



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.579 - RS (2009/0049454-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JAIRO DE OLIVEIRA PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA OU COM BASE EM ELEMENTARES DO TIPO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, ações penais ou inquéritos policiais 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 malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

2. Verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e tendo o juiz singular utilizado-se de elementares do tipo para elevar a sanção, de rigor a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto.

SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CP. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. SUFICIÊNCIA DA MEDIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Considerando a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, bem como a quantidade de pena finalmente irrogada - 2 (dois) anos de reclusão -, e que a substituição da sanção reclusiva mostra-se suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada, há de se proceder a substituição, nos termos do art. 44, incisos I e III, do CP.

2. Ordem concedida a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituindo-se a sanção reclusiva por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da pena reclusiva, a última em local e hora a serem designados pelo Juízo da Execução, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão combatido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de março de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.579 - RS (2009/0049454-0)

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : JAIRO DE OLIVEIRA PEREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de JAIRO DE OLIVEIRA PEREIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, ao julgar a Apelação Criminal n.º 70025579145 lá interposta pela Defesa, negou-lhe provimento, mantendo, na íntegra, a sentença que condenou o paciente ao cumprimento de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei n.º 10.826/03.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Tribunal impetrado não poderia ter mantido a decisão do togado singular que, considerando, equivocadamente, desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deixou de substituir a reprimenda privativa de liberdade imposta ao paciente por restritivas de direitos, especialmente em se considerando que o condenado preencheria todos os requisitos objetivos e subjetivos delineados no art. 44 do CP para a obtenção da permuta pretendida, não podendo o magistrado criar critérios não previstos em lei para a negativa, como alega ter procedido.

Assevera que o Juízo singular teria se utilizado de "*condenação anterior para caracterizar os maus antecedentes, e valeu-se dos maus antecedentes para avaliar negativamente a conduta e a personalidade do réu, fazendo com que, em equivocada análise, a maioria das circunstâncias judiciais fossem valoradas em desfavor do acusado*" (fls. 4).

Requeru, liminarmente, fossem suspensos os efeitos do acórdão impugnado, até o julgamento final do presente remédio constitucional. No mérito, pugna pela cassação definitiva do referido *decisum* ou pela substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida em decisão de fls. 216/217.

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações à autoridade impetrada.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 220/224, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 131.579 - RS (2009/0049454-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, pela prática do delito insculpido no art. 14 da Lei n.º 10.826/03, vez que, no dia 5-6-2005, foi preso em flagrante portando *"um revólver, marca Taurus, calibre 38, [...], municiado com seis cartuchos intactos, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar"* (fls. 10/11).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante a Corte Estadual, tendo sido negado provimento ao recurso, mantida, na íntegra, a sentença condenatória.

Inicialmente, cumpre esclarecer que, no que pertine à alegada ilegalidade na aplicação da pena, *"este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento segundo o qual é viável o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus, quando evidenciado, sem a necessidade de exame de provas, eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, resultando daí flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu"*, sendo inclusive orientação pacificada que *"a existência de recurso próprio ou de ação adequada à análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu"* (HC n.º 77.964/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 21-2-2008).

Vale dizer, a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via *habeas corpus* é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

No caso em análise, verifica-se que a reprimenda do paciente restou definitiva em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão, ou seja, 3 (três) meses acima do mínimo legal, em razão de o juiz singular lhe ter considerado desfavoráveis as circunstâncias judiciais da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade, dos motivos do crime e suas consequências.

Para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, o trecho da sentença condenatória relativo à primeira fase da aplicação da pena:

*"A **culpabilidade**, entendida como a censurabilidade ao agente, consideradas suas condições pessoais, mostra-se em grau elevado, uma vez que a conduta delituosa reflete uma quebra na expectativa de que o agente agiria de acordo com o Direito e com o sentimento ético de comunidade. O acusado, ainda jovem, com 25 anos de idade na época dos fatos, mesmo sem estudo, tinha consciência da ilicitude de sua conduta e era exigível agir diverso. **Antecedentes** maculados (fls. 153/155), contando como sentença penal condenatória que não poderá ser considerada para reincidência (art. 63 do CP). **Conduta social e personalidade** merecem valoração negativa, a teor de seus antecedentes. Os **motivos** invocados para a prática do delito são desfavoráveis ao réu, posto que sequer foi feito registro de ocorrência policial relativo a eventuais ameaças, demonstrando a preferência pelo agir delituoso. As **consequências** são graves, vez que expõe toda a coletividade a perigo, considerando-se, ainda, que se trata de um crime preparatório. A conduta da sociedade em nada favoreceu à prática delituosa." (fl. 172 - Grifos próprios)*

A Corte impetrada, por entender que "as circunstâncias judiciais foram devidamente analisadas", bem como que foram "obedecidos os critérios da razoabilidade e da necessidade", houve por bem negar provimento ao apelo defensivo, mantendo, na íntegra, o édito condenatório (fl. 210).

Nesse ponto, insta destacar que, no que concerne à aplicação da pena-base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade. Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo guiar-se pelos oito fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais considera favoráveis ou desfavoráveis as circunstâncias judiciais, fixando a reprimenda básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado, sob pena de, assim não o fazendo, violar o previsto nos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso em espécie, verifica-se que a reprimenda básica do paciente restou fixada acima do mínimo legal em razão de lhe terem sido consideradas desfavoráveis 6 (seis) das 8 (oito) circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP.

Da leitura da sentença condenatória, constata-se que o Juízo sentenciante considerou presente a culpabilidade, que entendeu ter sido *"em grau elevado"*, uma vez que *"a conduta delituosa reflete uma quebra na expectativa de que o agente agiria de acordo com o Direito e com o sentimento ético de comunidade"*, acrescentando que o paciente, *"mesmo sem estudo, tinha consciência da ilicitude de sua conduta e era exigível agir diverso"* (fl. 172), o que não constitui fundamento idôneo a autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, vez que a culpabilidade aferida pelo magistrado foi aquela em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida -, e não a no sentido lato, como sendo a reprovação social que o crime e o seu autor merecem pela conduta criminosa praticada.

Segundo Celso Delmanto, na análise da circunstância judicial da culpabilidade, *"deve aferir-se o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em vista da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível do agente, na situação em que o fato ocorreu"* (DELMANTO, Celso e outros, Código Penal Comentado, 7ª ed., Renovar: RJ, 2007, p. 186).

Ao prosseguir na análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, o juiz de primeiro grau afirmou que os antecedentes do paciente seriam *"maculados"* e que a conduta e a personalidade também lhe seriam desfavoráveis, eis que ele ostentaria uma sentença penal condenatória em seu desfavor (fl. 172).

Não obstante, verifica-se, da folha de antecedentes penais colacionada aos autos (fls. 161/163), que, quando do cometimento do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, a condenação anterior referida na sentença ainda não havia transitado em julgado quando o paciente cometeu o ilícito em questão, e, como se sabe, ações penais ou inquéritos policiais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado anteriormente à prática do novo delito, não podem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. CONDENAÇÃO NÃO-TRANSITADA EM JULGADO. ÓBICE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. "Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo" (HC 100.848/MS).

(...)

3. Ordem concedida para determinar a remessa dos autos ao Juízo da Execução, o qual deverá aplicar a causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3 (um terço), observado o limite mínimo da pena em 1 ano e 8 meses de reclusão." (HC n.º 134.704/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15-9-2009, DJe 19-10-2009)

Por fim, o juiz sentenciante entendeu que "os motivos invocados para a prática do delito são desfavoráveis ao réu, posto que sequer foi feito registro de ocorrência policial relativo a eventuais ameaças, demonstrando a preferência pelo agir delituoso", e que as consequências do delito seriam graves, "vez que expõe toda a coletividade a perigo" (fl. 172), são argumentos que não justificam a maior apenação no caso, uma vez que o fato de o paciente alegar que havia adquirido "a arma de fogo de terceira pessoa [...] com a finalidade de defender-se, por estar sendo ameaçado", "não sabendo da necessidade de previamente ser autorizado a portá-la" (sentença - fls. 171 verso), não é de molde a autorizar a conclusão pela desfavorabilidade dos motivos que levaram-no a portar o revólver, e a segunda, por seu turno, constitui elemento inerente ao próprio tipo penal, já que se trata de crime de perigo abstrato, cuja conduta, se praticada, põe em risco toda a coletividade.

Veja-se, a propósito, o seguinte precedente da Sexta Turma desta Corte Superior:

"[...]"

1. Caracteriza constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de motivação idônea, não servindo para tal fim circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inerentes ao tipo penal.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser vedada a utilização de processos e inquéritos em andamento para a caracterização de maus antecedentes.

[...]

4. Ordem concedida para reduzir as penas impostas aos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias multa, garantido a Luiz Carlos Hubeda Barbosa o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena." (HC n.º 150.266/MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado, julgado em 19-11-2009, DJe 7-12-2009)

Dessa forma, justamente porque verificado que o decreto condenatório carece de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido reconhecida a inexistência de qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente, merece ser reformado nesse ponto, aplicando-se a sanção-base no mínimo legalmente previsto, qual seja, em 2 (dois) anos de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Considerando a presença da circunstância atenuante da confissão (art. 65, inciso III, alínea "d", do CP), mas tendo em vista que a pena-base já restou fixada no mínimo legal, não há qualquer redução a ser feita na reprimenda do paciente na segunda etapa da dosimetria, aplicando-se, aqui, o enunciado sumular 231 deste STJ, razão pela qual, ante a ausência de quaisquer outras causas modificativas, fica a sanção definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Relativamente à pretendida substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, observa-se que as instâncias ordinárias negaram essa permuta com fundamento no art. 44, inciso III, do CP, eis que as circunstâncias judiciais, em sua maioria, foram consideradas desfavoráveis ao paciente (fls. 172 e 210).

Verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, e considerando a favorabilidade de todas elas, bem como a quantidade de pena finalmente irrogada ao paciente - 2 (dois) anos de reclusão -, vê-se que, *in casu*, a substituição da sanção reclusiva mostra-se suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada, razão pela qual há de se proceder a permuta, nos termos do art. 44, incisos I e III, do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, concede-se a ordem a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos de reclusão e para o pagamento de 10 (dez) dias-multa, substituindo-se a sanção reclusiva por duas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e prestação de serviços à comunidade, ambas por igual período da pena reclusiva, a última em local e hora a serem designados pelo Juízo da Execução, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o aresto combatido.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0049454-0

HC 131579 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15720500006645 20500006645 70025579145

EM MESA

JULGADO: 18/03/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA HERVÉ CHAVES BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : JAIRO DE OLIVEIRA PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante

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 a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de março de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário