



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.463 - MG (2010/0158404-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. 1. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. DELITO DE TRÂNSITO EM QUESTÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA NA CONDUTA. DISPENSABILIDADE. 3. CRIME PRATICADO ANTES DA LEI N.º 11.705/08. PERIGO CONCRETO A SER CONSIDERADO. INCIDÊNCIA CONSTATADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. 4. EXAME SANGUÍNEO. SIGNIFICATIVA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. TIPICIDADE. 5. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. 6. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. ASPECTOS GENÉRICOS DECLINADOS. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 7. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. *MODUS OPERANDI* INABITUAL. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 8. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. O crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com as alterações procedidas pelas Leis n.º 11.705/08 e n.º 12.760/12, é de perigo abstrato, sendo despicinda a demonstração de potencialidade lesiva na conduta. Precedentes.

3. Contudo, praticado o delito com a redação primeva do mencionado dispositivo legal, o perigo concreto há de ser considerado, como de fato o foi pelas instâncias de origem, restando portanto caracterizado.

4. Por exame sanguíneo constatou-se a ingestão pelo imputado de quantidade significativa de bebida alcoólica (17,55 decigramas de álcool por litro de sangue), a ensejar a tipicidade da conduta.

5. Pautado na carência de provas hábeis a justificar uma condenação, o pleito absolutório demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do *writ*.

6. Na espécie, existe flagrante ilegalidade no tocante à culpabilidade e a personalidade, pois não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, para dar supedâneo às suas considerações.

7. As circunstâncias e as consequências do crime foram consideradas em demérito ao paciente diante de fundamentação idônea, visto que ultrapassaram o habitual ao crime em comento.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 15 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.463 - MG (2010/0158404-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES DOS SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal n.º 1.0024.06.931145-4/001).

Consta dos autos que, por fatos datados de 28.7.2005, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do artigo 306, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 10/11) - Autos n.º 024.06.931145-4, da 5.ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG.

Ao final da instrução, em 23.9.2009, sobreveio condenação à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, mais 20 (vinte) dias-multa, além da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo mesmo período. A sanção privativa de liberdade restou substituída por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade (fls. 148/156).

Contra referido *decisum*, interpôs-se recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento apenas para isentar o increpado do pagamento das custas processuais. Eis a ementa do aresto (fl. 201):

"APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. ARTIGO 306 DO CTB. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. FATO ANTERIOR À LEI 11.705/2008. MATERIALIDADE. EXAME DE ALCOOLEMIA. AUTORIA INEQUÍVOCA. ÁLIBI NÃO COMPROVADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RÉU ASSISTIDO POR DEFENSOR PÚBLICO. ISENÇÃO DE CUSTAS. – Não é inepta a denúncia que, embora não seja um primor, preenche satisfatoriamente os pressupostos exigidos no artigo 41 do CPP, permitindo ao réu o exercício da ampla defesa. – O agente que, após ingerir bebida alcoólica, assume direção de veículo automotor, acidentando-se em local de movimentação de pessoas, expõe a dano potencial a incolumidade de outrem, restando incurso nas sanções do artigo 306 do CTB. – Não se desincumbindo a Defesa do ônus de comprovar que o acidente ocorreu por fato alheio à vontade do réu, em decorrência apenas do estouro de um pneu, deve ser mantida a sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória. – Diante da Lei Estadual de nº 14.939/03, cabe isenção das custas processuais aos assistidos pela Defensoria Pública."

No presente *mandamus*, o impetrante alega que a "Lei Seca" não poderia ter retroagido para alcançar o paciente, haja vista o fato pelo qual foi condenado ter sido praticado antes da entrada em vigor da referida norma, que prima por ser *novatio legis in pejus*.

Sustenta, ademais, a inconstitucionalidade do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, pois não se exige dano efetivo, nem mesmo perigo iminente ou potencial, punindo, assim, o agente de maneira objetiva, sem analisar o contexto no qual a conduta se insere.

Assere que "a nova redação do artigo em debate (306, do CTB), limitou a possibilidade probante do crime para a realização de exames de dosagem alcoólica, ou com o aparelho de ar alveolar pulmonar (bafômetro)", concluindo portanto que "não é mais cabida a prova de exame clínico de embriaguez para a configuração do delito" (fl. 5).

Consigna que, "como ninguém está obrigado a formar prova contra si mesmo, o condutor não está obrigado a submeter-se aos exames necessários para a prova, e caso ele recuse, não incorrerá no delito em questão" (fl. 5).

Requer, liminarmente, a suspensão da ação penal. No mérito, pugna pela nulidade do processo, por entender ser inconstitucional o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Alternativamente, pleiteia a absolvição do paciente, por falta de provas de que a conduta tenha gerado perigo concreto a outrem, ou a fixação da pena no patamar mínimo, "haja vista sua primariedade e a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais" (fl. 6).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 219/220.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal manifestou-se, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Edson Oliveira de Almeida (fls. 226/231), pela denegação da ordem.

Foi proferido despacho à fl. 238 solicitando informações atualizadas ao Juízo das execuções, acostadas às fls. 241/246 e 249/254.

Notícias colhidas no sítio do Tribunal mineiro e dos assentamentos eletrônicos deste Superior Tribunal dão conta de que foi interposto o AREsp n.º 114.572/MG pela defesa, que restou não conhecido, diante de sua intempestividade, advindo o trânsito em julgado do feito em 10.5.2012. Atualmente, o paciente encontra-se em cumprimento da reprimenda restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade (fl. 256).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 183.463 - MG (2010/0158404-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. 1. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO CRIMINAL JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. DELITO DE TRÂNSITO EM QUESTÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA NA CONDUTA. DISPENSABILIDADE. 3. CRIME PRATICADO ANTES DA LEI N.º 11.705/08. PERIGO CONCRETO A SER CONSIDERADO. INCIDÊNCIA CONSTATADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. 4. EXAME SANGUÍNEO. SIGNIFICATIVA CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. TIPICIDADE. 5. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA. 6. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. ASPECTOS GENÉRICOS DECLINADOS. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 7. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. *MODUS OPERANDI* INABITUAL. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 8. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. O crime previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com as alterações procedidas pelas Leis n.º 11.705/08 e n.º 12.760/12, é de perigo abstrato, sendo despicienda a demonstração de potencialidade lesiva na conduta. Precedentes.

3. Contudo, praticado o delito com a redação primeva do mencionado dispositivo legal, o perigo concreto há de ser considerado, como de fato o foi pelas instâncias de origem, restando portanto caracterizado.

4. Por exame sanguíneo constatou-se a ingestão pelo imputado de quantidade significativa de bebida alcoólica (17,55 decigramas de álcool por litro de sangue), a ensejar a tipicidade da conduta.

5. Pautado na carência de provas hábeis a justificar uma condenação, o pleito absolutório demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a angusta via do *writ*.

6. Na espécie, existe flagrante ilegalidade no tocante à culpabilidade e a personalidade, pois não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, para dar supedâneo às suas considerações.

7. A circunstâncias e as consequências do crime foram consideradas em demérito ao paciente diante de fundamentação idônea, visto que ultrapassaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o habitual ao crime em comento.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

A questão trazida a deslinde abarca: (I) a indevida aplicação da Lei n.º 11.705/08 ao caso em apreço; (II) a inexistência de perigo concreto na hipótese; (III) a ausência probatória na espécie a ensejar a absolvição do paciente; e (IV) a redução da sanção imposta.

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

"*HABEAS CORPUS* – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las." (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

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

Ao fixar a reprimenda do acusado, o magistrado fê-lo nestes termos (fls. 150/156):

"(...)

Em seu interrogatório em juízo, o acusado confessou que havia ingerido quatro taças de chope e afirmou que o pneu de seu carro estourou, motivo que fez com que ele perdesse a direção do veículo.

(...)

Apesar das testemunhas não terem presenciado o acidente, elas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirmaram que o acusado colidiu com um hidrante e que ele estava totalmente embriagado e não conseguia parar em pé.

A embriaguez restou demonstrada pelo laudo de fl. 14.

A versão do acusado de que se envolveu no acidente devido ao estouro do pneu não encontra amparo na prova dos autos.

(...)

Restou comprovado que o acusado, ao dirigir veículo automotor na via pública expôs em dano a incolumidade de terceiros, por causa do álcool ingerido, tanto que perdeu a direção do veículo, subiu com o mesmo no passeio e bateu no hidrante, conforme constou no boletim de ocorrência de fl. 08.

(...)

O crime imputado ao acusado é de perigo concreto, necessitando evidências concretas da potencialidade lesiva de sua conduta, o que restou comprovado nos autos.

O perigo de dano ficou demonstrado, uma vez que o acusado perdeu controle do veículo e se envolveu em um acidente.

(...)

Está caracterizada a conduta descrita no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Diante do exposto, julgo procedente a denúncia e condeno o acusado nas sanções do artigo 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Passo a dosar as penas.

Sua culpabilidade foi elevada.

Ele é imputável, tinha potencial consciência da ilicitude de sua conduta e era exigível que a praticasse de forma diversa.

No dias atuais, em que os crimes de trânsito se proliferam, é necessária uma pronta resposta Estatal na defesa da segurança e incolumidade das pessoas.

Ele é tecnicamente primário (fls. 76-A e 95)

Sua conduta social é desconhecida e será analisada em seu favor.

Sua personalidade é de uma pessoa que não assume seus erros.

Os motivos do crime são desconhecidos.

As circunstâncias do crime foram extremamente desfavoráveis, pois ele se envolveu num acidente e colidiu seu veículo em um hidrante.

As consequências foram medianas, pois causou prejuízos à COPASA devido a colisão de seu veículo.

Fixo a pena base em um ano de detenção e vinte dias-multa, por considerá-la útil à reprovação e prevenção do crime.

Não existem atenuantes ou agravantes e nem causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

Fica a pena., concretizada em um ano de detenção e vinte dias-multa.

Determino suspensão da carteira de habilitação do condenado pelo mesmo prazo da pena concretizada, ou seja, por um ano.

Tal medida é cumulativa e imposta obrigatoriamente, consoante a jurisprudência:

(...)

Fixo o regime aberto para início do cumprimento de sua pena.

Aplico o artigo 44 do Código Penal e converto a pena privativa de liberdade, em uma pena restritiva de direito.

O condenado deverá prestar serviços à comunidade pelo prazo de sua pena, no setor de acidentados do Hospital João XXIII, devendo cumprir,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma hora de trabalho para cada dia de condenação.

(...)

Concedo-lhe o direito de recorrer em liberdade, pois respondeu solto ao processo.

(...)"

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou (fls. 205/208):

"(...)

Nesse ponto, abro parênteses para ressaltar que o tipo penal em apreço foi modificado pela Lei 11.705/2008 (Lei Seca), inserindo no artigo 306 do Código de Trânsito a elementar 'estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas'. Entretanto, tal alteração não causa qualquer alteração à tipicidade no presente caso, uma vez que o exame de alcoolemia a que se submeteu o acusado constatou a presença de mais de 17,55 dg/l, ou seja, quase o triplo do limite atualmente tolerado.

Resta examinar a comprovação, ou não, da elementar contida no artigo 306 do Código de Trânsito, com redação anterior à Lei 11.705/2008, que tipificava a conduta de 'conduzir veículo automotor na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem' (grifei).

In casu, o dano potencial está, sim, evidenciado nos autos, porque, (enquanto o dirigia sob a influência de álcool, o acusado veio a se envolver em um acidente, colidindo o veículo com um hidrante, o que, para mim, é mais do que suficiente para demonstrar o quanto a incolumidade pública esteve exposta pela conduta do réu, que se aventurou a dirigir, mesmo depois de ter ingerido considerável quantidade de bebida alcoólica.

Embora não tenham presenciado o exato momento do acidente, as testemunhas confirmaram o quão deplorável era o estado de embriaguez do réu e a descreveram a extensão dos danos por ele causados:

(...)

Permissa venia, ao contrário do que tenta convencer o recorrente, não se trata de mera presunção por parte do Julgador. Trata-se, na verdade, de uma simples constatação apurável pelas evidências dos autos, sobretudo por ser de notório conhecimento a grande movimentação de pessoas na Avenida Cristiano Machado, nesta capital. Felizmente, no presente caso, o fato não trouxe consequências mais graves.

Como derradeiro argumento, a Defesa levanta a hipótese de que o acidente tenha sido causado por fato alheio à vontade do réu, em decorrência do estouro de um pneu.

Porém, o referido álibi que em nenhum momento foi comprovado pela Defesa, não havendo sequer princípio de prova nesse sentido, limitando-se às declarações do próprio réu. Aliás, é intrigante que a referida tese tenha 'surgido' apenas em juízo, porquanto, na fase inquisitorial, o denunciado apenas relatou ter se envolvido no abalroamento, sem apontar a essa ou qualquer outra causa para o acidente.

Não se desincumbindo a Defesa do ônus que lhe era imposto pelo artigo 156 do Código de Processo Penal, e, por outro lado, estando comprovadas a materialidade, autoria e tipicidade da conduta, torna-se imperiosa a manutenção do édito condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também não prospera a insurgência com relação ao *quantum* da pena.

A dosimetria seguiu corretamente os parâmetros do artigo 59 e 68; do Código Penal, havendo, no mínimo, três circunstâncias judiciais nitidamente desfavoráveis ao réu, o que foi detalhada e corretamente analisado pelo douto Juízo *a quo*, justificando a ligeira exasperação da pena-base em 06 (seis) meses, *quantum* que, diga-se de passagem, não fugiu aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Vale lembrar que basta a presença de uma única circunstância desfavorável para que a pena-base não possa mais ser mantida no mínimo patamar legal, conforme se apura do seguinte julgado do Pretório Excelso:

(...)

A penalidade de suspensão da habilitação também foi fixada de maneira proporcional, dentro dos parâmetros do artigo 293 do Código de Trânsito.

Finalmente, observo que foi estabelecido o regime prisional mais brando, e já substituída a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, não havendo o que se alterar.

Por outro lado, de ofício, verifico que o apelante faz jus à isenção das custas processuais, pois, de acordo com o artigo 10, II, da Lei Estadual n.º 14.939/03, são isentos do pagamento de custas os que provarem insuficiência de recursos e os beneficiários da assistência judiciária.

Considerando que o recorrente está assistido pela Defensoria Pública; do Estado de Minas Gerais, não possuindo condições financeiras de prover as custas do processo, deve ser dispensado do pagamento das custas processuais, inclusive as do presente recurso, ex vi do citado artigo 10, inciso II, da Lei Estadual n.º 14.939/03, fazendo jus aos auspícios da gratuidade judiciária.

Mercê de tais considerações, dou parcial provimento ao recurso, tão-somente, para isentar o apelante do pagamento das custas processuais, mantida, quanto ao mais, a r. sentença vergastada.

Custas na forma da Lei 14.939/03."

De saída, verifica-se que o Juízo de origem não fez nenhuma referência à alteração realizada pela Lei n.º 11.705/08, tendo o paciente sido condenado como incurso no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, em sua redação originária.

Outrossim, ao analisar o recurso da defesa, o Tribunal *a quo* também procedeu aos exame dos fatos de acordo com a primeira redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, *verbis*: "resta examinar a comprovação, ou não, da elementar contida no artigo 306 do Código de Trânsito, com redação anterior à Lei 11.705/2008" (fl. 205).

Desse modo, imprópria a alegação defensiva de que ocorreu a retroatividade da Lei n.º 11.705/08, *novatio legis in pejus*, eis que sequer se atentou na origem para a norma legal superveniente.

No tocante às considerações acerca do perigo abrangido pelo tipo penal, o entendimento das duas Turmas que compõem a Terceira Seção é no sentido de que o perigo abstrato é abrangido pelo delito, após a sua alteração pela Lei n.º 11.705/08, conforme se colhe das seguintes ementas:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO ORGANISMO VERIFICADA POR EXAME DE SANGUE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA, POR CRITÉRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Segundo o art. 306 do Código de Trânsito Nacional, configura-se o crime de embriaguez ao volante se o motorista 'Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência'.

2. Na hipótese dos autos, o Paciente foi submetido a exame de sangue, tendo sido verificada concentração alcoólica superior à que a lei proíbe. Dessa forma, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal.

3. 'O crime do art. 306 do CTB é de perigo abstrato, e para sua comprovação basta a constatação de que a concentração de álcool no sangue do agente que conduzia o veículo em via pública era maior do que a admitida pelo tipo penal, não sendo necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva de sua conduta.' (STJ, HC 140.074/DF, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 14/12/2009.)

4. Ordem de *habeas corpus* denegada."

(HC 215415/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 2. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 306 DO CTB. INEXISTÊNCIA. 3. TESTE DO BAFÔMETRO. LEGITIMIDADE. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c/c o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível, em matéria criminal, que o relator negue seguimento ao recurso ou ao habeas corpus manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que, em tese, se configure ofensa ao princípio da colegialidade, desde que o tema tratado seja exclusivamente de direito. Ademais, o cabimento de agravo regimental contra decisão proferida singularmente pelo relator, por si só, afasta a alegada violação ao princípio da colegialidade. Precedentes.

2. É prescindível à consumação do delito de embriaguez ao volante a prova da produção de perigo concreto à segurança pública, bastando a prova da embriaguez, por se tratar de delito de perigo abstrato. Precedentes.

3. O artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.705/2008, encontra-se em plena vigência, devendo, portanto, ser aplicado até a sua declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4103).

4. A Terceira Seção deste Tribunal Superior assentou entendimento,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando do julgamento do REsp n.º 1.111.566/DF, realizado no dia 28 de março de 2012, no sentido de que 'apenas o teste do bafômetro ou o exame de sangue podem atestar o grau de embriaguez do motorista para desencadear uma ação penal.'

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 183.448/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REALIZAÇÃO DE EXAME MÉDICO. TEMA NÃO-TRATADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECRETO N. 6.488/08. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO-VISLUMBRADA. AUSÊNCIA DE EQUIVALÊNCIA ENTRE VALORES ENCONTRADOS NOS DIVERSOS TIPOS DE TESTES. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXAMINAR O ARGUMENTO. NECESSIDADE DE INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. 'BAFÔMETRO'. MEIO IDÔNEO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREÇÃO PERIGOSA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NESTA EXTENSÃO IMPROVIMENTO.

1. Possibilidade do acusado ter-se submetido a exame médico. Tema não tratado pela Corte originária, razão pela qual este Sodalício não pode emitir juízo de valor sobre o mesmo, sob pena de supressão de instância.

2. Decreto n. 6.488/08. Inconstitucionalidade não vislumbrada. O Chefe do Poder Executivo, no exercício de seu poder regulamentar, expediu norma infralegal para regular a paridade dos diversos tipos de testes de alcoolemia, conforme preceitua o art. 306, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro. O ato regulamentar atacado não exorbitou o seu campo de atuação, mas se ateve dentro do âmbito permitido pela norma incriminadora, razão pela qual não há se falar em inconstitucionalidade.

3. Ausência de equivalência entre o grau de álcool mensurado no teste do 'bafômetro' e o percentual tido como correspondente no sangue. Equívoco no critério utilizado. Tese que demanda incursão em aspectos fático-probatórios, situação interdita na via angusta do habeas corpus.

4. O Tribunal de origem asseverou que o teste do 'bafômetro' aferiu 0,52 mg/L por ar expelido dos pulmões, quantidade muito superior à prevista no art. 2º, II, do Decreto n. 6.488/08.

5. Aparelho de ar alveolar pulmonar - etilômetro -, vulgo bafômetro.

Instrumento idôneo para se aferir a quantidade de álcool ingerida.

6. O crime de embriaguez ao volante é caracterizado como delito de perigo abstrato, razão pela qual não se faz necessária a comprovação da efetiva capacidade lesiva da conduta. Precedentes do STJ e STF.

7. Para tipificação do delito do art. 306 do Código Penal, é prescindível a descrição de direção anormal, como em zigue-zague, na contramão, etc.

8. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta extensão, improvido."

(RHC 31.214/MS, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 25/04/2012)

Contudo, é de ver que à época da prática delitiva na hipótese, a Lei n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

11.705/08 não vigorava, permanecendo assim a primeira redação do dispositivo para o exame da *quaestio, verbis*:

"(Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:)

(Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: - Redação dada pela Lei n.º 11.705/08)

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

(Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. - Incluído pela Lei n.º 11.705, de 2008)

§ 1.º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012)

§ 2.º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012)

§ 3.º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei n.º 12.760, de 2012)"

Portanto, atenta aos ditames da *segurança jurídica*, calcada no respeito à legalidade estrita, o juiz deve formar sua convicção respeitando a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, vigente à época dos acontecimentos em análise.

Nesse âmbito, colacionam-se estes precedentes, anteriores à Lei n.º 11.705/08, que expõe como necessária a aferição do perigo concreto para a incidência penal:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB). PERIGO CONCRETO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO DANO POTENCIAL.

A simples transcrição de ementas dos acórdãos paradigmas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta à demonstração do dissídio jurisprudencial, para fins de conhecimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de perigo concreto, necessitando, para sua caracterização, da demonstração do dano potencial o que, *in casu*, segundo a r. sentença e o v.acórdão ora recorrido, não aconteceu.

Recurso não conhecido."

(REsp 566.867/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2004, DJ 31/05/2004, p. 356)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME DE PERIGO CONCRETO. POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. SÚMULA 07/STJ.

I - O delito de embriaguez ao volante previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, por ser de perigo concreto, necessita, para a sua configuração, da demonstração da potencialidade lesiva. In casu, em momento algum restou claro em que consistiu o perigo, razão pela qual impõe-se a absolvição do réu-recorrente (Precedente).

II - A análise de matéria que importa em reexame de prova não pode ser objeto de apelo extremo, em face da vedação contida na Súmula 7 – STJ (Precedente).

Recurso desprovido."

(REsp 608.078/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 278)

Dessa forma, a condenação mostrou-se impreterível pois restou comprovado nos autos que o increpado, "ao dirigir veículo automotor na via pública expôs em dano a incolumidade de terceiros, por causa do álcool ingerido, tanto que perdeu a direção do veículo, subiu com o mesmo no passeio e bateu no hidrante " (fl. 152)

Afirmou, ainda, o juiz sentenciante que "o perigo de dano ficou demonstrado, uma vez que o acusado perdeu o controle do veículo e se envolveu em um acidente" e que "poderia ter atropelado pessoas que transitavam pelo passeio, já que veio a subi-lo com seu veículo" (fls. 152/153).

Igual constatação o Tribunal mineiro fez, ao asserir que "o dano potencial está, sim, evidenciado nos autos, porque, (enquanto o dirigia sob a influência de álcool, o acusado veio a se envolver em um acidente, colidindo o veículo com um hidrante, o que, para mim, é mais do que suficiente para demonstrar o quanto a incolumidade pública esteve exposta pela conduta do réu, que se aventurou a dirigir, mesmo depois de ter ingerido considerável quantidade de bebida alcoólica" (fl. 205).

Observa-se, inclusive, a juntada de exame sanguíneo nos autos, cujo laudo atesta a concentração de 17,55 decigramas de álcool por litro de sangue (fl. 26), a ensejar portanto, juntamente com os demais elementos, a tipicidade da conduta.

Considerações outras, de modo a abraçar o pleito absolutório da defesa, em virtude de eventual ausência de provas aptas a justificar um decreto condenatório, apresentam-se indevidas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como cediço, o *habeas corpus* "constitui remédio mais ágil para a tutela do indivíduo e, assim, sobrepõe-se a qualquer outra medida, desde que a ilegalidade possa ser evidenciada de plano, sem necessidade de um reexame mais aprofundado da justiça ou injustiça da decisão impugnada", conforme anotam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, em sua excelente obra *Recursos no Processo Penal* (3ª ed., São Paulo: Editora RT, 2001, p. 353).

Assim, em que pesem os argumentos ventilados no *writ*, a pretensão em declarar a inocência do paciente a ensejar sua absolvição, não é passível de solução por meio de *habeas corpus*.

Para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessária uma análise mais acurada dos fatos, depoimentos e todas as demais circunstâncias e provas em que se arrimaram as instâncias ordinárias, o que se afigura impróprio na via eleita, travestindo-se o *writ* em revisão criminal.

Ainda que, conforme precedentes desta Corte, seja possível desconstituir decisão transitada em julgado por meio de *habeas corpus*, aplicando-se o princípio da fungibilidade entre o *writ* e a revisão criminal, tal excepcionalidade só é admissível quando verificada a existência de flagrante ilegalidade (Cf. RHC n.º 19215/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJ 23.10.2006, p.326), e a hipótese dos autos, como visto, não se encontra dentre aquelas dotadas de patente ilegalidade, exigindo, sim, uma análise mais acurada da condenação imposta ao paciente.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

"CRIMINAL. HC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE. ILEGALIDADES NÃO-DEMONSTRADAS DE PRONTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MEIO ELEITO. MATÉRIA DE REVISÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

I. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente.

II. Análise que, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, é inviável na via eleita.

III. É descabida qualquer análise mais acurada da condenação imposta nas instâncias inferiores, assim como a verificação da sua justiça, se não evidenciada flagrante e inequívoca ilegalidade, tendo em vista a impropriedade do meio eleito. Precedentes.

IV. Trata-se de matéria atinente à revisão criminal, na qual poderão ser analisadas com maior profundidade as provas que levaram o Tribunal *a quo* a confirmar a sentença condenatória de primeiro grau.

V. Ordem denegada." (HC 60.615/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ 30/10/2006)

Com efeito, em sede de *habeas corpus*, inviável o exame do pleito ora declinado, pois o objeto da impetração exige a análise da matéria de fato, não de direito, visto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a inversão do decidido depende de um exame amplo e profundo do elemento probatório, a fim de se firmar um entendimento diverso do adotado pela instância de origem.

Dessarte, consideração contrária ao explanado, fora dos aspectos objetivos tratados, acarretaria em incursão na seara fático-probatória, inadmissível nesta seara. Nesse sentido, veja-se este julgado:

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. PREPARAÇÃO, PRODUÇÃO, MAQUINÁRIO E TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL E PERÍCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PRISÃO DECORRENTE DE FLAGRANTE. GRAVAÇÕES UTILIZADAS UNICAMENTE NO INQUÉRITO. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 563 E 566 DO CPC. ART. 33, § 1º, INCISO I E ART. 34 DA LEI Nº 11.343/06. CONSUNÇÃO PELO DELITO DO ART. 33, *CAPUT*, DO MESMO DIPLOMA. CRIMES AUTÔNOMOS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. VIA INADEQUADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

I. Eventuais irregularidades em interceptações telefônicas utilizadas unicamente no inquérito policial não são aptas a ensejar a declaração da nulidade do processo.

II. Para declaração da nulidade é necessária a comprovação do prejuízo. Inteligência dos arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal.

III. Os delitos tipificados no art. 33, § 1º, inciso I e art. 34 são autônomos em relação ao crime do art. 33, *caput*, todos da Lei nº 11.343/06.

IV. O pleito de absolvição pelo delito de associação para o tráfico demanda revolvimento da matéria fático-probatória, incabível na via eleita.

V. Tendo sido o paciente condenado em duas instâncias de ampla cognição, não pode o *mandamus*, como se fosse um segundo recurso de apelação, sobrepor-se àqueles julgados.

VI. Incabível a aplicação de causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em hipótese de paciente flagrado tendo em depósito mais de 15 (quinze) quilos de cocaína, bem como R\$ 43.000, 00 (quarenta e três mil reais), sendo desempregado, e apontado por corréu como pessoa envolvida com o tráfico.

VII. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada."

(HC 179.744/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 11/05/2011)

Por fim, relativamente à dosimetria da sanção, vê-se que o Juiz de primeiro grau aumentou a reprimenda em 6 (seis) meses de detenção, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, personalidade, às circunstâncias e às consequências do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No tocante às circunstâncias da culpabilidade e da personalidade não podem ser aferidas de modo desfavorável, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações.

Com efeito, não basta afirmar na culpabilidade que "foi elevada" e que o increpado "é imputável, tinha potencial consciência da ilicitude de sua conduta e era exigível que a praticasse de forma diversa". Outrossim, mostra-se insubsistente asseverar que a personalidade do acusado "é de uma pessoa que não assume seus erros" (fl. 154).

Ao que se me afigura, tais assertivas não são passíveis de serem feitas por um julgador, que, em regra, não é um perito no estudo da ciência do comportamento e nos processos mentais do ser humano, não bastando declinar os próprios elementos genéricos integrantes da definição da circunstância. Não foram, pois, expostos dados concretos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo, que pudessem ser considerados como negativos. Sobre o tema, eis os julgados:

"HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44, § 2º (PRIMEIRA PARTE), DO CÓDIGO PENAL.

1. Mostra-se desarrazoada a elevação da pena em razão da culpabilidade do agente e dos motivos do crime, na medida em que não houve indicação de razões válidas e suficientes para justificar a consideração das aludidas circunstâncias como desfavoráveis ao réu. Precedentes desta Corte.

2. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde se limitou a ressaltar, de forma genérica, ser o réu possuidor de potencial consciência da ilicitude.

3. Ademais, o 'lucro fácil', também não tem o condão de ensejar a exasperação da pena-base, pois tal fundamento é inerente a todo crime contra o patrimônio e já foi considerado pelo próprio legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada, não podendo, justamente por isso, ser novamente valorado pelo julgador sob pena de incorrer-se no vedado bis in idem.

4. Restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal e em se tratando de condenação igual a 1 (um) ano, fica a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, nos termos do § 2º (primeira parte), do referido dispositivo.

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão ora hostilizado para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções Criminais, pelo prazo da nova pena privativa fixada."

(HC 104.686/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 15/06/2009)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

II - *In casu*, verifica-se que a r. decisão de segundo grau apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, utilizando-se, dentre outras, de expressões como 'A culpabilidade do réu é elevada, pois sua conduta recebe da lei e da sociedade alta carga de reprovabilidade', 'Os motivos que levaram o réu à prática do crime em estudo são reprováveis (...)', e 'As conseqüências do crime são maléficas'.

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

Habeas corpus concedido para fixar a pena definitiva do paciente em 03 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão."

(HC 165.590/TO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 23/08/2010)

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

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

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

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

Inviável, portanto, a aplicação do princípio da consunção.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

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

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

Ordem parcialmente concedida."

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

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

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada – observado o critério trifásico –, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

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

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

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

5. Por fim, quanto à personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando-se dos envoltórios penais pretéritos dos agentes ('propósitos voltados para a atividade criminosa'), novamente, de forma imprópria, majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem concedida para, mantida a condenação dos pacientes, anular a sentença condenatória tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada, observando-se devidamente o critério trifásico, o qual deverá ser devidamente fundamentado e sem o aumento relativo aos maus antecedentes em relação ao réu Douglas Antunes."

(HC 50.331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007 p. 550)

"*HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O magistrado, ao individualizar a sanção penal, deve analisar com esmero todos elementos que circundam o fato delitivo, a fim de enquadrá-los nos critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para que a reprimenda seja fixada de forma justa e fundamentada, atingindo de maneira necessária e suficiente a reprovação do crime.

2. *In casu*, a fundamentação utilizada para avaliar negativamente a 'culpabilidade' e os 'motivos do crime' mostra-se inidônea, pois retrata circunstâncias inerentes ao próprio tipo penal de estupro de vulnerável.

3. Ordem concedida, a fim de redimensionar a pena do acusado da prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal, em 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidos os demais aspectos do édito condenatório."

(HC 204.880/TO, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 05/09/2011)

Entretanto, o relatado na sentença condenatória referente ao envolvimento do paciente "num acidente", a colisão de "seu veículo em um hidrante" e os prejuízos causados "à COPASA devido à colisão de seu" automóvel (fl. 154) fogem ao habitual da prática do delito em questão.

De fato, observa-se que o magistrado declinou fundamentação idônea no *decisum* condenatório para acrescer a pena nos pontos, com elementos retirados da própria conduta delitiva. De se manter, pois, o aumento da pena relativamente às circunstâncias e às circunstâncias do crime.

Nesse sentido, vejam-se estes julgados:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL E PENAL. (1) CONDENAÇÃO REFORMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (3) REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA DE 2 ANOS E 8 MESES. PACIENTE PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OCORRÊNCIA. MODIFICAÇÃO PARA O SEMIABERTO. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. O que se verifica na espécie.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. (Personalidade voltada ao crime e conduta social negativa). Em sede de *habeas corpus* não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Por mais que compareçam circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há se ignorar que o paciente é primário, sem antecedentes, portanto o mais apropriado é a fixação do regime semiaberto em vez do fechado, para o desconto da sanção de reclusão de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para alterar o regime inicial de cumprimento de pena, do fechado para o semiaberto.

(HC 175.301/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 06/06/2013)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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 especial. Contudo, 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 ilegalidade flagrante.

- As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não são plenamente favoráveis ao paciente, verificando-se, com base em dados concretos, extraídos dos autos, a necessidade de fixação da pena-base acima do mínimo legal, sendo certo que, salvo no caso de patente ilegalidade, constatadas de plano, é que se mostra possível o reexame da dosimetria pena pela estreita via de *Habeas Corpus*, o que não é o caso.

- O julgador ao realizar a individualização da pena, de forma correta e proporcional, considerou as peculiaridades do caso concreto, valorando negativamente culpabilidade, a conduta social e personalidade do agente, destacando tratar-se de agente contumaz na prática de crimes e que 'agiu com dolo intenso, de forma premeditada, além de ter agredido fisicamente a vítima', e que 'as provas dos autos indicam que ele não tem boa conduta social, não tendo ocupação laboral, o que comprova que ele vive na marginalidade', acrescentando que cometeu o crime quando estava em livramento condicional, não havendo, desta forma, abuso evidente que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justifique a alteração da reprimenda, uma vez que a elevação da pena-base se mostra plenamente justificada.

Habeas Corpus não conhecido."

(HC 192.634/PE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013)

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONDUTA SOCIAL. DESEMPREGO. ARGUMENTO INIDÔNEO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO DAS VÍTIMAS. POSSIBILIDADE. GRAVE AMEAÇA A CRIANÇA. DESFAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CONCURSO DE AGENTES. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ANÁLISE NA PRIMEIRA FASE. ILEGALIDADE. OFENSA AO SISTEMA TRIFÁSICO. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. NEGATIVIDADE DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

1. Não há falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena decorrente da culpabilidade acentuada do agente, porquanto a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base sob esse argumento.

2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade da circunstância judicial da conduta social, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio e não algo tencionado.

4. Havendo suficiente fundamentação quanto às consequências do delito para as vítimas, que sofreram diversos prejuízos e transtornos em razão dos crimes praticados pelo acusado, não há que se falar em ilegalidade da sentença na parte em que aumentou a pena-base em razão da desfavorabilidade dessa circunstância judicial, nem do aresto que a manteve nesse ponto.

5. O fato de uma das vítimas ser criança e ter sido gravemente ameaçada de morte, justifica maior elevação na reprimenda básica, pois desfavoráveis as circunstâncias do crime.

6. Ofende ao sistema trifásico de aplicação da pena e às regras penalmente existentes o édito condenatório que leva em consideração a majorante legal do concurso de pessoas para elevar a sanção na primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

etapa da dosimetria, a título de circunstâncias desfavoráveis do delito.

7. Remanescendo circunstâncias judiciais negativas, devidamente justificadas na sentença, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo legal.

8. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sanção definitiva em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado."

(HC 124.063/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 28/06/2010)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE PESSOAS. TROCA DE TIROS COM POLICIAIS, EM LOCAL MOVIMENTADO, QUE CULMINOU COM A FUGA DE UM DOS AGENTES E O FERIMENTO DE PEDESTRE. DOSIMETRIA DA PENA. OBEDIÊNCIA AO SISTEMA TRIFÁSICO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *Habeas Corpus*, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis relativas ao paciente, ao *modus operandi* da ação criminosa e às consequências do crime.

2. O destemor dos agentes, que trocaram tiros com a polícia em local movimentado, possibilitando a fuga de um dos acusados e o ferimento de pedestre, bem como o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis relativas ao paciente, constituem motivos idôneos para o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada."

(HC 59.142/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 278)

Dessarte, deve-se proceder ao reparo na dosimetria da pena em conformidade com o explanado. Assim, afastadas as circunstâncias judiciais da culpabilidade e da personalidade, reduzo o *quantum* da pena-base para 9 (nove) meses de detenção, mais 15 (quinze) dias-multa. Conservo o regime inicial aberto fixado na origem, a suspensão da carteira de habilitação, bem como a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade, ambas pelo mesmo prazo da reprimenda concretizada.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Contudo, **de ofício, concedo** a ordem a fim de reduzir a pena imposta para 9 (nove) meses de detenção, a ser cumprida no regime inicialmente aberto, mais 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, restando mantidos a suspensão da carteira de habilitação, bem como a substituição da reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade por restritiva de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade, ambas pelo mesmo prazo da reprimenda, nos autos da Ação Penal n.º 0024.06.931.145-4, da 5.ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte/MG.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0158404-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 183.463 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10024069311454 24069311454 69311454

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

ADVOGADO : NÁDIA DE SOUZA CAMPOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACIENTE : ANTÔNIO CARLOS MAGALHÃES DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Trânsito

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.