



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 136.474 - ES (2009/0093766-8)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : **THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**
PACIENTE : **WEVERTON DE SOUZA**
ADVOGADO : **FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO**

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REFERÊNCIAS VAGAS ÀS ELEMENTARES DO TIPO E À PERSONALIDADE DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE. REGIME SEMIABERTO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo.

2. Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

3. Apesar do indevido agravamento da pena-base, a sentença condenatória reconheceu corretamente as circunstâncias do crime como desfavoráveis ao Paciente, de forma apta a elevar a reprimenda um pouco acima do mínimo legal. E, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, sem qualquer ilegalidade, impôs regime prisional mais gravoso.

4. Quando são consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto ao réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

5. Ordem concedida parcialmente para reduzir a pena aplicada ao Paciente para 10 (dez) meses de reclusão, nos termos do voto, mantido o regime semiaberto fixado pela sentença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de junho de 2010 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.474 - ES (2009/0093766-8)

IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : WEVERTON DE SOUZA
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WEVERTON DE SOUZA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo que, em sede de apelação, manteve a sentença que condenou o ora Paciente à pena de 01 ano e 10 meses de reclusão, em regime semiaberto, com incurso no crime de furto qualificado tentado, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. 1. ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. IMPOSSIBILIDADE. 2. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 3. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CRIME TENTADO. AUMENTO DA FRAÇÃO PARA REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. PERCURSO DE PARTE CONSIDERÁVEL DO ITER CRIMINIS. 4. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO DO ART. 44, INCISO III, DO CP. 5. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O conjunto fático-probatório elencado nos autos demonstra claramente que o agente adentrou o domicílio da vítima com o intuito de furtar bens móveis, não obstante ter empreendido fuga, sem nada levar.

A invasão de domicílio, neste caso, é uma infração meio para se chegar à subtração dos objetos, crime-fim. Deste modo, deve ser absorvida por este, tendo em vista que o animus do agente é o de furtar, não ocorrendo a consumação a circunstâncias alheias à sua vontade.

2. A pena aplicada pelo Magistrado de piso está em conformidade com o método trifásico de aplicação da pena, não havendo chance de se falar em excessividade, tendo em vista a proporcionalidade entre esta e às circunstâncias apresentadas nos autos.

3. Da mesma forma, a incidência da causa de diminuição da pena condizente à tentativa em sua fração mais elevada, qual seja, 2/3 (dois terços), resta impossibilitada, eis que o réu percorreu, no seu intento criminoso, parte considerável do iter criminis para o tipo, daí encontrar-se perfeitamente razoável a redução da pena na fração equivalente a 1/3 (um terço).

4. A substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos não pode ser acolhida, haja vista que, como disposto no artigo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

44, inciso III, do Código Penal, a culpabilidade, a personalidade do agente, os motivos e as circunstâncias incidentes ao caso concreto não corroboram com a alteração da modalidade de pena.

5. Recurso conhecido e improvido." (fls. 24/25)

Os embargos de declaração opostos, alegando omissão sobre o regime prisional aplicado e à respeito da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, foram conhecidos e improvidos, mantida a condenação.

Sustenta o Impetrante, em suma, constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal e do regime prisional mais gravoso, que não foram devidamente fundamentados.

Pugna, assim, liminarmente, pela suspensão do processo, para evitar a expedição de mandado de prisão para o inicial cumprimento da reprimenda e, no mérito, pela fixação da pena-base no mínimo legal, pelo regime inicial aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fl. 40.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 45/50, opinando pela parcial concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 136.474 - ES (2009/0093766-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REFERÊNCIAS VAGAS ÀS ELEMENTARES DO TIPO E À PERSONALIDADE DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE. REGIME SEMIABERTO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão-somente, em referências vagas, sem a indicação de qualquer circunstância concreta que justifique o aumento, além das próprias elementares comuns ao tipo.

2. Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

3. Apesar do indevido agravamento da pena-base, a sentença condenatória reconheceu corretamente as circunstâncias do crime como desfavoráveis ao Paciente, de forma apta a elevar a reprimenda um pouco acima do mínimo legal. E, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, sem qualquer ilegalidade, impôs regime prisional mais gravoso.

4. Quando são consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto ao réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

5. Ordem concedida parcialmente para reduzir a pena aplicada ao Paciente para 10 (dez) meses de reclusão, nos termos do voto, mantido o regime semiaberto fixado pela sentença.

VOTO

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

O ora Paciente foi denunciado como incurso no art. 155, *caput*, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, porque, nos termos da denúncia, após se assegurar que apenas as crianças da família estariam em casa, invadiu a residência das vítimas para furtá-las, não conseguindo consumir a subtração porque os menores lhe viram escondido debaixo de uma cama e, apavorados, chamaram por socorro. O réu fugiu do local do crime, mas foi perseguido e preso em flagrante logo após o ocorrido.

O Magistrado condenou o Paciente nos termos da denúncia, contudo, concedeu o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelo em liberdade ao acusado, considerando que o condenado já faria jus à progressão de regime prisional.

No tocante à individualização da reprimenda, a sentença condenatória, no que foi referendada pelo Tribunal de origem, fixou a pena-base acima do mínimo legal pelos seguintes fundamentos, *litteris*:

"Em obediência ao Princípio Constitucional de Individualização da Pena (art. 5º, XLVI da Constituição Federal) corroborado pelas disposições inseridas no art. 59 do Código Penal, passo a análise das circunstâncias judiciais, para fixação da pena cominada.

O acusado agiu com grau de culpabilidade média. Sua vida ante acta está maculada, consoante certidão de fl. 86. A conduta social, ou seja, a sua situação nos diversos papéis desempenhados junto à comunidade, que se reflete no grupo e sociedade, ao que tudo indica, é normal. Sua personalidade ou todo o complexo, porção herdada e porção adquirida, com o jogo de todas as forças que determinam ou influenciam o comportamento humano, forma de ser, agir e etc., demonstra estar voltada para o crime, posto que contumaz na prática de delitos contra o patrimônio, razão pela qual, deve ser sobrelevada. Os motivos, precedentes causais de caráter psicológico da ação ou mola propulsora do delito, devem, no caso, exacerbar a reprimenda a ser imposta, uma vez que jovem, no vigor da forma física, optou por lesar o patrimônio alheio. As circunstâncias que se resumem no lugar do crime, tempo da sua duração e outros, são relevantes, uma vez ato criminoso se desenvolveu no interior de um lar, com crianças residindo. As conseqüências do crime, que se resume aos efeitos produzidos pela ação criminosa, o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano e o sentimento da insegurança trazido pela ação refletem em reprovabilidade elevada. O comportamento da vítima em nada influiu.

Face às circunstâncias judiciais supra mencionadas e já analisadas, estabeleço como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime praticado à pena-base de 03 (três) anos de reclusão e multa.

Em respeito ao disposto no artigo 68 do Código Penal, passo a aferir as circunstâncias legais incidentes para fixar a PENA DEFINITIVA:

Incide a atenuante da confissão - art. 65, I do Código Penal, razão pela qual, subtraio da pena-base 03 (três) meses. Inexistem agravantes. Incide, contudo, a causa de diminuição prevista no art. 14, II do Código Penal. Assim, considerando que "o critério para aplicação da redução pela tentativa decorre da apreciação do iter criminis percorrido pelo agente" (STJ - Resp. 703.386-RS - Rel. Min. Gilson Dipp - 5.ª T. - J. 7.4.2005 - Un. - RT 840559), subtraio a pena na proporção de 1/3 (um terço). Considerando ainda a inexistência de causa aumento da pena, FIXO A PENA DEFINITIVA EM 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e multa.

Com alicerce nas circunstâncias judiciais já aferidas bem como, na situação econômica do condenado (art. 60 do Código Penal), fixo definitivamente a pena de multa em 90 (noventa) dias-multa, valorando o dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*despeito da vedação constitucional de vinculação.
[...]” (fl. 18/19)*

Como se vê, a sentença condenatória, mantida pelo acórdão impugnado, fixou a pena-base do Paciente no triplo do mínimo legal, considerando desfavoráveis os motivos e as circunstâncias do crime, bem como valorando negativamente a culpabilidade e a personalidade do réu, com base no seu envolvimento em outros crimes contra o patrimônio.

Como é cediço, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica em ofensa ao preceito contido no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal.

Como bem ressaltou o parecer ministerial, a sentença não foi devidamente fundamentada, uma vez que *"diz que a culpabilidade é média, sem apontar, todavia, os motivos pelos quais assim a considera. Afirma que a vida ante acta é maculada, com base em certidão que não registra qualquer sentença condenatória transitada em julgado, o que contraria a jurisprudência dessa Augusta Corte. Diz que a motivação deve ser valorada negativamente porque, embora 'jovem, no vigor da forma física, optou por lesar o patrimônio alheio', o que, todavia, implica em invocar elementar do tipo"* (fl. 49).

Ademais, esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre esse respeito. Assim, no caso, é indevida a valoração negativa da personalidade do agente de modo de sustentar a exasperação da pena-base. Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.

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*).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - In casu, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.

III - Com efeito, 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).

IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.

V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Habeas corpus concedido." (HC 136.685/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 07/12/2009.)

Com efeito, o entendimento desta Corte é no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime. A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO. FATO CRIMINOSO COMETIDO DURANTE O PROCESSO. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE 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. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade parcial da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente e determinar ao Tribunal de origem que proceda o redimensionamento da pena-base, 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 130.235/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 29/06/2009.)

"PENAL – HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM PROCESSO INSTAURADO SEM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE JÁ OCORRIDA PELO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DE SURSIS PROCESSUAL EM RELAÇÃO AO DELITO ANTERIOR. EQUIVOCADOS ANTECEDENTES TAMBÉM CONSIDERADOS COMO MÁ CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE QUE TEVE COMO BASE PRESUMIDO CRIME ANTERIOR – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO TOMADA CONTRA O RÉU. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO QUE O PERMITIDO PELO QUANTITATIVO DA PENA E PELA CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – AUSÊNCIA DE REINCIDÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1- As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.

2- Inquéritos policiais e ações penais em andamento, e causas extintivas pelo cumprimento das condições do sursis processual não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

3- A dupla consideração de um mesmo fato para circunstâncias judiciais diversas constitui odioso bis in idem, repudiado pela doutrina e jurisprudência,

4- O regime de cumprimento da pena não pode levar em consideração a gravidade abstrata do crime, mas o quantitativo da pena imposta e a correta análise das circunstâncias judiciais, além de eventual reincidência, sob pena de se chegar a regime mais gravoso que o previsto em lei.

5- Ordem concedida para anular parcialmente a decisão, no que se refere a dosimetria da punição e ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade recomendando-se o reexame da possibilidade substitutiva da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, depois de criteriosamente analisadas as circunstâncias judiciais." (HC 91.135/PB, 6ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJ de 10/03/2008.)

Embora, de fato, as circunstâncias do crime tenham se afastado um pouco do normal à espécie, uma vez que o réu adentrou e casa onde sabia haver apenas crianças, o que certamente traz maior reprovabilidade à sua conduta, carece o decreto condenatório de motivação concreta para a fixação da pena-base dois anos acima do mínimo legal.

Como é sabido, a fixação da pena-base em *quantum* muito superior ao mínimo previsto no tipo penal certamente é possível, porém depende da incidência convergente de mais diversas circunstâncias judiciais em desfavor do acusado, a recomendar severo agravamento da pena aplicada, em observância ao princípio da proporcionalidade.

No caso, em que pese a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumentação apresentada pelo julgador não autoriza a fixação da pena-base nesse patamar, havendo flagrante desproporcionalidade entre a sua exasperação e motivação apresentada, ferindo, pois, o princípio da individualização da pena.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. MAIS DE UMA QUALIFICADORA. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR E AS DEMAIS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. ACRÉSCIMO EXORBITANTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. MATÉRIA SUPERADA.

1. Tratando-se de crime de homicídio em que incida mais de uma qualificadora prevista no § 2º do art. 121 do Código Penal, é possível que uma sirva para qualificar o delito e as demais sejam utilizadas como circunstância judicial desfavorável, levando ao aumento da pena-base. Precedentes.

2. Na dosimetria da pena, devem ser observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se mostrando razoável que, em razão das duas qualificadoras, a pena-base seja acrescida de 6 (seis) anos.

3. Se o paciente já cumpre pena no regime semiaberto, fica prejudicada a pretensão de afastamento do óbice à progressão de regime prisional.

4. Habeas corpus julgado parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta ao paciente a 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão." (HC 82.352/MS, 6.ª Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 05/04/2010.)

"PENAL. HABEAS CORPUS. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E ABUSO DE AUTORIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. ADEQUAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE À PENA DEFINITIVA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

2. É nula a dosimetria da pena que não atende ao disposto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, sendo a fixação da pena-base desprovida de fundamentação em elementos concretos e idôneos.

3. Resta assentada a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que "viola o princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, inciso LVII, da CF) a consideração, à conta de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento para a exacerbação da pena-base e do regime prisional" (REsp 675.463/RS, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ de 13/12/04), e que, "Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

curso e indiciamento em inquérito policial" (HC 31.693/MS, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ de 6/12/04).

4. Ordem concedida para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para o mínimo legal, tanto em relação ao crime de denúncia caluniosa quanto em relação ao crime de abuso de autoridade, ambas a serem cumpridas no regime inicial aberto." (HC 106.785/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 03/11/2008.)

Portanto, como devidamente valoradas em desfavor do Paciente, nos termos do art. 59 do Código Penal, apenas as circunstâncias do crime, a pena-base deve ser reduzida, em *quantum* proporcional ao afastamento das circunstâncias judiciais negativas referentes aos motivos do crime, a culpabilidade e a personalidade do réu.

Das quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas pela instâncias ordinárias restou apenas uma, dessa forma, o aumento da pena-base, proporcionalmente, deve ser diminuído, restando fixada a reprimenda inicial em 01 anos e 06 meses de reclusão.

Mantida a aplicação da atenuante da confissão espontânea em 03 meses e aplicada a causa de diminuição da pena prevista no art. 14, inciso II, do Código Penal na proporção de um terço (1/3), como corretamente fez o Juízo de primeiro grau, resta o Paciente condenado definitivamente à pena de 10 meses de reclusão, e trinta dias-multa.

De outro lado, ao contrário do alegado pelo Impetrante, não se vislumbra qualquer ilegalidade na imposição do regime semiaberto para o cumprimento da pena, na medida em que a sentença monocrática, considerou desfavoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal. As instâncias ordinárias, quando da individualização da reprimenda penal, observaram adequadamente o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal e, sem qualquer ilegalidade, impuseram o regime prisional mais gravoso.

Por fim, segundo as disposições do art. 44, do Código Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 9.714/98, **somente** poderá ser deferida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se o condenado não for reincidente e a culpabilidade, conduta social, a personalidade, os motivos e circunstâncias do crime indicarem ser necessária e suficiente a concessão do benefício.

Além de o Paciente já ter descumprido as condições da substituição da pena em outro processo, gerando sua revogação, Com visto acima, o Juízo sentenciante, ao individualizar a reprimenda penal, reconheceu a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis do condenado, o que, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, obsta a concessão do benefício. No mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. INCIDENTE DA EXECUÇÃO NÃO ENFRENTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO E INOCÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO PROBATÓRIO VÁLIDO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE, REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO E INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

[...]5. A culpabilidade acentuada e a personalidade voltada à prática delituosa constituem fundamentação idônea para justificar a exasperação da pena-base, a fixação de regime prisional mais gravoso do que o previsto pela pena cominada in concreto e o indeferimento da substituição da pena. Aplicação dos arts. 33, § 3º, 44, inciso III, e 59, todos do Código Penal.

6. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."
(HC 95.314/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 02/06/2008 - grifei.)

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM parcialmente para reduzir a pena aplicada ao Paciente para 10 (dez) meses de reclusão, nos termos do voto, mantido o regime semiaberto fixado pela sentença.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0093766-8

HC 136.474 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11070072084 18462007

EM MESA

JULGADO: 15/06/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **HELENITA CAIADO DE ACIOLI**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : THIAGO PILONI - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : WEVERTON DE SOUZA
ADVOGADO : FABIANO CAETANO PRESTES - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

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

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

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 15 de junho de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário