vantagens. Seu proceder, próprio daqueles que elegeram a delinquência patrimonial como fonte de subsistência, denota que o acusado cometia subseqüentes golpes análogos na praça. O dolo se mostra bem aprimorado para o crime. Fixo a pena-base em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa.

Não existem atenuantes ou causas de diminuição de pena a considerar.

A condenação pela prática de roubo, certificada a fls. 43, caracteriza o acusado como reincidente técnico. Por conta da agravante do art. 61, I, do CP, aumento a sanção para 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo. Torno como definitiva a pena supra, por não existirem outras circunstâncias capazes de modificarem a dosimetria da sanção.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a ação penal para CONDENAR o réu JEFTA DOS SANTOS ALMEIDA ao cumprimento de 03 (três) anos de reclusão, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 171, "caput", c.c. artigo 61, I, ambos do Código Penal.

O histórico de vida do sentenciado, o qual denotou personalidade voltada à delinquência patrimonial e sua reincidência, impõem o estabelecimento do regime prisional fechado para o início do cumprimento da sanção corporal, face ao princípio da suficiência. Ademais, tratando-se de réu reincidente, apenado com reclusão, por imposição legal deverá sempre iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado: infringência ao disposto no art. 33, § 2.º, letras 'a', 'b' e 'c', do Código Penal. O acusado não demonstrou vínculo com o distrito da culpa. Caso colocado em liberdade, se evadiria, tornando a delinquir, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exatamente fez ao ser beneficiado com o regime aberto. (fls. 74-78).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, em aresto assim fundamentado:

Passa-se à dosimetria da pena.

Na primeira fase, a pena-base foi corretamente fixada em 02 anos de reclusão e 20 dias-multa, em se considerando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, já que o delito foi cometido durante o período em que o réu cumpria pena em regime aberto (fls. 26 e 38/39).

Na segunda fase, as penas foram majoradas para 03 anos de reclusão e 30 dias-multa, pela reincidência (fls. 43).

Assim, não há que se falar em *bis in idem*, porque a pena-base não foi majorada em razão da reincidência, reconhecida na segunda fase, mas porque o estelionato foi cometido durante cumprimento de pena privativa de liberdade, o que demonstra que a sanção anteriormente aplicada não foi suficiente para que o acusado deixasse de delinquir.

Não se pode deixar de lado que o regime prisional tem como objetivo reeducar o indivíduo insubordinado à lei e proteger a sociedade, que não pode ficar à mercê do infrator. O crime praticado é grave e o acusado o praticou enquanto cumpria pena por roubo duplamente qualificado, em regime aberto. Assim, o réu não possui mérito para ser beneficiado com regime prisional mais brando. O regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso (28/29).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que a pena-base foi exasperada de maneira exagerada, pelo fato de o paciente ter praticado novo delito durante o cumprimento de pena em regime aberto.

Defende a ausência de fundamentação idônea para a fixação da pena-base acima no mínimo legal "porque a prática de delito durante o cumprimento da pena, por si só, implica em sanção na esfera do processo de execução" e, "por conseguinte, não poderia o paciente, (...) ser punido tanto no processo de execução e, pelo mesmo acontecimento, ser sancionado no processo de conhecimento" (fl. 3).

Pondera que "a condenação anterior transitada em julgado que resultou no processo de execução foi valorada negativamente pela autoridade coatora na segunda fase da dosagem da pena na qualidade de agravante de reincidência", razão pela qual, a seu ver, teria ocorrido dupla valoração da mesma circunstância (fls. 3/4).

Aduz que, na segunda fase da dosimetria da pena, o Tribunal *a quo* agiu de forma desproporcional, uma vez que "aumentou a pena intermediária em 1/2 (metade) diante da existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado" (fl. 4).

Assere, ainda, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, que fixada a pena base no mínimo, a despeito da reincidência do paciente, na linha que estabelece a Súmula 269 deste Superior Tribunal de Justiça, deve ser fixado o regime semiaberto para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento inicial da reprimenda corporal.

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão guerreado. No mérito, pretende "a concessão da ordem para que a pena-base seja fixada no patamar legal inferior, o aumento por conta da agravante de reincidência seja de apenas 1/6 (um sexto) e o regime inicial seja o semiaberto" (fl. 5).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 36-38.

As informações foram juntadas às fls. 46-61, 63-89.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 92-97, da lavra do Subprocurador-Geral da República Henrique Fagundes Filho, opinando pela concessão parcial da ordem.

Segundo as últimas informações, foram unificadas as penas do paciente e concedido o benefício do livramento condicional.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.439 - SP (2012/0062613-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INCREMENTO JUSTIFICADO. (3) AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. *QUANTUM* DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (4) *WRIT*, EM PARTE, PREJUDICADO, NO MAIS, NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de *habeas corpus* quando há ilegalidade patente. Na espécie, constitui fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base considerar que "em pleno cumprimento de regime aberto, resolveu tornar a delinquir, ludibriando cidadãos de bem. Para tanto, valeu-se de um perfeito simulacro de celular e acessórios (vide fls. 17/18 e 59/61), para obter ilícitas vantagens", pois tal fato revela um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente.

3. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente, em razão de condenação anterior transitada e julgado pelo crime de roubo, fato que justifica o incremento da pena, em 1/2 (metade), na segunda fase da dosimetria. Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional.

4. *Habeas corpus* julgado prejudicado no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, cumpre deixar assentado que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e conseqüências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada. (HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENHIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA.
RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO
ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE
VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO
DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE
OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada. 4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados. (HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do *habeas corpus*, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente *mandamus* tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o habeas corpus presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa. 6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

In casu, o Juiz de primeiro grau aumentou a pena-base e o Tribunal *a quo* manteve o acréscimo, invocando elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações desfavoráveis.

Com efeito, constitui fundamentação adequada para a exasperação da pena-base considerar que "em pleno cumprimento de regime aberto, resolveu tornar a delinquir, ludibriando cidadãos de bem. Para tanto, valeu-se de um perfeito simulacro de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

celular e acessórios (vide fls. 17/18 e 59/61), para obter ilícitas vantagens", pois tal fato revela um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente.

Sobre o tema, eis os julgados:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA E ESTELIONATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE COM RELAÇÃO À CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA.

I - A orientação emanada do enunciado nº 17 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça tem como pressuposto lógico a idéia de que o falso exaure sua potencialidade lesiva ao constituir-se crime meio para a consecução do delito fim, que é o estelionato (Precedentes).

II - Sendo a falsidade meio para o estelionato, não se exaurindo neste, inviável a aplicação do princípio da consunção, por permanecer a falsidade apta à prática de outras atividades delitivas. Aplica-se, nestes casos, o concurso formal de crimes, e não o concurso material. (Precedentes do STF).

III - Na hipótese dos autos, a falsificação empregada não esgotou sua potencialidade lesiva no estelionato, tendo sido, ao contrário, utilizada por diversas vezes nos crimes praticados pelo paciente.

Inviável, portanto, a aplicação do princípio da consunção.

IV - 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).

V - *In casu*, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto à culpabilidade, circunstâncias, comportamento da vítima e personalidade, utilizando-se de expressões como: '(...) alto grau de culpabilidade(...)'; '(...) dolo de grande intensidade(...)'; e '(...) personalidade do acusado ser voltada para a delinquência(...)'. .

VI - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida."

(HC 125.331/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 08/03/2010)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVOS DO CRIME. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS POSITIVOS. CONCLUSÃO DE NEGATIVIDADE. AUSÊNCIA DE FATOS CONCRETOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RETIRADOS DOS AUTOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Os motivos do delito foram considerados como circunstância desfavorável, para ambos os pacientes, ao argumento de que 'não consta que o réu tenha se motivado por algum fato que pudesse ser digno de valoração positiva' e que, 'por isso, tal circunstância deve ser valorada negativamente'.

2. A simples ausência de elementos que façam considerar a circunstância judicial como positiva não gera a conclusão de que seria negativa, visto que a sua negatividade decorre da existência de fatos concretos, tirados dos autos, que justifiquem sua consideração como tal. Dessarte, a mera ausência de dados positivos, não gera, automaticamente, a presença de elementos negativos.

3. Não foram, pois, expostos dados concretos, retirados do delito em apreço, utilizados pelos acusados na consecução do intuito delitivo, que pudessem ser considerados como negativos, figurando a fundamentação empregada na sentença como inidônea.

4. Ordem concedida para excluir o acréscimo pela circunstância judicial relativa aos motivos do delito e reduzir as reprimendas dos pacientes, bem como as multas, mantendo o regime inicial fechado.

(HC 120765/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTOS FALSOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DOS ACUSADOS. INTENSIDADE DO DOLO, MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA NULA. PRECEDENTES DO STJ.

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 – observado o critério trifásico –, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Na hipótese, quanto à circunstância relativa à culpabilidade dos pacientes, verifica-se que o magistrado, impropriamente, sopesou a intensidade do dolo da conduta delitiva, consubstanciado apenas no argumento vago e genérico da consciência destes de participação de uma organização criminosa.

3. A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.

4. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte e no Pretório Excelso, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para majorar a pena-base.

5. Por fim, quanto à personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando-se dos envolvimento penais pretéritos dos agentes ('propósitos voltados para a atividade criminosa'), novamente, de forma imprópria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação dos pacientes, anular a sentença condenatória tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada, observando-se devidamente o critério trifásico, o qual deverá ser devidamente fundamentado e sem o aumento relativo aos maus antecedentes em relação ao réu Douglas Antunes. (HC 50.331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007 p. 550)

É permitido ao magistrado mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Veja-se que, na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente em razão de condenação anterior pelo crime de roubo, fato que justifica o incremento da pena, em 1/2 (metade), na segunda fase da dosimetria.

Confirmam-se, a propósito os julgados desta Corte sobre o tema:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITOS DE ENTORPECENTES. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DA MATERIALIDADE DELITIVA E NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. MAJORAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO) SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA.

1. A alegação concernente à negativa de autoria e à ausência de prova da materialidade delitiva é matéria que depende do reexame da matéria fático-probatória, sendo imprópria sua análise na via do *habeas corpus*. Precedentes.

2. O Código Penal não estabelece percentuais mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação. Precedentes.

3. Na hipótese, o Tribunal de origem aumentou em 1/4 (um quarto) a pena-base do Paciente, em razão de sua reincidência específica no crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Desse modo, tendo sido devidamente motivado o acréscimo implementado, o qual não se mostra flagrantemente desproporcional, não se verifica constrangimento ilegal a ser sanado na via do *habeas corpus*.

4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado." (HC 106.027/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 23/08/2010; sem grifo no original.)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88. 2. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção em 1/3 pelo reconhecimento da agravante da reincidência, ao justificar que o paciente teria reiterado na prática delitiva durante o gozo de benefício concedido no cumprimento de pena imposta pelo cometimento de idêntico crime - tráfico de entorpecentes - não há o que se falar em constrangimento ilegal, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem denegada. (HC 112.078/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe de 26/10/2009; sem grifo no original.)

Ademais, não há falar em *bis in idem*, uma vez que a pena-base foi exasperada em razão de o paciente, na ocasião da prática do delito de que cuida este *writ*, estar em cumprimento de pena no regime aberto, situação que revela a quebra de confiança que outrora lhe foi depositada. Por outro lado, é de ver que o aumento da pena, na segunda fase da dosimetria, refere-se à condenação anterior com trânsito em julgado, evidenciando a agravante da reincidência. Portanto, notabiliza-se que são distintos os argumentos utilizados pelo magistrado para exasperar a pena do paciente nas duas primeiras fases da dosimetria.

Por fim, apurou-se que o paciente foi beneficiado com o livramento condicional, sendo forçoso reconhecer que, neste ponto, encontra-se esvaído o objeto do presente *writ*.

Ante o exposto, julgo prejudicado o *habeas corpus* no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conheço.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0062613-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 237.439 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50100801196 801194620108260050

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AUGUSTO GUILHERME A S BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEFTA DOS SANTOS ALMEIDA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, dele não conheceu, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.