



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.201 - MG (2010/0085311-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARCELO BASTOS PAULA
ADVOGADO : EDUARDO DE VILHENA TOLEDO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCELO BASTOS PAULA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA PENAL DO PACIENTE NÃO JUNTADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. A sentença condenatória, mantida pelo Tribunal *a quo*, não apresentou elemento concreto que indicasse um maior juízo de censura na atuação do Paciente no delito, limitando-se a afirmar que agiu com dolo excessivo. De outra parte, inviável reconhecer o alegado constrangimento ilegal na majoração da pena-base pelos maus antecedentes, pela deficiência na instrução dos autos, deles não constando a folha penal do Paciente, mesmo após os pedidos de informação ao Juízo monocrático e ao Tribunal apontado como coator. Em se tratando de Paciente que tem advogado constituído, não é possível conhecer de impetração deficientemente instruída, isto é, sem as peças e informações essenciais para o deslinde da controvérsia, inviabilizando a adequada análise do pedido.

2. Se a sentença se utilizou da confissão espontânea do acusado para corroborar o acervo provatório e concluir pela sua condenação, é obrigatória a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal).

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e concedido para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante a individualização da pena, e determinar que o MM. Juiz *a quo* complemente os fundamentos utilizados na fixação da pena-base, sob pena de aplicação no mínimo legal, e a incidência da atenuante de pena prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 15 de maio de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.201 - MG (2010/0085311-0)

IMPETRANTE : MARCELO BASTOS PAULA
ADVOGADO : EDUARDO DE VILHENA TOLEDO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCELO BASTOS PAULA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO BASTOS PAULA, condenado à pena de 02 anos de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 171, *caput*, do Código Penal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sede de apelação, assim ementado:

"ESTELIONATO - CHEQUE PRÉ-DATADO - PREJUÍZO DA VÍTIMA - ILÍCITO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE. O artifício utilizado pelo estelionatário para manter a vítima em erro e obter a vantagem ilícita é o quanto basta para configuração do estelionato. Se o agente atua com dolo, ludibriando a vítima para conseguir vantagem ilícita, é certo que se trata de estelionato e não puro ilícito civil, como quer a defesa. O cheque pré-datado apenas não se presta à configuração do delito de estelionato na sua modalidade descrita no art. 171, § 2º, inc. VI, do CP, contudo é apto a qualificar o delito previsto no caput do citado artigo. Apelo desprovido." (fl. 33)

Sustenta o Impetrante, em suma, constrangimento ilegal na individualização da pena, porque a pena-base foi fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementares do tipo e inquérito e processos em andamento, considerados como maus antecedentes, bem como pelo não reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Requer, assim, liminarmente, sejam suspensos os efeitos da condenação. No mérito, busca a fixação da pena no mínimo legal.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fl. 51.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 57/80, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 85/87, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 172.201 - MG (2010/0085311-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA PENAL DO PACIENTE NÃO JUNTADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE OBRIGATÓRIA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. A sentença condenatória, mantida pelo Tribunal *a quo*, não apresentou elemento concreto que indicasse um maior juízo de censura na atuação do Paciente no delito, limitando-se a afirmar que agiu com dolo excessivo. De outra parte, inviável reconhecer o alegado constrangimento ilegal na majoração da pena-base pelos maus antecedentes, pela deficiência na instrução dos autos, deles não constando a folha penal do Paciente, mesmo após os pedidos de informação ao Juízo monocrático e ao Tribunal apontado como coator. Em se tratando de Paciente que tem advogado constituído, não é possível conhecer de impetração deficientemente instruída, isto é, sem as peças e informações essenciais para o deslinde da controvérsia, inviabilizando a adequada análise do pedido.

2. Se a sentença se utilizou da confissão espontânea do acusado para corroborar o acervo probatório e concluir pela sua condenação, é obrigatória a atenuação da pena (art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal).

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e concedido para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante a individualização da pena, e determinar que o MM. Juiz *a quo* complemente os fundamentos utilizados na fixação da pena-base, sob pena de aplicação no mínimo legal, e a incidência da atenuante de pena prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Narram os autos que o Paciente, então candidato a prefeito de Oliveira/MG, foi condenado nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal, porque, embora soubesse que a conta bancária nº 6.767-9 não possuía fundos, emitiu cheque para pagamento de despesa da campanha, pré-datando-o para o dia 11 de dezembro 2000. Consta ainda que recebeu de "troco" o cheque nº 000.427, do Banco Credioli, no valor de R\$ 300,00. Com esta cártula, quitou outro débito no posto de gasolina Curral de Minas. Apurou-se que a conta bancária do réu não tinha saldo no momento da emissão do cheque nem na ocasião do desconto.

O Juízo de Direito da Comarca de Oliveira/MG fixou à pena definitiva do Paciente em 02 anos de reclusão, em regime aberto, sendo-lhe negado o benefício da substituição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da privativa de liberdade, com a seguinte fundamentação:

"[...] considerando que vem para os autos com maus antecedentes embora tecnicamente primário; considerando que teve culpabilidade acentuada, posto que agiu com dolo intenso, visando a obtenção de lucro fácil; considerando que evidencia personalidade sem vínculo com o trabalho honesto; considerando que a vítima arcou com grave prejuízo, em seu próprio trabalho; fixo a pena base, nos termos do artigo 171, caput, do Código Penal, em DOIS ANOS DE RECLUSÃO; pena que torno concreta e definitiva, à falta de outros fatores que a modifiquem. O réu cumprirá a pena, inicialmente, em regime aberto, podendo recorrer em liberdade. Expeça-se o mandado de prisão, com o trânsito em julgado." (fl. 30)

A Corte mineira, ao desprover o apelo defensivo, considerou que: *"As penas foram corretamente aplicadas na sentença, com obediência ao critério trifásico para sua fixação (art. 59 e 68 do CP). Assim, as penas aplicadas na sentença não devem ser retificadas. O regime inicial de cumprimento fixado na sentença foi o aberto, de forma até benevolente ao réu"* (fl. 41).

Informa o Juízo de primeiro grau (fls. 64/66) que Paciente possui duas condenações na Comarca de Oliveira. A execução da primeira, de que tratam estes autos, teve início em março de 2007, sendo deferido ao condenado a prisão domiciliar. Entretanto, o sentenciado não cumpriu as condições impostas pelo Juízo das Execuções e desde março de 2009 se encontra foragido.

Sustenta o Impetrante, de início, que ao fixar a reprimenda o Juízo de primeiro grau exasperou a pena-base com fundamento em circunstâncias elementares do tipo e nos maus antecedentes do réu, embora o Paciente seja tecnicamente primário.

Defende, ainda, que a sentença condenatória deixou de considerar a confissão extrajudicial do réu como circunstância atenuante, apesar de a invocar como elemento probatório da autoria do crime.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado em sede de *habeas corpus* o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

No caso, o Juízo da condenação fixou a pena-base no dobro do mínimo legal, cominado em 01 ano, com fundamento nos antecedentes e no dolo "intenso" do Paciente e no "grave prejuízo" arcado pela vítima.

Pois bem.

Embora o crime de estelionato tratado nestes autos seja realmente grave, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descabido majorar a pena-base fundando-se nos elementos constitutivos do próprio tipo e em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como no caso.

Primeiramente, vejo que a culpabilidade foi indevidamente considerada em demérito do Apenado. É que, quando da análise das circunstâncias judiciais, o Juízo sentenciante, no que foi referendado pelo Tribunal *a quo*, não apresentou elemento concreto que indicasse um maior juízo de censura na atuação do Paciente no delito, limitando-se a afirmar que agiu com dolo excessivo, o que não é suficiente para justificar o acréscimo com suporte na circunstância da culpabilidade.

O precedente a seguir colacionado bem retrata a impossibilidade dessa errônea valoração, *in verbis*:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. REPROVAÇÃO SOCIAL DA CONDUTA. MOTIVAÇÃO ECONÔMICA INERENTE AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

I. Culpabilidade, entendida como circunstância judicial, refere-se à reprovação social da conduta, não ao conceito da estrutura analítica do crime.

II. A motivação econômica não pode ser considerada para o fim de majorar a pena-base dos delitos que protegem o patrimônio, por ser inerente aos próprios tipos penais.

III. Ordem concedida, nos termos do voto do relator." (HC 178.660/GO, 5.^a Turma, Min. Rel. GILSON DIPP, DJe de 21/02/2011.)

De outro lado, não é viável reconhecer o alegado constrangimento ilegal na majoração da pena-base pelos maus antecedentes, pela deficiência na instrução dos autos, deles não constando a folha penal do Paciente, mesmo após os pedidos de informação ao Juízo monocrático e ao Tribunal apontado como coator, pelo que não é possível averiguar a existência ou não de maus antecedentes, com base em condenação transitada em julgado que não se presta a configurar a reincidência.

Como é sabido, o rito da ação constitucional do *habeas corpus* demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade suscitada. Desse modo, em se tratando de Paciente que tem advogado constituído, não é possível conhecer de impetração deficientemente instruída, isto é, sem as peças e informações essenciais para o deslinde da controvérsia, inviabilizando a adequada análise do pedido.

Em idêntico sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. INTERPOSIÇÃO CONCOMITANTE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. MENÇÃO À QUANTIDADE DE DROGA. AUTOS DEFICIENTEMENTE INSTRUÍDOS. ORDEM DENEGADA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários. Tampouco é possível a formulação concomitante de recurso especial e habeas corpus, sob pena de o primeiro tornar-se totalmente inócuo.

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade manifesta que autorize a concessão da ordem pretendida. Embora a sentença anexada aos autos esteja parcialmente ilegível, é possível verificar que foram apontados, para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não apenas os antecedentes, mas também a expressiva quantidade de drogas. Ademais, os autos também não foram instruídos com a certidão de antecedentes do paciente, o que inviabiliza a análise da tese de que ele não possuía condenação definitiva na data da sentença.

3. Habeas corpus denegado." (HC 134.281/BA, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 19/03/2012.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ALEGADA DESCONSTITUIÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CONSIDERADA PARA RECONHECER A REINCIDÊNCIA DO RÉU. OCORRÊNCIA APÓS O JULGAMENTO DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO WRIT. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE DE AFERIÇÃO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. A alegada primariedade do Paciente não foi objeto de análise pelas instâncias ordinárias porque o julgamento do apelo defensivo impugnado, pelo Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, foi anterior a suposta concessão de ordem pela Corte de Justiça paulista para desconstituir o trânsito em julgado da condenação, em tese, utilizada para configurar a reincidência. Nesse contexto, descabe conhecer da matéria sob pena de vedada supressão de instância.

2. Ademais, o rito da ação constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, onde não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, inviabilizando a adequada análise do pedido. Na espécie, não consta dos autos a folha de antecedentes do Paciente, tampouco o acórdão que teria concedido a ordem na Corte paulista, sendo impossível aferir qual seria a condenação definitiva considerada pelas instâncias ordinárias para aplicar a agravante.

3. Habeas corpus não conhecido, com a determinação de remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 4.^a Região." (HC 165211/PR, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/03/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. USO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA E APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. EMPREGO DO ARTEFATO DEMONSTRADO NO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. REGIME INICIALMENTE FECHADO. AUTOS QUE NÃO FORAM INSTRUÍDOS COM CÓPIA DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DO RÉU. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

I. Não obstante a ausência de apreensão e de perícia da arma de fogo, observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido do efetivo emprego de arma de fogo pelos pacientes, devendo ser mantida a qualificadora descrita no inciso I do § 1º do art. 157 do Código Penal.

II. O transcurso de prazo superior a 05 (cinco) anos entre a data do término do cumprimento da condenação anterior ou da extinção da pena e a data do delito posterior apenas impede o reconhecimento da reincidência do réu, devendo tal circunstância ser sopesada como mau antecedente, permitindo a exarcebação da pena-base acima do piso legal.

III. O artigo 33 do Código Penal estabelece que na fixação do regime prisional, o julgador deverá levar em conta as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do mesmo diploma legal, permitindo, desde que fundamentadamente, a fixação de regime mais rigoroso do recomendável pelo quantum da pena.

IV. Tratando-se de réu que ostenta maus antecedentes, cuja pena-base foi majorada acima do mínimo legal, não há que se falar em constrangimento ilegal em decorrência da imposição de regime mais gravoso para o desconto da pena corporal.

V. Defesa que se olvidou de juntar cópia da certidão de antecedentes criminais do réu Márcio, impossibilitando maiores digressões acerca dos seus alegados péssimos antecedentes, nos termos do que restou assentado no bojo da sentença condenatória.

VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator." (HC 197.510/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJe de 28/04/2011.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DO LAUDO COMPROBATÓRIO DO VALOR DA RES FURTIVA. FURTO QUALIFICADO. INAPLICABILIDADE DO § 2º DO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL. DESVALOR DE AÇÃO E DESVALOR DE RESULTADO. PEQUENO VALOR E PEQUENO PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIAS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO.

I - O habeas corpus deve ser instruído com as peças indispensáveis à compreensão da controvérsia (HC 84507/ES, 5ª Turma, Rel. Minª. Jane



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Silva Desembargadora Convocada do TJ/MG -, DJU de 05/11/2007; HC 75.637/BA, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/06/2007), capazes, assim, de evidenciar a pretensão perquerida (HC 79.650/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 08/10/2007), bem como a veracidade do alegado.

II - Tal providência, mormente nas hipóteses em que o paciente é assistido por advogado, constitui ônus da defesa (HC 92.815/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, DJU de 11/04/2008), do qual somente desincumbe-se diante de justificativa plausível para tanto. Caso contrário o habeas corpus não poderá ser conhecido diante da impossibilidade de confirmação da efetiva ocorrência de constrangimento ilegal (HC 91.755, Primeira Turma, Rel. Minª. Cármen Lúcia, DJU de 23/11/2007; HC 91.399/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 11/10/2007).

III - No presente caso, os autos não vieram instruídos com a cópia do laudo comprobatório do valor da res furtiva, o qual, na hipótese, se apresenta como peça indispensável à compreensão da controvérsia.

IV - Ao furto qualificado não se aplica a minorante da forma privilegiada. O menor desvalor de resultado, desde que não seja insignificante, carece de relevância jurídica no sentido de afetar o desvalor de ação na figura típica do furto qualificado. A incidência do privilegiado, outrossim, não pode ter, indiferentemente, o mesmo efeito na forma qualificada que tem na forma básica (Precedentes).

V - Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59, do CP, verifica a existência de circunstância judicial desfavorável apta a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, qual seja, as circunstâncias do crime (Precedentes).

VI - Inquéritos e ações penais em andamento, por si, não podem ser considerados como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base ou, conseqüentemente, para a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

VII - No entanto, condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal em destaque, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem, à toda evidência, para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.

VIII - Consoante o disposto no art. 33, § 2º e 3º, ambos do Código Penal, o réu não reincidente, condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos, mas que ostente circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto.

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente concedida." (HC 153.123/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 06/09/2010.)

"HABEAS CORPUS. ART. 14 DA LEI Nº 6.368/76. DOSIMETRIA DA PENA. RAZOABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE NÃO POSSUIR MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. REINCIDÊNCIA NÃO CONSIDERADA. AUTOS NÃO INSTRUÍDOS COM A FOLHA PENAL. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há ilegalidade a ser reconhecida se a pena-base do paciente foi fixada acima do mínimo legal, mas abaixo do máximo, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 59 do Código Penal, de forma proporcional e razoável.

Destacou-se que o paciente ocupa posição de liderança na organização criminosa, bem como possui antecedentes negativos.

2. Se a impetração admite que o paciente possuía condenação anterior transitada em julgado, e tal incidência não foi utilizada como agravante na segunda fase, nada impede que seja valorada na primeira fase de aplicação da pena, inexistindo bis in idem. Ademais, não há como avaliar a alegação de que o paciente não possui maus antecedentes se os autos não estão instruídos com sua folha penal.

3. Ordem denegada." (HC 90.415/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 24/05/2010.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. VERIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO ANTERIOR. ANÁLISE PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não tendo o impetrante juntado a folha de antecedentes criminais do paciente Daniel da Silva, inviável mostra-se o exame da alegação de que a ação ainda está em andamento uma vez que, segundo entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, "O remédio heróico do HC, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas das sustentações feitas, já que não se admite dilação probatória (HC 38.897/BA, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 26/9/05).

2. "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Súmula 718/STF).

3. "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).

4. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal).

5. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente José Luiz dos Santos." (HC 121.324/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 09/03/2009.)

Tais considerações não são suficientes para justificar o grau de agravamento da reprimenda realizado pela sentença condenatória, sobretudo porque a exasperação da pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deverá, sempre, respeitar o princípio da proporcionalidade.

No tocante à atenuante da confissão espontânea, cabe ressaltar que *"a atenuante do art. 65, inc. III, alínea d, do Código Penal tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos"* (REsp 711.026/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 09/08/2005).

De fato, depreende-se, da acurada leitura dos autos, que a confissão do ora Paciente não foi sopesada na aplicação da pena, apesar de o Juízo sentenciante tê-la levado em consideração para justificar o decreto condenatório, pois reconheceu que *"não há dúvidas quanto a autoria ou materialidade. O réu é confesso e o crime foi consumado, a despeito do esforço da defesa"* (fl. 28).

Logo, também nesse ponto, a individualização da pena do Paciente comporta reparos, já que, se a sentença e o acórdão utilizaram-se da confissão espontânea para corroborar o acervo provatório e concluir pela condenação do réu, mostra-se obrigatória a atenuação da pena, a teor do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal.

A respeito:

"HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. NÃO-INCIDÊNCIA NO CÁLCULO DA PENA. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A interpretação dada pelo réu ao fato típico por ele confessado não afasta a incidência da correspondente atenuante (art. 65, I, d, do Código Penal).

2. Se o juiz sentenciante utilizou a confissão para condenar o réu pela prática de lesão corporal de natureza gravíssima, não poderia ter desconsiderado tal circunstância atenuante na fixação da pena.

3. Habeas corpus concedido para declarar a nulidade do acórdão recorrido, devendo o Tribunal de origem redimensionar a pena do paciente, levando-se em consideração a atenuante da confissão espontânea." (HC 37.150/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 26/05/2008.)

"HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DADO UTILIZADO PELO JUÍZO DE CONDENAÇÃO. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA. COMPENSAÇÃO COM O AUMENTO OPERADO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA.

Uma vez constatada, no interrogatório do réu, a confissão e tendo o Juiz sentenciante se valido de tal dado para concluir pela condenação, a atenuante do art. 65, III, d, do CP se afigura obrigatória.

Na espécie, a diminuição se dá como forma de compensar o aumento da pena base pela circunstância do mau antecedente, o que remete



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à redução da pena definitiva ao mínimo legal.

Ordem concedida para reconhecer a confissão espontânea e, por conseguinte, reduzir a reprimenda ao mínimo de 1 ano de reclusão, o que deverá impor o redimensionamento da pena restritiva de direito pelo Juízo de Execuções, mantida a pena de multa." (HC 69.124/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 08/06/2009.)

Com efeito, carece o decreto condenatório de motivação concreta para o aumento da pena no *quantum* fixado pela sentença condenatória, com evidente afronta ao princípio da proporcionalidade.

Todavia, não obstante a constatação dessas impropriedades na individualização da pena, vislumbra-se a existência de algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, como por exemplo à relativas as circunstâncias do delito, o que impõe a devolução dos autos à origem com a finalidade de, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, seja fixada a reprimenda proporcional e suficiente à reprovabilidade da conduta do agente.

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do *habeas corpus* e CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão no tocante a individualização da pena, e determinar que o MM. Juiz *a quo* complemente os fundamentos utilizados na fixação da pena-base, sob pena de aplicação no mínimo legal, e a incidência da atenuante de pena prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0085311-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 172.201 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10456020124453 456020124453

EM MESA

JULGADO: 15/05/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO BASTOS PAULA
ADVOGADO : EDUARDO DE VILHENA TOLEDO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : MARCELO BASTOS PAULA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.