



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.783 - MS (2014/0156034-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO
ADVOGADO : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIZ INÁCIO BUENO MORALES

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 2 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

– A teor da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.

– A pena-base imposta ao paciente encontra-se fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, tendo sido fixada acima do mínimo legal em razão de circunstância judicial desfavorável, qual seja, os maus antecedentes.

– A teor do art. 33, § 3º, do Código Penal, a presença de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.783 - MS (2014/0156034-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO
ADVOGADO : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIZ INÁCIO BUENO MORALES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de LUIZ INÁCIO BUENO MORALES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, nos autos da Apelação Criminal n. 0207156-93.2010.8.12.0002.

Consta da petição inicial que o paciente foi preso em flagrante, no dia 4/12/2010, pela suposta prática do crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei n. 10.826/2003) e, após os trâmites processuais, foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 11(onze) meses de reclusão, em regime semiaberto.

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem dado provimento parcial ao apelo e reduzido a sanção corporal para 2 anos de reclusão, mantido o regime semiaberto.

Na presente impetração, alega-se ilegalidade na dosimetria da pena, na medida em que o paciente não é reincidente, tendo em vista que as duas condenações consideradas para majorar a pena-base teriam acontecido há mais de duas décadas. Destaca, outrossim, que o regime prisional deve ser abrandado.

Diante dessas considerações, pleiteia, liminarmente e no mérito, seja a pena do paciente redimensionada e o regime prisional modificado para o aberto.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 9/10).

Informações prestadas às e-STJ fls. 18/20 e 21/41.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento da ordem e, caso conhecida, pela sua denegação (e-STJ fls. 47/53).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.783 - MS (2014/0156034-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que deu parcial provimento ao apelo interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução da pena-base, sob o argumento de que foram utilizadas, a título de maus antecedentes, condenações transitadas em julgado há mais de 5 (cinco) anos.

Compulsando os autos, infere-se que o Tribunal de origem reduziu a pena do paciente, tendo o voto condutor do acórdão asseverado que (e-STJ fls. 30/32):

Ao fixar a pena-base o magistrado singular consignou:

"(...) Culpabilidade normal à espécie. Ostenta maus antecedentes criminais conforme se extrai pela certidão de f. 117/123, tendo sido condenado com sentença transitada em julgado em outras 2 ocasiões, sem embargo de outros procedimentos ajuizados contra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

si, denotando, portanto, péssima conduta social e personalidade criminosa. Assim sendo, fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e sanção pecuniária igual a 70 dias multa, equivalente a fração unitária em 1/30 do salário mínimo (...) (fl. 158)".

Vê-se que foram consideradas desfavoráveis as moduladoras dos antecedentes, da conduta social e da personalidade, exasperando-se a pena-base, por tal razão, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa.

Em relação aos antecedentes, consoante certidão de fls. 95-98, observa-se que o apelante possui duas condenações com trânsito em julgado, uma por furto majorado e outra por furto qualificado (incidências 04 e 05), devendo ser mantida essa moduladora como desfavorável.

Insta salientar que, nos termos do art. 64, inciso 1, do Código Penal, ultrapassado o período depurador de cinco anos, as condenações penais anteriores não prevalecem para fins de reincidência, sendo, contudo, perfeitamente admissível considerá-las como maus antecedentes.

(...)

Noutro passo, no tocante à personalidade, observa-se que o sentenciante valorou negativamente tal moduladora, ao argumento de que o recorrente possui "personalidade criminosa".

Sobre tal moduladora, leciona Bitencourt:

"na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu (...)"

Desta forma, tenho que a fundamentação é indevida, pois não há nos autos elementos suficientes para aferição da referida circunstância judicial, devendo ser refutada, porquanto não retrata qualquer dado da personalidade utilizada na prática do delito.

No que diz respeito à conduta social, segundo Ricardo Augusto Shmitt, "trata-se do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional. Revela-se por seu relacionamento no meio em que vive, tanto perante a comunidade, quanto perante sua família e seus colegas de trabalho (...)". Dessa forma, o argumento utilizado pelo sentenciante - "péssima conduta social - não é idôneo para caracterizar essa circunstância como negativa, inexistindo nos autos quaisquer elementos para aferi- la.

(...)

Desta forma, em atenção ao disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, afasto a valoração das moduladoras da conduta social e da personalidade e mantenho como desfavorável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os antecedentes.

Outrossim, não merece prosperar o pedido de compensação entre a circunstância judicial dos antecedentes e a atenuante da confissão espontânea.

A circunstância judicial dos antecedentes é utilizada para elevar a pena-base na primeira fase da dosimetria, enquanto a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal incide na segunda fase juntamente com as agravantes dispostas no art. 61 e 62 do Código Penal. Logo, em atenção ao critério trifásico de fixação da pena disposto no art. 68, do Código Penal, que apresenta fases distintas para a aplicação da reprimenda a serem criteriosamente observadas, não é possível a interferência das circunstâncias judiciais nas agravantes e atenuantes e vice-versa, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Passo, portanto, à nova dosimetria:

Na etapa inicial, tendo em vista a valoração negativa dos antecedentes, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Quanto à segunda fase da dosimetria pena!, presente a circunstância atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena intermediária, estabelecendo-a no mínimo legal, assim sendo, 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na última fase da fixação da reprimenda, inexistindo quaisquer causas que aumentem ou diminuam a reprimenda, fixo-a definitivamente em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, cujo valor unitário é o de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, não há qualquer ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes do paciente com base em processos com condenações definitivas por prazo superior a cinco anos. Isto porque, a teor da jurisprudência deste Tribunal Superior, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido que o período depurador de cinco anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afasta a reincidência, mas não a consideração negativa dos antecedentes. Nesse sentido: AgRg no REsp 1474765/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015; AgRg no AREsp 571.478/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014; HC 309.329/SP, Rel. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Quinta Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 19/5/2015.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 320.566/RJ, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 2/6/2015, DJe 9/6/2015) - (grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 289, §2º, DO CÓDIGO PENAL. TESE DEFENSIVA AVENTADA SOMENTE NA INSTÂNCIA SUPERIOR. DECURSO DE PRAZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PERÍODO DE TEMPO SUPERIOR A CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

IV - Ainda que, segundo expressa determinação legal, a condenação anterior não prevaleça para efeito da reincidência, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, para efeitos de maus antecedentes, ela subsistirá (precedentes desta eg. Corte).

Recurso ordinário desprovido. (RHC 54.260/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 10/06/2015) - (grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, na espécie, a pena-base imposta ao paciente encontra-se fundamentada com base em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, tendo sido fixada acima do mínimo legal em razão de circunstância judicial desfavorável, qual seja, os maus antecedentes.

No que tange ao regime, o Tribunal manteve o semiaberto, mais gravoso do que a pena de 2 (dois) anos de reclusão comporta, com base na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 32):

Quanto ao regime, observa-se que pesa em desfavor do apelante a valoração negativa dos antecedentes, notadamente em razão das duas condenações e definitivas pelos crimes de furto privilegiado e furto majorado.

Tal circunstância, por si só, evidencia a necessidade de maior repressão estatal, autorizando a fixação de regime prisional mais gravoso, nos termos dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Sabe-se que, no estabelecimento de regime de cumprimento de pena, é necessário fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, contudo, houve fundamentação efetiva na imposição do regime semiaberto, pois existe circunstância judicial desfavorável ao paciente, tanto que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, em consonância ao disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ.

1. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos do art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos. Incidência na espécie da Súmula 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 442.470/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecida, de ofício, por esta Corte Superior de Justiça, **não conheço** o *habeas corpus*.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0156034-0

HC 297.783 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02071569320108120002 2071569320108120002

EM MESA

JULGADO: 17/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO
ADVOGADO : JEFERSON RIVAROLA ROCHA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : LUIZ INÁCIO BUENO MORALES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.