



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 545.027 - RJ
(2014/0170472-2)**

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EVERTON FERNANDES DE MESQUITA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. AGRADO REGIMENTAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA ABERTO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INQUÉRITOS, PROCESSOS EM CURSO E TRANSAÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. SÚMULA 444/STJ.

1. Os requisitos subjetivos previstos nos arts. 33, § 3º, e 44, III, do Código Penal coincidem com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma, cuja análise é necessária quando da fixação da pena-base. Assim, é perfeitamente aplicável ao caso, por analogia, o entendimento consubstanciado na Súmula 444/STJ.

2. Agravo regimental improvido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de novembro de 2014 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 545.027 - RJ
(2014/0170472-2)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de agravo regimental interposto pelo **Ministério Público Federal** contra a decisão de fls. 319/324, assim ementada:

PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA ABERTO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ART. 77, III, CÓDIGO PENAL.

Agravo em recurso especial conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial.

Sustenta o agravante, em síntese, o desacerto do *decisum*, sob o argumento de que a *Súmula 444/STJ* trata apenas da impossibilidade de utilização de ações penais em curso para agravar a pena-base. A ampliação de sua incidência para os demais casos, tais como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade, depende de um juízo de razoabilidade, vinculado às peculiaridades de cada caso. [...] Por tal juízo de razoabilidade, essa egrégia Corte Superior, em situações similares, entendeu que a existência de condenações sem trânsito em julgado seriam suficientes para impedir a substituição da pena privativa de liberdade (fl. 335).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 545.027 - RJ
(2014/0170472-2)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A irresignação não merece prosperar.

Com efeito, caso semelhante ao dos autos foi analisado pela Sexta Turma desta Corte, ao julgar o REsp n. 1.262.591/MG, de minha relatoria (DJe 18/3/2013). Seguem transcritos os fundamentos do voto do Relator:

Cinge-se a insurgência a definir se a existência de anotações penais anteriores, ainda que se não refiram a processos com trânsito em julgado, torna inviável a concessão da suspensão condicional da pena.

Dos autos, observa-se que o juízo de primeiro grau concedeu ao recorrente o benefício previsto no art. 77 do Código Penal (fl. 231). O Tribunal de origem, por sua vez, ao prover o recurso da acusação, cassou o benefício, aduzindo, conforme a ementa do julgado, que, *existindo anotações anteriores que desabonem a conduta do réu, inviável a concessão da suspensão condicional a pena* (fl. 292).

No caso, a Corte *a quo* aponta que há *envolvimento frequente* [do recorrente] *em atos delitivos, comprovado pela certidão de f. 161/163* (fl. 294).

Contudo, da análise da mencionada certidão (fls. 196/199, após a digitalização dos autos), observa-se que inexistente qualquer condenação **transitada em julgado** em desfavor do réu.

Assim, não há como se reputar inexistente o requisito subjetivo necessário para a suspensão condicional da pena, com base em inquéritos e ações penais em curso, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade.

De fato, conforme entendimento firmado nesta Corte, inquéritos e ações penais em curso não evidenciam má conduta social nem personalidade desajustada, não se permitindo, ademais, o tratamento como maus antecedentes: HC n. 136.402/RJ, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 13/10/2009; HC n. 100.848/MS, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Sexta Turma, DJe 12/5/2008.

O mesmo se deve dizer quanto ao feito, constante da mencionada certidão, em que foi aceita a proposta de transação penal, em função do que dispõe o art. 76, § 6º, da Lei n. 9.099/1995.

Saliente-se que os requisitos subjetivos, previstos no art. 77, II, do Código Penal, exigidos para a concessão do benefício pleiteado, coincidem com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma, cuja análise é necessária quando da fixação da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, é perfeitamente aplicável ao caso, por analogia, o entendimento consubstanciado na Súmula 444/STJ, *in verbis*:

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

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. LESÃO CORPORAL GRAVE. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 444/STJ. DELITO PRESCRITO. CONDENAÇÃO INSUBSISTENTE. AUSÊNCIA DE REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES. CONCESSÃO DE SURSIS (ART. 77 DO CP). POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O Superior Tribunal de Justiça entende que inquéritos policiais e ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade voltada para o crime a fim de elevar-se a pena-base, sob pena de violação ao princípio da presunção de não culpabilidade, conforme enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, *in verbis*: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."
- Esta Corte Superior adota o posicionamento de que extinta a punibilidade não subsiste a condenação, com o desaparecimento de todos os seus efeitos, não se cogitando de reincidência ou maus antecedentes.

- Hipótese em que a única justificativa apresentada pelo Tribunal de origem, para o indeferimento do sursis, foi a presença de maus antecedentes, que não deve ser mantida, haja vista a orientação do STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, nos termos do voto da relatora.

(HC n. 240.698/RJ, Ministra Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Quinta Turma, DJe 22/10/2012 – grifo nosso)

Dessa forma, afastado o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afirmar inexistente o requisito subjetivo necessário para a concessão do *sursis*, deve ser restabelecida a sentença quanto ao deferimento do benefício previsto no art. 77 do Código Penal.

Tenho que o mesmo entendimento deve ser aplicado ao caso dos autos, tendo em vista que os requisitos subjetivos previstos nos arts. 33, § 3º, e 44, III, do Código Penal também coincidem com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma, cuja análise é necessária quando da fixação da pena-base. Assim, é perfeitamente aplicável ao caso também, por analogia, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento consubstanciado na Súmula 444/STJ.

Dessa forma, não merece reparos a decisão agravada, que se mantém por seus próprios fundamentos, no que interessa (fls. 321/323):

[...]

A irresignação merece prosperar parcialmente.

Disse o Juízo sentenciante, ao dosar a pena (fl. 163):

Considerando as circunstâncias do art. 59, do Código Penal, verifico que a conduta do acusado merece reprovação pouco acima do patamar mínimo, eis que está condenado em 1º Grau pela prática do roubo que culminou em sua prisão flagrancial no mesmo dia do fato em tela, o que implica em sua sensação de impunidade. De outro lado, é primário e a vítima recuperou seu patrimônio, embora sem o chip, tendo agido com o dolo normal do tipo.

Sendo assim, fixo a pena base privativa de liberdade e de multa acima do patamar mínimo, ou seja, em de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo legal. Não há agravantes. Diminuo as penas parciais de dois meses e vinte dias multa, em razão da confissão, perfazendo os totais finais de 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias multa.

Substituo a pena apenas por detenção em virtude do privilégio contido no § 2º, do art. 155, do CP, perfazendo total idêntico. Não optei pela diminuição da pena e nem da aplicação única da sanção pecuniária, porque entendo que tais medidas, no caso vertente, não atenderiam à Suficiência da Pena, já que o acusado possui uma condenação não geradora de reincidência por crime de roubo, pela qual, inclusive, encontra-se preso.

Sendo assim, torno definitivas as penas aplicadas.

Como já dito, o acusado está preso por outro processo e tem uma condenação não definitiva pela prática de um roubo no mesmo dia do delito em tela. Por isso, fixo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, na forma do art. 33, § 2º, "b" e § 3º, do Código Penal e lhe nego o sursis e as penas substitutivas.

O Tribunal de origem manteve a sentença (fls. 227/232).

Todavia, o elemento utilizado - condenação criminal não transitada em julgado - não poderia ter sido sopesado para a exasperação da pena-base, uma vez que, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Aliás, essa é a orientação trazida pela Súmula 444/STJ, de acordo com qual é vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.

Assim, a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal.

Tal equívoco das instâncias ordinárias não traz nenhuma repercussão no *quantum* da pena, tendo em vista que, em razão da atenuante da confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espontânea, a reprimenda definitiva foi fixada no mínimo legal.

Diante disso, ausentes circunstâncias judiciais negativas e sendo o recorrente primário, faz jus ao regime inicial de cumprimento de pena aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal).

A propósito:

[...]

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso.

Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, do Código Penal. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

[...]

(HC n. 237.592/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 22/8/2014)

Ainda: AgRg no HC n. 267.496/SP, Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 28/10/2013; AgRg no HC n. 245.860/SP, Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 10/6/2013; e HC n. 258.850/SP, Ministra Alderita Ramos (Desembargadora convocada do TJ/PE), Sexta Turma, DJe 20/3/2013.

Da mesma forma, tem direito o recorrente à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse sentido:

[...]

2. O artigo 44 do Código Penal estabelece requisitos que, se preenchidos, autorizam a substituição da pena corporal por restritiva de direitos. [...]

[...]

(HC n. 284.798/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 16/9/2014)

Também: AgRg no REsp n. 1.423.316/SP, Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 15/8/2014.

[...]

Em face do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0170472-2

AgRg no
AREsp 545.027 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03322811120128190001 100103371370153 140514012 14051402012 201424750428
3322811120128190001

EM MESA

JULGADO: 11/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. FATIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EVERTON FERNANDES DE MESQUITA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : EVERTON FERNANDES DE MESQUITA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.