



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.798 - SP (2009/0020639-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO GUILHERME DA COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTOS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE MANIFESTA NO TOCANTE À SANÇÃO IMPOSTA. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ. AUMENTO DA PENA-BASE NÃO FUNDAMENTADO. REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. CONCESSÃO PARCIAL.

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 (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.
2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.
3. Hipótese em que há manifesto constrangimento no tocante à pena-base, pois foram considerados inquéritos policiais e processos em curso como maus antecedentes, em contrariedade ao contido no enunciado nº 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. No mais, o magistrado repetiu genericamente o texto legal, sem qualquer motivação concreta, sendo de rigor a fixação da pena-base no mínimo legal, embora se mostre desnecessária a anulação do feito.
4. Nada há a ser reparado com relação ao regime prisional fixado, haja vista que o paciente cumpre outra pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, o que leva à aplicação do art. 111 da Lei de Execução Penal.
5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 2 anos e 2 meses de reclusão, e 18 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 Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 13 de março de 2012(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.798 - SP (2009/0020639-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO GUILHERME DA COSTA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de PAULO GUILHERME DA COSTA, impugnando acórdão proferido pela 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação nº 993.08.035819-2.

O paciente foi condenado como incurso no artigo 155, *caput*, c/c o artigo 14, inciso II, e no artigo 155, *caput*, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado. A sanção foi assim fundamentada (fls. 21/23):

O réu ostenta antecedentes criminais (fls. 65/66), sendo ainda reincidente específico em crime doloso (fls. 82).

Considerando os antecedentes, a conduta social, a personalidade demonstrada, os motivos, circunstâncias e consequências do delito, além dos demais elementos do artigo 59 do Código Penal, a pena-base para o crime de furto tentado, já considerada a reincidência, é de 02 (dois) anos de reclusão. Quanto à sanção pecuniária, consistirá no pagamento de 30 (trinta) dias-multa, fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, cada dia-multa; tendo em conta que o crime não se consumou, a despeito de esgotados pelo agente os meios postos à sua disposição para a consecução do ilícito, minoro-lhe a pena-base na proporção de 1/3, fixando-lhe a pena definitiva por tal ilícito em 01 (hum) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, considerando-se para cálculo do dia-multa o valor unitário mínimo estatuído em Lei; tendo em conta ainda o furto consumado no qual anteriormente incidiu o réu, fixo-lhe a pena-base por tal ilícito em 01 (hum) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa; considerando que neste ilícito o réu incidiu na majoração decorrente do crime continuado, majoro-lhe a pena-base na proporção de 1/6, fixando-lhe por tal crime a pena definitiva em 01 (hum) ano e 02 (dois) meses de reclusão, bem como pagamento de 12 (doze) dias-multa, considerando-se para cálculo do dia-multa o valor unitário mínimo estatuído em Lei.

Por fim, consideradas as penas imputadas ao agente, que se somam ao final, fixo-lhe a pena definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, calculado o dia-multa no valor unitário mínimo estatuído em Lei.

O Tribunal de origem manteve integralmente a condenação, ressaltando, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que interessa (fl. 29):

Quanto à dosimetria da pena, a básica foi fixada em dois anos, mais trinta dias-multa, já considerada a reincidência juntamente com os antecedentes criminais que ele registrava. Depois, foi elevada em mais um sexto em razão do crime continuado.

Por se tratar de réu reincidente, incabível a substituição na forma do art. 44, II e § 3º do CP. Também nada há a ser alterado no regime, nos termos do § 3º, do art. 33-CP.

Volta-se a impetrante contra a motivação utilizada para a exasperação da pena-base aplicada ao paciente na sentença, e confirmada pelo Tribunal *a quo* em sede de apelação. Em seu entender, equivocou-se o magistrado ao considerar uma mesma condenação anterior (que seria a única na folha de antecedentes do paciente) tanto a título de reincidência quanto como maus antecedentes, o que seria inadmissível, em razão do princípio do *ne bis in idem*.

Alega, ademais, que a condenação anteriormente apresentada pelo paciente não poderia ter sido utilizada para exasperar a pena acima do mínimo legal, já que a reincidência é prevista como circunstância agravante, a ser considerada, portanto, na segunda etapa da individualização da pena.

Alega, ainda, ser possível a fixação do regime semiaberto, invocando a Súmula nº 269 desta Corte. Ressalta que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, ainda que o paciente seja reincidente.

Pugna pela anulação do acórdão impugnado, com o consequente reconhecimento do excesso de prazo, determinando-se novo julgamento. Subsidiariamente, busca a aplicação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida às fls. 51/52.

Foram prestadas informações às fls. 62/81.

Em informações complementares, o Tribunal de origem noticiou que o paciente cumpre pena por outro delito, com término previsto para 25.01.13, estando por cumprir a reprimenda imposta na ação penal aqui tratada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.798 - SP (2009/0020639-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTOS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE MANIFESTA NO TOCANTE À SANÇÃO IMPOSTA. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ. AUMENTO DA PENA-BASE NÃO FUNDAMENTADO. REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. CONCESSÃO PARCIAL.

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 (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.
2. Não é possível a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.
3. Hipótese em que há manifesto constrangimento no tocante à pena-base, pois foram considerados inquéritos policiais e processos em curso como maus antecedentes, em contrariedade ao contido no enunciado nº 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. No mais, o magistrado repetiu genericamente o texto legal, sem qualquer motivação concreta, sendo de rigor a fixação da pena-base no mínimo legal, embora se mostre desnecessária a anulação do feito.
4. Nada há a ser reparado com relação ao regime prisional fixado, haja vista que o paciente cumpre outra pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, o que leva à aplicação do art. 111 da Lei de Execução Penal.
5. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 2 anos e 2 meses de reclusão, e 18 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Destaco, inicialmente, a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via eleita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte.

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do writ no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo habeas corpus somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no writ.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator.

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, in casu, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida.

(HC 160.538/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. Writ não conhecido.

(HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE WRIT PERANTE A CORTE A QUO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o habeas corpus não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, "a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu." (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito.

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do mandamus não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Na hipótese, o Tribunal de origem julgou a apelação em 24.09.08. A Defesa impetrou diretamente este *writ* objetivando a anulação da dosimetria da pena. Não formulou o recurso cabível à espécie, vale dizer, o especial. A prevalecer tal postura, o especial tornar-se-á totalmente inócuo.

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que se constata no tocante à dosimetria da pena.

Com efeito, o magistrado *a quo* aplicou a reprimenda nos seguintes termos (fls. 21/23):

O réu ostenta antecedentes criminais (fls. 65/66), sendo ainda reincidente específico em crime doloso (fls. 82).

Considerando os antecedentes, a conduta social, a personalidade demonstrada, os motivos, circunstâncias e consequências do delito, além dos demais elementos do artigo 59 do Código Penal, a pena-base para o crime de furto tentado, já considerada a reincidência, é de 02 (dois) anos de reclusão. Quanto à sanção pecuniária, consistirá no pagamento de 30 (trinta) dias-multa, fixado em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, cada dia-multa; tendo em conta que o crime não se consumou, a despeito de esgotados pelo agente os meios postos à sua disposição para a consecução do ilícito, minoro-lhe a pena-base na proporção de 1/3, fixando-lhe a pena definitiva por tal ilícito em 01 (hum) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, considerando-se para cálculo do dia-multa o valor unitário mínimo estatuído em Lei; tendo em conta ainda o furto consumado no qual anteriormente incidiu o réu, fixo-lhe a pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por tal ilícito em 01 (hum) ano de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa; considerando que neste ilícito o réu incidiu na majoração decorrente do crime continuado, majoro-lhe a pena-base na proporção de 1/6, fixando-lhe por tal crime a pena definitiva em 01 (hum) ano e 02 (dois) meses de reclusão, bem como pagamento de 12 (doze) dias-multa, considerando-se para cálculo do dia-multa o valor unitário mínimo estatuído em Lei.

Por fim, consideradas as penas imputadas ao agente, que se somam ao final, fixo-lhe a pena definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, calculado o dia-multa no valor unitário mínimo estatuído em Lei.

Verifica-se, assim, que o Juiz considerou a existência de antecedentes negativos e de reincidência, apontando, para tanto, incidências diferentes: os antecedentes constariam às fls. 65/66 dos autos originários (fls. 42/44) e a reincidência seria decorrente da condenação de fl. 82 dos autos originários (fl. 46).

Tendo em vista as circunstâncias judiciais e a reincidência, o magistrado fixou a "pena-base" em 2 (dois) anos. Vê-se, contudo, que embora tenha feito menção a "pena-base", o magistrado aplicou conjuntamente as duas primeiras fases de aplicação da reprimenda, já considerando a reincidência, mas deixou de especificar qual seria o *quantum* exato da pena-base.

Penso que tal situação, por si só, não implica a nulidade da sentença, pois é possível extrair, diante do princípio da razoabilidade, considerando a indicação dos antecedentes e da reincidência, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 1 ano e 6 meses, com o acréscimo de mais 6 meses pela reincidência, resultando em 2 anos de reclusão.

Ocorre que a análise da folha de antecedentes do paciente indica que ele só possuía uma condenação transitada em julgado. As demais incursões seriam inquéritos e processos em curso (fls. 42/46), que não podem servir para valorar negativamente os antecedentes.

É pacífica a compreensão desta Corte no sentido de que inquéritos e processos em curso não podem levar ao aumento da pena base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu. A propósito, vejam-se os precedentes desta Corte:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA CONCRETIZADA: 1 ANO, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. INVIÁVEL A MAJORAÇÃO DA PENA-BASE CALCADA EM AÇÕES PENAIS E INQUÉRITOS EM CURSO. PRECEDENTES DO STJ. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. PECULIARIDADE, CONTUDO, INCAPAZ DE RETROCEDER A PENA AO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE ELEVADA E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO DE GRANDE MONTA (PACIENTE QUE SE VALEU DA CONDIÇÃO DE ADVOGADO PARA APROPRIAR-SE DE R\$147.244,00). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. É possível a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, desde que a decisão seja corretamente fundamentada, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal, como ocorre na hipótese vertente.

2. É certo que, segundo a jurisprudência pacífica das Cortes superiores, há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados na majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime

3. Todavia, na hipótese, levando-se em consideração os parâmetros delineados no tipo penal em que o paciente foi condenado e tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, sua elevada culpabilidade e prejuízo de grande monta, pois valeu-se da condição de advogado para apropriar-se da quantia de R\$147.244,00, não se revela desproporcional ou imotivada a majoração da pena-base acima do mínimo legal, tal como feita pelo Juízo sentenciante.

4. Apenas em casos de flagrante ilegalidade se pode alterar, por meio de *Habeas Corpus*, a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, especialmente quando se cuida de avaliar apenas sua proporcionalidade. Estabelecer essa proporcionalidade exige certa discricionariedade, que deve, sempre que possível e desde que respeitados os parâmetros e diretrizes legais, ser deixada a cargo das instâncias conhecedoras da prova em profundidade.

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (HC 129518/DF, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 24/08/2009)

HABEAS CORPUS. ROUBO AGRAVADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÁ PERSONALIDADE. CONSIDERAÇÃO DE CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. DESCABIMENTO. PACIENTE TECNICAMENTE PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Não pode ser considerada, para caracterização de maus antecedentes, má personalidade ou má conduta social, condenações ainda sem trânsito em julgado, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes deste STJ.

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE DE ALGUMAS. FIXAÇÃO DA SANÇÃO MOTIVADA. MANTENÇA JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O *QUANTUM* DE REPRIMENDA IRROGADO. MITIGAÇÃO DEVIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO AO CORRÉU NÃO IMPETRANTE. EXEGESE DO ART. 580 DO CPP.

1. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada pela consideração da presença de algumas circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado, especialmente em se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerando o afastamento da consideração negativa da personalidade de um dos condenados com base em condenações não definitivas.

2. Encontrando-se o corréu não impetrante em idêntica situação fático-processual, merece estendida, de ofício, a mitigação da reprimenda aqui procedida. Exegese do art. 580 do CPP.

REGIME DE EXECUÇÃO. FECHADO. QUESTÃO NÃO DEBATIDA EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. ALUSÃO À NEGATIVIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REINCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO. EXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO PATENTEADO.

1. A questão da ilegalidade na fixação do regime fechado por não ter sido debatida na instância de origem em relação a um dos pacientes, não pode ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Tendo a sentença motivado a imposição do regime fechado na desfavorabilidade das circunstâncias judiciais, e verificando-se ainda que um dos pacientes era reincidente, não há o que se falar em ilegalidade na fixação da forma mais gravosa.

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido para reduzir a pena dos pacientes, que restam definitivas em 7 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, para GERINALDO, e em 6 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 26 dias-multa, para ARISTON, estendendo-se a decisão, de ofício, nos termos dos arts. 580 e 654, § 2º, do CPP, ao corréu não impetrante, SÉRGIO RAMOS DOS SANTOS, para estabelecer sua pena em 6 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatidos. (HC 103020/DF, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 03/08/2009)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. AUMENTO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode constituir fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

2. "Não podem ser consideradas como maus antecedentes, aptos a majorar a pena-base, condenações cujos fatos geradores ocorreram posteriormente aos narrados na denúncia" (HC 97.504/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 13/10/08).

3. As circunstâncias e os motivos do crime que estejam subsumidos ao próprio tipo penal de furto qualificado não podem servir para aumentar a pena-base nos termos do art. 59 do Código Penal.

4. A potencial consciência sobre a ilicitude da conduta e a inexigibilidade de conduta diversa são pressupostos da culpabilidade, elementar do conceito analítico de crime, não pertencendo ao rol das circunstâncias judiciais, porquanto a culpabilidade nele referenciada diz respeito à reprovabilidade social.

5. Ordem concedida para declarar a nulidade parcial da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente e determinar ao Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem que proceda ao seu redimensionamento, considerando a pena-base no mínimo legal, analisando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do CP e o regime inicial de cumprimento da pena. (HC 117424/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 18/05/2009)

A matéria foi inclusive sumulada, constando do enunciado nº 444 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Afora os antecedentes, nota-se que o Juiz mencionou, genericamente, as circunstâncias judiciais (antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, circunstâncias e consequências). Contudo, sequer deixou claro se a valoração seria negativa ou positiva, o que inviabiliza a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Assim, no que diz com a dosimetria da pena, penso existir o constrangimento apontado, cuja verificação independe de qualquer valoração probatória, bastando o cotejo da sentença, do acórdão e da folha de antecedentes.

Desnecessário, todavia, anular a sentença, haja vista ser suficiente afastar a consideração negativa dos antecedentes e redimensionar a sanção, fixando-se a pena-base no mínimo legal.

A pena-base relativa ao furto tentado, portanto, fica estabelecida no mínimo legal, de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, sendo acrescida de 6 meses e 3 dias-multa em razão da reincidência, somando 1 ano e 6 meses de reclusão, e 13 dias-multa. Mantém-se a redução de 1/3 pela tentativa, resultando em 1 ano de reclusão, e 6 dias-multa. Preserva-se, ainda, a reprimenda fixada no mínimo legal para os crimes consumados, em continuidade delitiva, de 1 ano e 2 meses de reclusão, e 12 dias-multa. Incidindo o concurso material, a sanção definitiva fica estabelecida em **2 anos e 2 meses de reclusão, e 18 dias-multa**.

Nada há a ser reparado com relação ao regime prisional fixado, haja vista que o paciente cumpre outra pena de 8 anos e 6 meses de reclusão, o que leva à aplicação do art. 111 da Lei de Execução Penal.

Ante o exposto, concedo parcialmente o *habeas corpus* para reduzir a reprimenda imposta ao paciente, nos autos do Processo nº 050.07.062.919-6, Controle nº 1155/07, da 3ª Vara Criminal Central de São Paulo, a 2 anos e 2 meses de reclusão, e 18 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: 2009/0020639-6

HC 127.798 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12133983 50070629196 993080358192

EM MESA

JULGADO: 13/03/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO VIDAL NITRINI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO GUILHERME DA COSTA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.