



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.134 - CE (2012/0067664-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : JOSÉ GOMES NETO
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ GOMES NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. PLEITO DE REDUÇÃO ACOLHIDO. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

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

– Muito embora o acórdão atacado tenha dito existiam "05 (cinco) circunstâncias desfavoráveis entre as 08 (oito) a serem consideradas para a fixação da pena" somente os argumentos relativos à culpabilidade e a personalidade do agente excederam aos parâmetros normais do tipo penal, tendo sido destacado que o acusado cometeu o delito "*abusando da confiança nele depositada pelos servidores da UFC, os quais cederam até mesmo a senha pessoal do sistema*" e diante da sua contumácia na prática do delito.

– No que diz respeito a consideração desfavorável dos seus antecedentes, verifica-se que foi utilizado o envolvimento em incidentes com repercussão em matéria penal para essa caracterização, todavia, é cediço que, nos termos do entendimento desta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não são aptos a elevar a pena-base a título de maus antecedentes. Súmula n. 444/STJ.

– As demais circunstâncias judiciais também não foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequadamente fundamentadas, pois se constata que as instâncias originárias limitaram-se a emissão de argumentações genéricas e inerentes ao próprio tipo penal, desprovidas de elementos concretos que justificassem sua caracterização desfavorável.

– No julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.154.752/RS, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas devem ser igualmente valoradas

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de junho de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.134 - CE (2012/0067664-3)

RELATORA : **MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**
IMPETRANTE : JOSÉ GOMES NETO
ADVOGADO : ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
PACIENTE : JOSÉ GOMES NETO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de JOSÉ GOMES NETO, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que proveu parcialmente apelação defensiva.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 171, § 3º c/c o art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, conforme sentença de fls. 15-33.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, que deu parcial provimento ao apelo a fim desclassificar o delito para o crime do art. 297, § 1º, do Código Penal, minorando a pena privativa de liberdade para 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantida a pena de multa, nos termos do acórdão de fls. 35-58.

No Superior Tribunal de Justiça, a defesa busca a revisão da pena aplicada, reduzindo-se a pena-base para o mínimo legal.

Requer, no mérito, seja concedida ordem para corrigir o constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, "ordenando-se a correção da reprimenda imposta, nos termos da individualização constitucional da pena, reduzindo a pena-base para o mínimo legal" (fl.7).

Liminar indeferida à fl. 65

Informações dispensadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 73-78, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.134 - CE (2012/0067664-3)

VOTO

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

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

A propósito, confira-se:

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

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

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

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

Dessume-se da leitura dos autos que a defesa insurge-se contra o constrangimento ilegal a que o paciente está submetido, buscando a diminuição da pena-base imposta.

O Magistrado singular, ao realizar dosimetria da reprimenda, assim consignou (fls. 29-30):

JOSÉ GOMES NETO

A culpabilidade mostrou-se evidenciada pela consciência da ilicitude do fato e a possibilidade de agir de outra forma. Destarte, do réu, pessoa instruída, podia se exigir um maior dever de se pautar pela norma.

Há registros de maus antecedentes nos autos em relação ao réu (fl. 475).

Circunstâncias desfavoráveis ao réu que violou frontalmente os ditames éticos a que deveria se pautar no exercício da função pública, abusando da confiança nele depositada pelos servidores da UFC, os quais cederam até mesmo a senha pessoal do sistema.

Conduta social e personalidade sem meios de aferição.

As conseqüências foram negativas. O sistema de vestibular talvez seja o único procedimento público em que ainda se privilegia o mérito do cidadão, as suas qualidades, o seu esforço e estudo. Não interessam seu sobrenome, as relações pessoais do candidato. Não importa se é filho de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

algum amigo, político ou magistrado. Não há lugar aqui para confusão entre público e privado. Nele todos são iguais - vestibulandos.

A partir da constatação, é imperioso o resguardo da lisura nos ingressos nas universidades públicas, não permitindo que pessoas abusem do "jeitinho brasileiro" para desacreditar o que ainda resta de impessoalidade na administração pública.

Ante o exposto, fixo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, observo a presença da agravante prevista no art. 61, II, alínea "g", do CP, motivo pelo qual aumento a pena em 6 (seis) meses, totalizando 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Presente a causa de aumento do § 3º do art. 171, CP, aumento a pena em 1/3, passando a dosá-la em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Por fim, em face da continuidade delitiva (art. 71, caput, CP), aumento a pena em 1/6 (um sexto), passando a dosá-la em definitivo em 5 (cinco) anos 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias, em regime semi-aberto, na forma do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Condeno-o, ainda, à pena de multa no valor de 30 (trinta) dias-multa, sendo cada dia-multa arbitrado à razão de metade do salário mínimo tempo do evento criminoso, ante a existência de dados que comprovam que o réu é aposentado do Exército.

Ressalto que a fixação da pena de multa com base tão-somente na capacidade econômica do réu, deve-se ao fato de que com a nova redação do art. 51, caput, CP, pela Lei 9.268/96, a pena pecuniária tornou-se dívida de valor, eliminando-se, desta forma, qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade na modalidade detenção, sendo desnecessário, assim, com a novel legislação, calcular tal penalidade seguindo o critério trifásico do art. 68, caput, CP.

Em razão de a pena fixada ser maior que 4 (quatro) anos, o réu não faz jus à substituição da pena.

A Corte de origem, ao dar parcial provimento ao recurso de apelação, acrescentou os fundamentos a seguir transcritos (fls. 46-49) :

Passo a fixar a pena de José Gomes Neto, nos termos do art. 59, do Código Penal.

Na análise da culpabilidade, deve o juiz aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade da conduta da Agente. Conforme deflui da fundamentação supra, o Apelante agiu com a plena consciência da ilicitude, é imputável e deveria ter agido de modo diverso do que efetivamente logrou agir, sendo de relativa censurabilidade social a sua conduta.

Sua conduta social é satisfatória, pois não se conhece qualquer fato que a macule. No tocante à personalidade (maneira de sentir e agir relativa ao caráter do agente), não é necessária a análise de dados psicológicos, antropológicos e psiquiátricos do Apelante. Basta apenas que, da análise dos autos, verifique o julgador que o agente apresenta contumácia na prática delituosa, aplicando golpes de forma continuada, fato que revela a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade voltada ao crime e isto apenas pode ser constatado se ele confessar voluntariamente sua condição de criminoso contumaz ou mediante a análise de sua ficha criminal. No caso, verifica-se que a Apelante é afeito à prática delituosa, não sendo este o único fato delituoso na sua vida sendo ele continuamente processado e, em alguns casos, já condenado por fatos semelhantes.

A concepção de antecedentes criminais restringe-se à constatação fática da existência de envolvimento do agente em inquéritos policiais e processos-crime antes da prática do ilícito penal ora em julgamento, mesmo que não tenha havido condenação. É um critério objetivo: réu com bons antecedentes é aquele que nunca se envolveu em incidentes com repercussão em matéria penal. Caso contrário, e desde que não haja trânsito em julgado da decisão, quando então será caso de reincidência, pode o réu ser considerado como portador de maus antecedentes.

A Apelante é primário (porque inexistente nos autos prova da existência de condenação transitada em julgado), o motivo é o habitual neste tipo de crime (obtenção de vantagem para si ou para terceiros), as circunstâncias e as consequências do crime são as normais do crime em comento, de forma que, ante a presença de 05 (cinco) circunstâncias desfavoráveis entre as 08 (oito) a serem consideradas para a fixação da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base do Apelante em 03 (três) anos de reclusão.

Deve ser aplicada da agravante do art. 61, II, "g" do Código Penal, (com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão), uma vez que o Apelante, como bolsista da UFC, obteve as senhas valendo-se de sua condição, tendo a pena aumentada em 03 (três) meses, fixando-se a pena em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Assiste razão ao Apelante no sentido de que deve ser aplicada a atenuante genérica de confissão espontânea.

O Supremo Tribunal Federal - STF considera aplicável a referida atenuante quando a confissão extrajudicial, embora retratada em Juízo, venha a servir de base para a condenação, como ocorreu no presente caso, e conforme indica o presente acórdão que ora transcrevo:

[...]

Presente a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), porque o Apelante confessou o delito tanto na Polícia Federal como em Juízo afirmando que efetivamente realizou os fatos delituosos, reduz a pena em 03 (três) meses, totalizando a pena 03 (três) anos de reclusão.

Presente a causa de aumento de pena prevista no § 1º, do art. 297, do Código Penal, (em face de sua qualidade de estagiário/bolsista de Pós Graduação da UFC), aumento a pena em 1/6 (um sexto), totalizando a pena em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a qual torno definitiva.

O regime aberto é o inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

No tocante à pena de multa, também é a análise das circunstâncias judiciais que orientará o Julgador na fixação da pena-base, no caso, o total de dias-multa a ser estabelecido e, em momento posterior, aferido o que dos autos conste acerca da capacidade econômica do Réu, a fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*valor pecuniário de cada dia-multa.*²

No caso, entendo que a pena de multa deve guardar consonância, em caráter eqüitativo, com a pena privativa de liberdade aplicada. O art. 49. do Código Penal dispõe que "a pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa".

A pena ora aplicada á Apelante foi de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e a pena de multa deve guardar consonância com a pena privativa de liberdade. Desta forma, mantenho a pena de multa em 30 (trinta) dias-multa, no valor do dia-multa de metade do salário mínimo vigente á época dos fatos.

Com relação ao disposto no art. 44 do Código Penal, converter a pena privativa de liberdade em restritivas de direito, porque tal alternativa seria insuficiente para a prevenção/repressão das condutas delituosas, em face da prática contínua de delitos deste porte.

Com a nova classificação do crime, o Apelante José Gomes Neto, foi condenado à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e mantida a pena de multa em 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 297, § 1, do Código Penal."

Como visto, a pena-base foi indevidamente exasperada.

Muito embora o acórdão atacado tenha dito existiam "05 (cinco) circunstâncias desfavoráveis entre as 08 (oito) a serem consideradas para a fixação da pena" somente os argumentos relativos à culpabilidade excederam aos parâmetros normais do tipo penal, tendo sido destacado que o acusado cometeu o delito "abusando da confiança nele depositada pelos servidores da UFC, os quais cederam até mesmo a senha pessoal do sistema" e os que dizem respeito à sua personalidade, diante da contumácia na prática delituosa, restando demonstrado que o presente fato não era o único em sua vida.

No que diz respeito a consideração desfavorável dos seus antecedentes, verifica-se que foi utilizado o envolvimento em incidentes com repercussão em matéria penal para essa caracterização, todavia, é cediço que, nos termos do entendimento desta Corte Superior, inclusive constante no enunciado n. 444/STJ, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não são aptos a elevar a pena-base a título de maus antecedentes.

A propósito:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LEGAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Precedentes. Incidência do Enunciado da Súmula n.º 444 desta Corte.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e tratando-se de crime continuado, a extinção da punibilidade recairá sobre a pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação. Incidência do Enunciado da Súmula n.º 497 do Supremo Tribunal Federal.

3. Com base nas penas aplicadas ao ora Paciente - dois anos de reclusão - sem o reconhecimento da continuidade delitiva, o prazo prescricional aplicável é de 04 (quatro) anos, nos termos do art.

109, V, do Código Penal.

4. Verifica-se, assim, o transcurso do lapso temporal exigido para a configuração da prescrição, no período compreendido entre a cessação da atividade criminosa (13 de novembro de 1996) e o recebimento da denúncia (9 de abril de 2001).

5. Habeas corpus concedido para declarar a extinção da punibilidade do ora Paciente, pela prescrição da pretensão punitiva, em sua forma retroativa. (HC 219.801/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/4/2012).

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPRESTABILIDADE PARA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. SÚMULA N.444 DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA REFEITA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA N. 269 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Consoante entendimento deste Superior Tribunal, inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ)." (HC 176.985/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 14/12/2011) 2. Dosimetria da pena refeita. Aplicação da Súmula n. 269 do STJ.

3. Ordem concedida, a fim de redimensionar a pena do paciente em 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, 6 (seis) dias-multa. (HC 219.787/RJ, Rel. Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS, Sexta Turma, DJe 19/3/2012).

As demais circunstâncias judiciais não foram adequadamente fundamentadas, pois se constata que as instâncias originárias limitaram-se a emissão de argumentações genéricas e inerentes ao próprio tipo penal, desprovidas de elementos concretos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificassem sua caracterização desfavorável.

A esse respeito:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. MAIOR CULPABILIDADE, PORÉM, CONFIGURADA, EM RAZÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS E QUE NÃO SE AFIGURAM INERENTES AO PRÓPRIO TIPO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

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, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. É correto o recrudescimento da pena daquele que é o articulador do crime, o mentor da empreitada criminosa, pelo fato de merecer maior reprovação a sua conduta, como no caso, em que o Paciente "era o líder do grupo, sendo ele quem portava a arma, anunciou o crime de roubo e, efetivamente, proferiu os disparos de arma de fogo contra a vítima" (fl. 31).

3. Entretanto, não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva, para justificar a exasperação, como ocorrido, na hipótese, com relação à conduta e personalidade do agente.

4. Elementos ínsitos à própria configuração do delito não podem ser considerados para a exasperação da pena-base.

5. A aferição da personalidade negativa do agente somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão, o que não ocorreu nos autos.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, a fim de redimensionar a pena do Paciente para 23 (vinte e três) anos de reclusão, em regime inicial fechado. (HC 183.600/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 1/2/2013).

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO MAJORADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. SÚMULA N. 440 DO STJ. IMPROVIMENTO.

1. Extrai-se das decisões a quo que os julgadores limitaram-se a proferir afirmações genéricas referentes à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado.

2. Cumpre assinalar que, recentemente, este Tribunal Superior sumulou o entendimento, no verbete n. 440, no sentido de que "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 157.526/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 13/9/2010).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante à alegação de constrangimento ilegal pela preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea, razão também assista a defesa, pois no julgamento dos Embargos de Divergência nº 1.154.752/RS, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas devem ser igualmente valoradas. O julgado ficou assim ementado:

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

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

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

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

Confirmam-se, ainda, os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. ERESP Nº 1.154.752/RS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. "A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão - que diz respeito à personalidade do agente - e a reincidência - expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante - deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação." (EResp nº 1.154.752/RS, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, informativo nº 498/STJ).

2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 238.703/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 19.9.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO.

POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, quando a fixação da pena-base, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

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

3. Habeas corpus denegado. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de, afastando a preponderância da reincidência sobre a confissão, fixar a pena em 9 anos de reclusão, no regime fechado (HC 232914/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 14.9.2012).

Dessa forma, mantida a valoração negativa relativa apenas aos vetores culpabilidade e a personalidade do agente aplicada pelas instâncias ordinárias, deve ser reformulada a pena-base imposta ao paciente, razão pela qual a majoro a pena-base em 1/3 (um terço) acima do seu mínimo legal, o que resulta em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Na segunda fase, presente a agravante prevista no artigo 61, II, "g", do Código Penal e a da atenuante relativa a confissão espontânea, fica mantida a pena nesse patamar pela compensação de ambas circunstâncias.

Por fim, presente a majorante prevista no art. 297, § 1º, do Código Penal, elevo a pena em 1/6 (um sexto), totalizando a pena em 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, pena que torno definitiva.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*, todavia, concedo a ordem de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0067664-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 238.134 / CE
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200181000045585 200181000093841 200481000040047 5609 9008

EM MESA

JULGADO: 18/06/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOSÉ GOMES NETO
ADVOGADO	: ESDRAS DOS SANTOS CARVALHO - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
IMPETRADO	: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO
PACIENTE	: JOSÉ GOMES NETO
CORRÉU	: ADRIANA ÁVILA COSTA LIMA
CORRÉU	: ARTHUR ÁVILA COSTA LIMA
CORRÉU	: GILMARA BRAGA DE SENA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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