



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 186.097 - MS (2010/0176063-0)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
AGRAVANTE : AURELINO MARTINS DA SILVA
ADVOGADO : ADRIANO MARTINS DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. **HABEAS CORPUS**. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO.

1. A pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Consoante orientação 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 – Súmula 444 deste STJ.

3. Ao qualificar como "intensa" a culpabilidade, restringiu-se o Juiz de piso à menção de que o réu é comerciante, deduzindo que seria pessoa experiente e de razoável escolaridade. Contudo, tais aspectos são inerentes à culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime. Assim, o fato de o paciente ter condição de conhecer o caráter ilícito da sua conduta constitui um dos pressupostos para a categorização da conduta como criminosa, e não elemento valorativo da sanção contida no art. 59 do Código Penal.

4. Reduzida a pena-base ao mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão, impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva retroativa.

5. Agravo a que se dá provimento.

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, dar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 13 de março de 2012 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 186.097 - MS (2010/0176063-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: A hipótese é de agravo regimental interposto contra decisão que concedeu parcialmente a ordem para reduzir a pena a que foi condenado o paciente, por porte ilegal de arma de fogo, para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, no regime aberto, substituída por medidas restritivas de direito.

Este é o teor da decisão agravada:

Vistos, etc.

*Trata-se de **habeas corpus**, impetrado em benefício de Aureliano Martins da Silva, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que negou provimento ao apelo defensivo.*

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, substituída por duas restritivas de direitos, pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03.

Neste writ, alega o impetrante que o fato de existir inquérito policial arquivado em nome do paciente não pode ser considerado como mau antecedente por ocasião da fixação da pena.

Acrescenta ser o paciente primário, ter atividade laborativa lícita, residência fixa e bons antecedentes.

Sustenta, mais, que uma vez excluído o inquérito policial arquivado usado no agravamento da pena, será possível o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Requer, diante disso, a redução da pena imposta ao paciente, com o consequente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, foram os autos ao Ministério Público Federal que se manifestou pela concessão da ordem. Decido.

Ao fixar a pena-base, disse o Juiz (fls. 376/377):

Sua culpabilidade deve ser reputada intensa, especialmente por se tratar de comerciante, o que permite inferir tratar-se de pessoa experiente, e que possui, ademais, razoável escolaridade.

O réu registra outro antecedente, conforme demonstra certidão de f. 42.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Nada restou demonstrado a respeito da personalidade do acusado. A conduta social do réu não merece ser reputada desfavorável, diante da informação de que é pessoa trabalhadora. As circunstâncias não desbordaram da normalidade. As consequências do crime não foram graves, especialmente por se tratar de crime de perigo abstrato o tipo penal na qual incurso o acusado. A vítima, que, **in casu**, é toda a sociedade, em nada colaborou para a prática das infrações penais. Sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e havendo circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base pouco acima do mínimo legal, isto é, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão...*

Como se vê, a pena-base foi fixada pouco acima do mínimo em razão da existência de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis – culpabilidade e antecedentes.

No que tange aos antecedentes, tem procedência o pedido formulado no writ.

É que o único caso valorado negativamente foi um inquérito arquivado e 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 – Súmula 444 deste STJ.

Entretanto, ainda permanece a culpabilidade considerada desfavorável e que não pode ser excluída porque lastreada na condição do paciente, apta a influenciar na reprovação penal, razão pela qual a pena-base ainda deve ser mantida pouco acima do mínimo.

Impõe-se, portanto, reduzi-la, mas não ao ponto de deixá-la no mínimo legal. Assim, fixo-a em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão que, a míngua de outros elementos (agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou diminuição), torno-a definitiva, devendo ser mantido, no mais, a sentença.

O prazo prescricional, com essa pequena redução, não sofre qualquer alteração, motivo pelo qual, nesse particular, o pedido não tem procedência.

*Tal o contexto, **concedo em parte a ordem** a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, mantido, no mais, a sentença condenatória.*

Publique-se.

Insiste o impetrante no pleito de redução da pena-base ao mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumentando que a culpabilidade do paciente não pode ser considerada elevada, porquanto "é um pequeno comerciante em uma cidadezinha no interior de Mato Grosso do Sul, que dista 400 quilômetros de sua capital Campo Grande, local este que não possui sequer 20.000 habitantes. Por isto, a capacidade que possui de entendimento das matérias penais e processuais não é tamanha como o juiz singular faz crer".

Como consequência da diminuição da sanção, pugna pela declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal verificada entre a data do recebimento da denúncia e a prolação da sentença.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 186.097 - MS (2010/0176063-0)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): O reexame da matéria leva à conclusão de que a decisão agravada deve ser reconsiderada.

Como se viu, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em conta da existência de antecedente negativo e da culpabilidade do acusado.

Leia-se, mais uma vez, a sentença, na parte da dosimetria:

*Sua **culpabilidade** deve ser reputada intensa, especialmente por se tratar de comerciante, o que permite inferir tratar-se de pessoa experiente, e que possui, ademais, razoável escolaridade.*

*O réu registra outro **antecedente**, conforme demonstra certidão de f. 42.*

Nada restou demonstrado a respeito da personalidade do acusado.

A conduta social do réu não merece ser reputada desfavorável, diante da informação de que é pessoa trabalhadora.

As circunstâncias não desbordaram da normalidade.

As consequências do crime não foram graves, especialmente por se tratar de crime de perigo abstrato o tipo penal na qual incurso o acusado.

*A vítima, que, **in casu**, é toda a sociedade, em nada colaborou para a prática das infrações penais.*

Sopesadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e havendo circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base pouco acima do mínimo legal, isto é, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, esta no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A ordem foi concedida em parte, neste *writ*, para decotar a circunstância judicial consubstanciada na existência de antecedente negativo, visto que este se referia a mero registro de inquérito arquivado.

Entretanto, a análise detida das razões do agravo permitem-me concluir que a sentença merece também outra redução, a saber, o afastamento da culpabilidade como circunstância judicial desfavorável ao réu.

Com efeito, ao qualificar como "intensa" a culpabilidade, restringiu-se o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juiz de piso à menção de que o réu é comerciante, deduzindo que seria pessoa experiente e de razoável escolaridade.

Contudo, tais aspectos são inerentes à culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico do crime. Noutras palavras, o fato de o paciente ter condição de conhecer o caráter ilícito da sua conduta constitui um dos pressupostos para a categorização da conduta como criminosa, e não elemento valorativo da sanção contido no art. 59 do Código Penal.

Confirmam-se os precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. 1. CAPACIDADE PARA ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DA CONDUTA E DE SE AUTO-DETERMINAR CONFORME ESSE ENTENDIMENTO. USO DO PRÓPRIO CONCEITO DE CULPABILIDADE PARA A EXACERBAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 2. ELEMENTO NORMATIVO DO TIPO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. CARACTERIZAÇÃO. 3. USO DE PADRÕES MORAIS PARA AVALIAR A MOTIVAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. 4. ORDEM CONCEDIDA.

1. A capacidade para entender o caráter ilícito da conduta e de se auto-determinar segundo esse entendimento faz parte do próprio conceito de culpabilidade, não podendo, portanto, ser usado para justificar a exacerbação da pena-base acima do mínimo legal.

2. A pena-base não pode ser exasperada utilizando-se de elemento normativo do próprio tipo penal.

3. Inaceitável a utilização de padrões morais, tais como "o não atuar movido por sentimentos de elevada nobreza moral e generosidade" para avaliar a motivação do crime.

4. Ordem concedida para anular a sentença quanto à dosimetria da pena, redimensionando-se a pena do paciente para 3 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão em regime inicial aberto, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis relativas à culpabilidade e à conduta social do paciente.

(HC nº 66.238/GO, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 19/12/2007)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. AUMENTO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

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

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

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

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

5. Ordem concedida para declarar a nulidade parcial da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente e determinar ao Tribunal de origem que proceda ao seu redimensionamento, considerando a pena-base no mínimo legal, analisando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do CP e o regime inicial de cumprimento da pena.

(HC nº 117.424/MG, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 18/5/2009)

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONDUTA SOCIAL E CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO AO GRAU ELEVADO DA CULPA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Muito embora o descumprimento das condições do sursis processual não se refira exatamente à personalidade do agente, encaixa-se no conceito de conduta social, ensejando, do mesmo modo, a exasperação da pena, em igual patamar.

2. **Mostra-se desarrazoada a elevação da pena em razão da culpabilidade do agente, na medida em que não houve indicação de razões válidas e suficientes para justificar a consideração da aludida circunstância como desfavorável ao réu, limitando-se o julgador a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirmar que o grau de culpa é alto, o que não se admite.

3. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se desincumbe da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à essa consideração.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, anular a sentença condenatória, tão-somente, na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada, em primeira instância, sem o aumento relativo à culpabilidade do agente.

(HC nº 90.008/MS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/6/2008)

Assim, passo ao reajustamento da reprimenda: a pena-base é fixada em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Ausentes agravantes ou atenuantes e não havendo causa de aumento ou diminuição de pena, torno-a definitiva no referido patamar.

Impõe-se o reconhecimento da pretensão punitiva retroativa com base na pena em concreto. Isso porque, entre a data do recebimento da denúncia, a saber, 28/2/2005, e a sentença condenatória com trânsito em julgado para o Ministério Público, de 3/2/2010, superou-se o lapso de 4 (quatro) anos – art. 109, V, do CP.

Diante do exposto, dou provimento ao agravo e concedo o **habeas corpus** para reduzir a pena aplicada ao paciente na ação penal aqui tratada para 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, declarando extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0176063-0

AgRg no
HC 186.097 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070174849 20100081245 9055500127

EM MESA

JULGADO: 13/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANO MARTINS DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : AURELIANO MARTINS DA SILVA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : AURELINO MARTINS DA SILVA
ADVOGADO : ADRIANO MARTINS DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

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