



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.510 - RJ (2010/0051283-3)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : MANUEL DE JESUS SOARES E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JORGE LUIZ MONTEIRO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO PELOS DELITOS DOS ARTS. 121, §§ 3º E 4º, E 171 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES RECONHECIDOS, PARA EXASPERAR A PENA-BASE, EM DECORRÊNCIA DE FATOS POSTERIORES AO DA AÇÃO PENAL DE QUE SE CUIDA E SEM NOTÍCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DE QUALQUER CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. ART. 33, § 2º, **C**, E § 3º, DO CÓDIGO PENAL. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c** e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V. A jurisprudência do STJ é firme, no sentido de que as condenações por fatos anteriores àquele apurado na ação penal em julgamento, ainda que com trânsito em julgado posterior, embora não configurem reincidência, justificam a exasperação da pena-base, pela valoração dos maus antecedentes.

VI. **In casu**, não há que se falar em maus antecedentes, seja porque os outros fatos, além do que gerou o presente **writ**, são-lhe **posteriores**, seja porque da folha de antecedentes criminais, utilizada, pelo acórdão condenatório, para configurar maus antecedentes – única circunstância judicial que exasperou a pena-base –, não há notícia de trânsito em julgado de qualquer condenação do paciente.

VII. A negativa de substituição das penas privativas de liberdade do paciente, nos dois delitos, pelo acórdão condenatório, deu-se apenas em face dos supostos maus antecedentes do paciente. Afastados os maus antecedentes, impõe-se a aludida substituição, por preencher o paciente os requisitos do art. 44 do Código Penal.

VIII. Consequente alteração do regime inicial de cumprimento das penas privativas de liberdade do paciente para o aberto, por ser ele primário, com penas-base fixadas, no presente acórdão, no mínimo legal, por favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

IX. **Habeas corpus** não conhecido.

X. Concessão da ordem, de ofício.

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, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Sustentou oralmente o Dr. MANUEL DE JESUS SOARES, pela parte
PACIENTE: JORGE LUIZ MONTEIRO

Brasília (DF), 13 de agosto de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.510 - RJ (2010/0051283-3)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de JORGE LUIZ MONTEIRO, apontando, como autoridade coatora, a Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu provimento ao recurso do Ministério Público, para condenar o paciente (Apelação Criminal 2008.050.07139).

Depreende-se dos autos que o paciente foi absolvido, em 1º Grau, da prática dos delitos tipificados nos arts. 121, §§ 3º e 4º, 171 e 305, todos do Código Penal, com fundamento no art. 386, V e VII, do CPP (fls. 21/39e).

Interposto recurso de Apelação, pela acusação, perante o Tribunal de origem, foi-lhe dado provimento, condenado o paciente como incurso nas sanções dos arts. 121, §§ 3º e 4º, e 171, ambos do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime semiaberto, e 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 50 (cinquenta) dias-multa, respectivamente, sendo-lhe negada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, em acórdão assim ementado:

"EMENTA - HOMICÍDIO CULPOSO AGRAVADO, ESTELIONATO E SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 121, §§ 3.º E 4.º, ART. 171 E ART. 305, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA FUNDADA NA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PRETENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO À CONDENAÇÃO DO RÉU PELOS CRIMES DE HOMICÍDIO E ESTELIONATO. ACOLHIMENTO. EVIDÊNCIAS DO ATUAR DO ACUSADO COM NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA E IMPRUDÊNCIA, ALÉM DA OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA, MEDIANTE ARTIFÍCIO. INDICAÇÃO DE ATO CIRÚRGICO DE ALTO RISCO, CIRURGIA BARIÁTRICA, SEM NECESSIDADE, VEZ QUE PACIENTE ATÍPICO, ALÉM DA CONSTATAÇÃO DA PRESENÇA DA BACTÉRIA *H. PILORI*, CONFIGURA, VERDADEIRAMENTE, NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA E IMPRUDÊNCIA. RÉU SEM CAPACITAÇÃO TÉCNICA PARA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS BARIÁTRICAS. ATO CIRÚRGICO PRATICADO EM 27/01/2001 COM CAPACITAÇÃO APENAS EM 2003. QUADRO CLÍNICO INDICATIVO DE PERFURAÇÃO GÁSTRICA DECORRENTE DE EROSÃO DO ANEL REDUTOR, CONFUNDIDO COM GASES, REVELA INQUESTIONÁVEL IMPERÍCIA. RÉU JÁ ENVOLVIDO EM DIVERSAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OUTRAS OCORRÊNCIAS SIMILARES, COM SEQUELAS E LIMITAÇÕES EM PACIENTES QUE REALIZARAM CIRURGIA BARIÁTRICA. APELADO QUE INSERE DADO FALSO EM FICHA DE ANESTESIA PARA JUSTIFICAR A NECESSIDADE DA MESMA PERANTE O PLANO DE SAÚDE PRÁTICA O CRIME DE ESTELIONATO, POIS EVIDENTE O OBJETIVO FINANCEIRO. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL PARA CONDENAR O RÉU COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 121, §§ 3.º E 4.º, E ART. 171, AMBOS DO CÓDIGO PENAL" (fls. 41/42e).

Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados (fls. 51/55e).

Transitado o acórdão em julgado, impetrou-se o presente **writ**, em 05/04/2010, que se insurge quanto à majoração da pena-base imposta ao paciente e à negativa de substituição da privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, alegando-se que a caracterização de maus antecedentes somente é possível em face de processos relativos a crimes praticados em data anterior ao do processo da condenação, pois "é preciso que o agente, ANTES DA CONDUTA MOTIVADORA DA CONDENAÇÃO, tenha demonstrado procedimento ilícito ou, então por conduta também anterior, tenha sido condenado por sentença transitado em julgado" (fl. 5e).

Sustentam os impetrantes que "o entendimento manso e pacífico da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que só existir a circunstância judicial dos maus antecedentes quando o agente por ocasião da prática delituosa já registra fatos atentatórios à sua convivência em sociedade" (fl. 6e).

Esclarecem que os crimes de homicídio culposo e estelionato, pelos quais condenado o paciente, na Ação Penal que originou o presente **writ**, foram praticados em 03/11/2001, quando não registrava o paciente qualquer antecedente penal, e o crime de homicídio, mencionado como antecedente negativo, pelo acórdão, foi praticado em 24/07/2003, quase dois anos após. Afirmam que os alegados maus antecedentes, considerados pelo acórdão condenatório, serviram para exacerbar a pena-base, para negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e para a imposição de regime inicial semiaberto, sendo eles a única circunstância judicial negativa, considerada pelo acórdão condenatório.

Nesse contexto, requerem, liminarmente, a sustação dos efeitos do acórdão impugnado, notadamente a expedição de mandado de prisão, e, no mérito, a anulação do acórdão condenatório, ou, noutra hipótese, que sejam estabelecidas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas no seu mínimo legal, substituindo-as por pena restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido e dispensadas as informações, pelo Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE) (fls. 91/92e).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, FRANCISCO DIAS TEIXEIRA, opinou pela denegação da ordem (fls. 97/102e).

Apresentados pedidos de reconsideração do indeferimento da liminar, foram eles indeferidos pelo Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), em 23/02/2011 e 01/03/2011 (fls. 108e e 114e).

Em 14/05/2012 os autos foram redistribuídos à Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), e, em 24/08/2012, a mim atribuídos.

Em 27/05/2013, com vistas ao julgamento do feito e tendo em vista o tempo decorrido desde a impetração, solicitei informações atualizadas ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e ao Juízo de 1º Grau, prestadas em 27/06/2013 e 05/06/2013, respectivamente, voltando-me os autos conclusos em 03/07/2013.

Informaram os impetrantes, em 19/06/2013 – enquanto os autos aguardavam a prestação das informações –, que o paciente fora preso, na mesma data, requerendo a concessão de liminar (fls. 227/228e).

Juntado aos autos, em 30/07/2013, ofício do Ministro CELSO DE MELLO, de 10/07/2013, solicitando informações sobre o presente **writ**, em face do HC 118.597/RJ, impetrado, no Supremo Tribunal Federal, em favor do paciente (fls. 280/294e).

Os autos vieram-me conclusos em 01/07/2013, sendo informado, à Suprema Corte, que o presente **writ**, será julgado em 13/08/2013 (fls. 301/302e).

Em face do pedido de fl. 9e, o advogado do impetrante foi intimado de que o presente processo seria julgado na sessão da 6ª Turma do STJ de 13/08/2013 (fl. 299e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 166.510 - RJ (2010/0051283-3)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relator): Trata-se de **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, impetrado contra acórdão que, em 2º Grau, deu provimento à Apelação ministerial, para condenar o paciente, pelos delitos dos arts. 121, §§ 3º e 4º, e 171, ambos do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime semiaberto, e 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 50 (cinquenta) dias-multa, respectivamente, sendo-lhe negada a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus** substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, não obstante o presente **Habeas corpus** seja substitutivo de Recurso Especial, verifico flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento do pedido, ainda que examinando a matéria, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Extraí-se dos autos que o acórdão condenatório fixou as penas-base, de ambos os delitos, acima do mínimo legal e negou a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, impondo, ao paciente, o regime inicial semiaberto, apenas pela existência de maus antecedentes, **in verbis**:

"Fixo as penas do réu.

Para o crime de homicídio culposo, em observância ao art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base do réu em 01 ano e 08 meses de detenção, **vez que o mesmo possui maus antecedentes (fls. 435/440)**, que aumento de 1/3, em decorrência da majorante prevista no § 4º do art. 121, o que resulta na pena intermediária de 02 anos, 02 meses e 20 dias de detenção, que torno definitiva à míngua de outras circunstâncias que a modifiquem.

A pena deverá ser cumprida em regime semiaberto, na forma do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritivas de direitos, pois a mesma não se mostra suficiente, ante os antecedentes ostentados pelo réu (art. 44, III, do Código Penal).

Para o crime de estelionato, em observância ao art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base do réu em 01 ano e 08 meses de reclusão, **vez que o mesmo possui maus antecedentes (fls. 435/440)**, que torno definitiva à míngua de outras circunstâncias que a modifiquem, além de 50 dias-multa, fixadas no valor mínimo legal.

A pena deverá ser cumprida em regime semiaberto, na forma do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritivas de direitos, pois a mesma não se mostra suficiente, ante os antecedentes ostentados pelo réu (art. 44, III, do Código Penal)" (fls. 47/49e).

Registrou o acórdão, ainda, que o "réu esteve envolvido em diversas outras ocorrências similares, algumas com resultado morte, já tendo sido condenado por um crime de homicídio (fls. 1009/1.013), outras com sequelas e limitações em decorrência de cirurgias bariátricas (fls. 462/464, 465/466, 467/468, 469/470, 446/448), além de estar sendo investigado em diversos inquéritos policiais e estar respondendo a ações cíveis e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma ação civil pública (fl. 448)" (fls. 46/47e).

Para a imposição de pena-base acima do mínimo legal, faz-se necessária uma análise fundamentada das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal, com base em elementos concretos, sendo que, no caso, foram apontados maus antecedentes do paciente, pelo acórdão condenatório. A propósito:

"A exigência de motivação na individualização da pena, princípio que se revela numa garantia constitucional do condenado (arts. 5º, XLVI e 93, IX, ambos da CF/88), não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la; a fundamentação há de explicitar a sua base empírica e essa, de sua vez, há de guardar relação de pertinência adequada com a da exasperação da sanção penal, que visou justificar.

Por sua vez, tecnicamente, sabemos ser correta e necessária a apreciação individual de cada uma das circunstâncias judiciais, as quais podem restar valoradas ou não, de acordo com a situação concreta a se evidenciada.

Não restam dúvidas de que as circunstâncias judiciais devem ser sopesadas com base em fatos concretos contidos nos autos da ação penal, sendo necessária a fundamentação de todas elas, em atenção ao princípio da individualização das penas e da necessidade de motivação das decisões judiciais, sendo defeso ao Magistrado apenas apontá-las como desfavoráveis ao condenado" (SCHMITT, Ricardo Augusto, SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, 6ª edição, Ed. Podivm, Salvador, p. 102).

Os fatos que ensejaram a Ação Penal de que trata o presente **writ**, ocorreram no período de 27/10/2001 a 03/11/2001, conforme se vê a fls. 21/22e.

O acórdão condenatório, a fls. 46/47e, faz referência a ocorrências ditas similares, fazendo remissão aos documentos de fls. 1.009/1.013, correspondentes ao de fls. 57/61e dos autos digitais e que se referem a acórdão proferido em outra Ação Penal, na qual o paciente foi condenado pelo delito do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, por fato ocorrido **em período de 18 a 24/07/2003**, perante a 5ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro; ao documento de fls. 462/464, correspondente ao de fls. 62/64e dos presentes autos digitais e que se refere a depoimento na Ação Penal 2005.001.123647-2, que originou o presente **Habeas corpus**, cujos fatos ocorreram **de 27/10/2001 a 03/11/2001**; ao documento de fls. 465/466, correspondente ao de fls. 65/66e dos autos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

digitais e que se refere a depoimento tomado na mesma Ação Penal anteriormente citada, que originou o presente **writ**, mencionando a testemunha outro fato, **ocorrido em 2002**, que gerou o ajuizamento de ação cível contra o paciente; ao documento de fls. 467/468, correspondente ao de fls. 67/68e e que se refere a depoimento tomado na mesma Ação Penal 2005.001.123647-2, que originou o presente **Habeas corpus**, no qual a testemunha faz referência a outro fato, **ocorrido em 2004**; ao documento de fls. 469/470, correspondente ao de fls. 69/70e e que diz respeito a depoimento na mesma Ação Penal 2005.001.123647-2, que gerou o presente **writ**, no qual a testemunha menciona outro fato, **ocorrido em 09/08/2004**, que resultou em ações penal e cível contra o paciente; ao documento de fls. 446/448, correspondente ao de fls. 71/73e dos presente autos e que se refere a depoimento tomado na mencionada Ação Penal 2005.001.123647-2, referente ao presente **writ**, no qual a testemunha refere-se a outro fato, **ocorrido em 11/03/2004**, mencionando que da cirurgia, realizada pelo paciente, resultaram sequelas, como vômitos, diarreias e dificuldade para andar.

Vê-se, assim, que **todos** os outros fatos, mencionadas pelo acórdão condenatório, são posteriores aos fatos objeto da Ação Penal de que trata o presente **writ**, ocorridos **de 27/10/2001 a 03/11/2001** (fls. 21/22e).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme, no sentido de que as condenações por fatos anteriores àquele apurado na ação penal em julgamento, ainda que com trânsito em julgado posterior, embora não configurem reincidência, justificam a exasperação da pena-base, pela valoração dos maus antecedentes:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.

2. Na hipótese, embora a reprimenda não alcance 8 (oito) anos de reclusão, tendo sido fixada em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

início da expiação, principalmente à vista das circunstâncias tidas como desfavoráveis.

3. Ordem denegada" (STJ, HC 87.487/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 13/08/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. **MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE.** AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal sob debate, ainda que com trânsito em julgado posterior, justificam o aumento da pena-base pela valoração de maus antecedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 35.077/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 02/04/2013).

Por outro lado, o acórdão condenatório, na dosimetria penal, refere-se aos maus antecedentes do paciente – única circunstância judicial negativa, utilizada para majorar a pena-base –, referindo-se ao documento de fls. 435/440, correspondente ao de fls. 74/79e dos presentes autos digitais e que diz respeito à folha de antecedentes criminais do paciente, que registra apenas a Ação Penal que resultou no presente **writ** – Ação Penal de nº 2005.001.123647-2, que aplicou condenação ao paciente, pelos delitos dos arts. 121, §§ 3º e 4º, e 171 do Código Penal, por fatos ocorridos em 2001, pela 31ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro –, a Ação Penal 2005.001.042824-9 – da qual resultou condenação do paciente pelo crime do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, por fatos ocorridos em 2003, pela 5ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro – e ao processo 800.108121-0/2002, relativo ao delito do art. 147 do Código Penal, com início da investigação em 18/06/2002 e trâmite pelo IX Juizado Especial Criminal da Comarca do Rio de Janeiro. Consta expressamente, da folha de antecedentes criminais do paciente de fls. 74/79e – à qual se refere o acórdão condenatório, para justificar a majoração da pena-base, a título de maus antecedentes (fls. 47/48e dos presentes autos digitais, correspondentes às fls. 435/440 do processo físico) –, que não há registro de trânsito em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado de eventual condenação (fls. 76e e 79e).

Assim sendo, não há que se falar em maus antecedentes, seja porque os outros fatos, além do que gerou o presente **writ**, são-lhe **posteriores**, seja porque da folha de antecedentes criminais, utilizada, pelo acórdão condenatório, para configurar maus antecedentes – única circunstância judicial que exasperou a pena-base –, não há notícia de trânsito em julgado de qualquer condenação do paciente.

Verifica-se, assim, que, na dosimetria da pena, foram utilizados registros, constantes da folha de antecedentes criminais relativos ao paciente (fls. 74/79e), sem notícia de condenação transitada em julgado, para a exasperação da sua pena-base, a título de maus antecedentes, o que constitui flagrante afronta à Súmula 444 do STJ, que estabelece que "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base", devendo, pois, ser excluída tal circunstância, para exasperação da pena-base.

Aliás, o Ministério Público Federal expressou entendimento contrário à Súmula 444 do STJ sobre o assunto, assim se posicionando:

"5. Inicialmente, cumpre registrar que não se ignora a jurisprudência que prestigia a tese sustentada pelo impetrante no sentido de que inquéritos e processos em curso não podem ser considerados maus antecedentes. Porém, no alvite deste membro do Ministério Público Federal, há que prevalecer a orientação jurisprudencial em sentido contrário.

Com efeito, a circunstância judicial denominada *antecedentes*, previstas no art. 59 do Código Penal, à semelhança de diversas outras previstas (v.g. *culpabilidade, conduta social, personalidade*), não tem contorno legal definido, e, portanto, não se constitui em *tipo*. Assim, os *antecedentes* do réu, sua conduta social, sua personalidade, etc., hão de ser analisados pelo juiz dentro de um contexto amplo, sem balizas previamente estabelecidas (diferentemente da *reincidência*, v.g., cujos contorno são definidos por lei - art. 63), dentro de critérios de razoabilidade jurídica e de *Justiça*. De resto, é que ocorre com a fixação da pena dentro dos limites mínimo e máximo legalmente previstos.

6. No caso em análise, restou assentado no acórdão que o réu apresenta uma extensa folha de antecedentes penais. Embora o fato delituoso que deu ensejo ao inquérito policial nº 2141/03 tenha ocorrido durante o período de 18 a 24 de julho de 2003, portanto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

após a prática dos crimes objeto do presente habeas corpus, o acórdão faz referência a outros antecedentes (e-STJ fls. 47/48), e o impetrante não demonstra que todos eles se referem a fatos posteriores àquele objeto da condenação ora em foco.

Portanto, remanesce o fundamento do acórdão para elevar a pena-base acima do mínimo legal" (fls. 100/101e).

De fato, a jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula 444/STJ, tem entendido que "inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade" (STJ, HC 206.442/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 02/04/2013).

Nesse sentido, confirmam-se, entre outros, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º DA LEI N. 8.137/90. FIXAÇÃO DA PENA-BASE E ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL CONSIDERANDO A EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS E DE INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A existência de inquéritos policiais ou ações penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (Súmula 444 deste STJ), e tampouco servir como parâmetro para a fixação de regime prisional mais gravoso do que autorizado pela lei. Precedentes desta Corte Superior.

2. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 171.934/PE, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (Desembargador Convocado do TJ/PR), QUINTA TURMA, DJe de 05/04/2013).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ART. 77 DO CP. INQUÉRITOS, PROCESSOS EM CURSO E TRANSAÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE AO DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. SÚMULA 444/STJ.

1. A existência de inquéritos, ações penais em curso ou processo em que foi aceita a proposta de transação penal, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

si só, não autoriza o indeferimento da suspensão condicional da pena.

2. Inquéritos e ações penais em curso não se prestam para caracterizar maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada. Precedentes.

3. Os requisitos subjetivos, previstos no art. 77, II, do Código Penal, exigidos para a concessão do sursis, 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. Precedente.

4. O feito em que há aceitação de proposta de transação penal não pode constar de certidão de antecedentes criminais, em função do que dispõe o art. 76, § 6º, da Lei n. 9.099/1995.

5. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.262.591/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 18/03/2013).

Assim, a utilização de registros criminais, sem notícia de condenação com trânsito em julgado, para exasperar a pena-base, pela valoração negativa de qualquer circunstância judicial – tais como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, tal como ocorreu, na primeira hipótese –, constitui afronta à Súmula 444 do STJ.

Desta forma, deve ser excluída, para majorar a pena-base, a circunstância judicial desfavorável, relativa a maus antecedentes, reconhecida em razão da existência de registros criminais, por fatos posteriores ao que ensejou o presente **writ** e sem notícia de condenação com trânsito em julgado, em desfavor do paciente.

Quanto à substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, foi ela negada, pelo acórdão impugnado – tanto para o homicídio culposo, como para o estelionato –, por se considerar que tal substituição não se mostraria suficiente, tão somente pelo fato de o paciente ostentar antecedentes, invocando-se o art. 44, III, do Código Penal, **in verbis**:

"Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritivas de direitos, pois **a mesma não se mostra suficiente, ante os antecedentes ostentados pelo réu (art. 44, III, do Código Penal)**" (fls. 48/49e).

Por oportuno, trago à colação os critérios estabelecidos pelo art. 44 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)"

Os requisitos objetivos para a substituição de pena estão previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, enquanto que os requisitos subjetivos encontram previsão nos incisos II e III, do mesmo dispositivo legal.

Assim, entende-se que "na hipótese de crime doloso, somente será possível a análise da possibilidade de substituição quando a pena não ultrapassar o patamar de 4 (quatro) anos de condenação, pois caso este *quantum* seja superado, por raciocínio lógico, o condenado não fará *jus* ao benefício, frente ao não preenchimento do requisito temporal objetivo (...) Devemos ressaltar, porém, que na hipótese de crime culposos, não existe limite para a quantidade de pena aplicável, sendo possível a substituição desde que preenchidos os requisitos subjetivos" (SCHMITT, Ricardo Augusto, SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, 6ª edição, ed. Podivm, Salvador, p. 377).

Conforme se observa, **todos os delitos culposos podem receber o benefício da substituição, qualquer que seja a quantidade da pena imposta**, desde que primário o réu e as circunstâncias judiciais sejam-lhe favoráveis. Consoante anota Cezar Roberto Bitencourt, "a conduta culposa, hoje bem mais frequente, objeto de *menor reprovabilidade*, normalmente decorre da ausência dos cuidados devidos (objetivos) na realização de um comportamento normalmente lícito. Os autores desses comportamentos *descuidados* que, às vezes, causam um resultado típico, de regra, não necessitam ser *ressocializados*, e a imposição de uma *pena privativa de liberdade*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revela-se absolutamente desnecessária, sem qualquer sentido preventivo especial. Nesse aspecto, merece aplausos a previsão para os *crimes culposos*, sem impor *limite quantitativo* da pena privativa, **pois sua substituição será apenas uma possibilidade condicionada a todas as circunstâncias sintetizadas nos requisitos ora examinados**. Onde as circunstâncias gerais que cercarem o fato e o agente não recomendarem a substituição, esta não deverá ocorrer" (in Tratado de Direito Penal - Parte Geral, Saraiva, 17ª edição, p. 249).

A propósito:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO. APLICAÇÃO DE MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CP.

1. O recorrente atende aos requisitos exigidos para a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direito, a saber, é primário, condenado por crime culposos, e as circunstâncias judiciais são todas favoráveis.

2. A substituição de pena constitui direito subjetivo do réu, não ficando ao alvedrio do magistrado o seu deferimento se presentes os pressupostos legais.

3. Recurso a que se dá provimento para substituir a pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção por duas medidas restritivas de direito, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções" (STJ, RHC 30.680/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 19/09/2011).

"HABEAS CORPUS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. CONDENAÇÃO A TRÊS ANOS E NOVE MESES DE DETENÇÃO. RÉU PRIMÁRIO E SEM MAUS ANTECEDENTES. CONDIÇÕES JUDICIAIS RECONHECIDAMENTE FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ERRO DE CÁLCULO NA FIXAÇÃO DA PENA.

1. O réu, reconhecidamente primário, sem maus antecedentes, apenado com três anos e nove meses de reclusão por crime de homicídio culposos, decorrente de acidente de trânsito, faz jus à substituição da pena corporal.

2. Ressalte-se ter havido na espécie evidente erro de cálculo na fixação da pena aplicada ao ora Paciente, uma vez que o aumento de metade da pena-base (fixada em dois anos e seis meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

detenção), em virtude do concurso formal, totalizaria três anos e nove meses de detenção e não cinco anos, conforme grafado equivocadamente na sentença e que, aliás, restou mantido pelo Tribunal, em sede de apelação.

3. Ordem concedida para determinar que o Tribunal a quo, reconhecendo a existência de erro de cálculo na fixação da pena do ora Paciente, substitua a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em face do atendimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44, do Código Penal" (STJ, HC 28.345/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJU de 29/11/2004).

Nesse contexto, excluída, da dosimetria da pena, a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, mostra-se inadmissível a negativa do benefício, já que o paciente, primário, teve as penas privativas de liberdade, pelos dois delitos, fixadas, no acórdão condenatório, em um total inferior a 04 (quatro) anos – 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção e 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão –, e todas as circunstâncias judiciais, previstas no art. 44, III, do Código Penal, são-lhe favoráveis, sendo-lhe fixada, no presente voto, penas-base no mínimo legal, refazendo-se a dosimetria.

Altero, em consequência, o regime inicial de cumprimento das penas para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial. Concedo, porém, **habeas corpus**, de ofício, com fulcro no art. 654, § 2º, do CPP, para o fim de, na determinação da pena-base, afastar a avaliação negativa da circunstância judicial referente aos maus antecedentes, fixando a pena-base, quanto ao crime de homicídio culposo, em 01 (um) ano de detenção, e, em decorrência da majorante do § 4º do art. 121 do Código Penal, aumentá-la em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 01 (um) ano e 04 (quatro meses) de detenção, a ser cumprida no regime inicial aberto; quanto ao crime de estelionato, fixo a pena-base em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal, pena-base que torno definitiva, à míngua de atenuantes e agravantes, causas de diminuição ou aumento de pena, a ser cumprida no regime inicial aberto, deferindo, ainda, para ambos os delitos, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, a serem determinadas pelo Juízo das Execuções.

Encaminhe-se cópia do presente acórdão ao Relator, no Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, do HC 118.597/RJ, lá impetrado, em favor do paciente (fls. 280/294e).

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0051283-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 166510 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050011236472 200805007139 4328

EM MESA

JULGADO: 13/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MANUEL DE JESUS SOARES E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JORGE LUIZ MONTEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). MANUEL DE JESUS SOARES, pela parte PACIENTE: JORGE LUIZ MONTEIRO

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.