



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.213 - MG (2012/0125792-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : ANA CAROLINA VIEIRA GONÇALVES DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS
PACIENTE : GUILHERME SILVA FERREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. (A) PACIENTE PAULO HENRIQUE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. (B) PACIENTE GUILHERME. MAUS ANTECEDENTES. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DA PROVA OBJETIVO. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, **quanto ao paciente Paulo Henrique**, considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações (*a culpa intensa com que agiu; aos seus antecedentes abonadores; a sua má conduta social, dando mau exemplo para os que com ele convivem; a sua personalidade; aos motivos, circunstâncias e conseqüências do delito, tendo como motivo o enriquecimento ilícito, praticado em circunstâncias que dificultou a defesa da vítima, e de seu patrimônio, que em nada contribuiu para a empreitada criminosa*).

Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no *mandamus*, **no tocante ao paciente Guilherme**, deve prevalecer a incidência da agravante da reincidência, conforme afirmado pelo juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição (ausência da folha de antecedentes criminais), passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas **quanto ao paciente Paulo Henrique dos Santos**, a fim de reduzir a sua pena para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício apenas em relação ao paciente Paulo Henrique dos Santos, 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.

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

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.213 - MG (2012/0125792-6)
RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : ANA CAROLINA VIEIRA GONÇALVES DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS
PACIENTE : GUILHERME SILVA FERREIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de GUILHERME SILVA FERREIRA E PAULO HENRIQUE DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n.º 1.0145.10.053683-1/001).

Consta dos autos que o paciente Guilherme foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 48 dias-multa, e o paciente Paulo Henrique à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, mais 48 dias-multa, como incursos no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, nesses termos:

DO EXPOSTO, JULGO PROCEDENTE a denúncia de fls.02, para condenar:

— o acusado Guilherme Silva Ferreira nas sanções do art.157,1 e H c/c art. 65, III, "d" e art.61,1, na forma do art. 29, ambos do C.P, e ...

... considerando as diretrizes do art. 59 do C.P., ou seja, a culpa intensa com que agiu; aos seus maus antecedentes; a conduta social não recomendável, dando mau exemplo para os que com ele convivem; a personalidade; aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, tendo como motivo o enriquecimento ilícito, praticado em circunstâncias que dificultou a defesa da vítima, e de seu patrimônio, que em nada contribuiu para a empreitada criminosa...

...fixo-lhe a pena-base em 04 anos e 06 meses de reclusão e 36 dias-multa; diminuindo 06 meses de reclusão e 06 dias- multa, aumentando-a em 06 meses de reclusão e 06 dias-multa pela reincidência, para sem seguida aumentá-la em 1/3 (um terço) devido ao concurso de pessoas e arma de fogo,...

... fixando-a definitivamente em 06 anos de reclusão e 48 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente no dia dos fatos, corrigida quando do pagamento Cumprirá a pena em REGIME inicialmente FECHADO, devido à reincidência.

(...)

— o acusado Paulo Henrique dos Santos nas sanções do art.157,1 e II na forma do art. 29, ambos do C.P, e ...

... considerando as diretrizes do art. 59 do C.P., ou seja, a culpa intensa com que agiu; aos seus antecedentes abonadores; a sua má conduta social, dando mau exemplo para os que com ele convivem; a sua personalidade;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, tendo como motivo o enriquecimento ilícito, praticado em circunstâncias que dificultou a defesa da vítima, e de seu patrimônio, que em nada contribuiu para a empreitada criminosa...

...fixo-lhe a pena-base em 04 anos e 06 meses de reclusão e 42 dias-multa, aumentando-a em 1/3 (um terço) devido ao concurso de pessoas e arma de fogo...

... fixando-a definitivamente em 06 anos de reclusão e 48 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente no dia dos fatos, corrigida quando do pagamento.

Cumprirá a pena em REGIME SEMI-ABERTO. (fls. 13-20).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao apelo, vencido parcialmente o Relator, que votou no sentido de se decotar a majorante do emprego de arma e reduzir a pena-base aplicada, *verbis*:

As penas-base foram estabelecidas em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mediante a seguinte fundamentação:

... considerando as diretrizes do art. 59 do C.P., ou seja, a culpa intensa com que agiu; aos seus maus antecedentes; a conduta social não recomendável, dando mau exemplo para os que com ele convivem; a personalidade; aos motivos, circunstâncias e consequências do delito, tendo como motivo o enriquecimento ilícito, praticado em circunstâncias que dificultou a defesa da vítima, e de seu patrimônio, que em nada contribuiu para a empreitada criminosa, (fls. 147).

A avaliação foi idêntica para ambos os apelantes, com exceção dos antecedentes, cuja valoração foi positiva em relação a Paulo Henrique e negativa em relação a Guilherme.

A meu sentir, a decisão foi motivada e a avaliação justifica a fixação da pena-base em patamar mais elevado, a despeito dos sucintos argumentos invocados.

No caso concreto, justificam o ligeiro aumento da pena-base a conduta social não recomendável dos apelantes, comprovada em face da Certidão de Antecedentes Criminais de fls. 138/139 e 140/141, as quais demonstram certa inclinação à prática delitiva.

Acresça-se que as circunstâncias do crime são reprováveis pelo cometimento de delito em um ônibus coletivo, aproveitando-se do horário noturno, o que deve desfavorecer os agentes no momento de se aquinhoar as penas.

As consequências do ilícito também podem ser verificadas em face do prejuízo, ainda que parcial, experimentado pela empresa, considerando que o apelante Guilherme confessa ter gasto parte da quantia subtraída (fls. 109).

Assim, embora a valoração de algumas circunstâncias possa ser questionada, o resultado da reprimenda se mostra razoável em face das circunstâncias acima mencionadas.

Ademais, é cediço que a mensuração da pena-base deve ser creditada ao prudente arbítrio do juiz, que tem discricionariedade nesta seara, regrado pelo livre convencimento motivado.

Isto porque, como o legislador não fez menção a parâmetros de fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena-base, o Juiz tem poder discricionário para fixar a pena, limitado apenas pelo dever de motivação - obviamente com base em dados objetivos do processo, e não a partir do mero arbítrio subjetivo. Assim, sendo idôneos os fundamentos e razoável o quantum de aumento em face de aspectos desfavoráveis, é de se manter a decisão.

Portanto, em que pese à diligente atuação da defesa, não vejo razões para a diminuição da pena-base, cujo patamar se mostrou adequado ante a existência de circunstâncias desfavoráveis ao agente. Pela narrativa dos fatos e considerando o espectro legal, entendo que a opção do e. Juiz a quo se situou dentro dos limites da razoabilidade, diante do que não há que se falar em injustiça que justifique a retificação da pena nesta Instância Superior.

Registre-se ter sido compensada, na segunda fase da dosimetria, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP) com a agravante da reincidência (art. 61,1, do CP), em relação a Guilherme Silva, ao passo que, na terceira fase, as penas foram, elevadas à fração mínima (1/3) em face das causas especiais de aumento de pena dos incisos I e II do § 2º do art. 157 do CP. O regime prisional também se mostrou acertado à luz do art. 33 do CP, sendo fixado o fechado ao apelante Guilherme, em razão da reincidência, e o semiaberto a Paulo Henrique.

Por essas razões, nego provimento ao apelo, para manter, na íntegra, a r. sentença hostilizada. (fls. 24-36).

Manejados embargos infringentes, não foram providos:

Lado outro, razão não assiste à defesa ao postular a redução das penas-base.

Malgrado não aquiescer com algumas análises esposadas pelo nobre Magistrado (fls. 147/148), as penas-base dos réus devem ser mantidas ligeiramente acima do mínimo legal.

Afinal, as circunstâncias e as conseqüências do delito pesam em desfavor dos réus, pelo fato de terem os dois increpados adentrado um ônibus coletivo, portando arma de fogo, expondo outras pessoas, além das vítimas, a perigo e por não ter sido a *res furtiva* integralmente restituída à empresa vítima.

Assim, intocável a fixação das básicas acima do mínimo legal (em quatro anos e seis meses de reclusão e trinta e seis dias-multa).

Isso posto, acompanho o parecer e rejeito os embargos, mantendo integralmente o v. acórdão. (fls. 65-75).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que o paciente Guilherme possui apenas uma condenação com trânsito em julgado, não podendo, portanto, ser utilizada tal anotação criminal para exasperar a pena nas duas primeiras fases da dosimetria.

Requer sejam reduzidas as penas-base ao mínimo legal.

As informações foram juntadas às fls. 92-118.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 121-124, da lavra do Subprocurador-Geral da República Luciano Mariz Maia, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 246.213 - MG (2012/0125792-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. (A) PACIENTE PAULO HENRIQUE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE RECONHECIDA. (B) PACIENTE GUILHERME. MAUS ANTECEDENTES. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DA PROVA OBJETIVO. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, **quanto ao paciente Paulo Henrique**, considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações (*a culpa intensa com que agiu; aos seus antecedentes abonadores; a sua má conduta social, dando mau exemplo para os que com ele convivem; a sua personalidade; aos motivos, circunstâncias e conseqüências do delito, tendo como motivo o enriquecimento ilícito, praticado em circunstâncias que dificultou a defesa da vítima, e de seu patrimônio, que em nada contribuiu para a empreitada criminosa*).

Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no *mandamus*, **no tocante ao paciente Guilherme**, deve prevalecer a incidência da agravante da reincidência, conforme afirmado pelo juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição (ausência da folha de antecedentes criminais), passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas **quanto ao paciente Paulo Henrique dos Santos**, a fim de reduzir a sua pena para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na seqüência, 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 conseqüências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente 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)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTIÇÃO 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

08/11/2011, DJe 01/02/2012)

In casu, o Juiz de primeiro grau aumentou a pena-base do **paciente Paulo Henrique**, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais.

Todavia, verifico que, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações desfavoráveis.

Com efeito, não basta afirmar que "a culpa intensa com que agiu; aos seus antecedentes abonadores; a sua má conduta social, dando mau exemplo para os que com ele convivem; a sua personalidade; aos motivos, circunstâncias e conseqüências do delito, tendo como motivo o enriquecimento ilícito, praticado em circunstâncias que dificultou a defesa da vítima, e de seu patrimônio, que em nada contribuiu para a empreitada criminosa".

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 valorização 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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)

No que tange ao pedido de afastamento dos maus antecedentes, **quanto ao paciente Guilherme**, entendo que a presente ordem não comporta concessão, até porque não se revestiu do melhor esmero em sua instrução. Não foi carreado aos autos cópia da folha de antecedentes.

Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de *habeas corpus* seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeatur, o que não se pode verificar *in casu*.

V. Ordem denegada.

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)

Nessa linha de consideração, tendo em vista que foi afirmado pelo juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem que o paciente possui maus antecedentes, deve prevalecer a exasperação da pena-base em 1/8 (um oitavo).

Por fim, **no tocante ao paciente Paulo Henrique**, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira fase da dosimetria, exaspero a pena em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de reduzir a pena do **paciente Paulo Henrique dos Santos** para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0125792-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 246.213 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10145100536831 536831572010

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO	: ANA CAROLINA VIEIRA GONÇALVES DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	: PAULO HENRIQUE DOS SANTOS
PACIENTE	: GUILHERME SILVA FERREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício apenas em relação ao paciente Paulo Henrique dos Santos, 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.