



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 530.738 - RS (2019/0260401-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FRANCISCO JOSE BORSATTO PINHEIRO
ADVOGADO : FRANCISCO JOSÉ BORSATTO PINHEIRO - RS088735
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO DE CONDENAÇÕES PENAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. PRÁTICA DELITIVA NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO. BIS IN IDEM EVIDENCIADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.
3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base. Precedentes.
4. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes, devendo, portanto, ser afastado o incremento da básica pela valoração negativa da personalidade.
5. Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. *In concreto*, restou valorado o fato do réu ter se valido da atividade profissional de advogado para auferir vantagens patrimoniais ilícitas. Porém, a prática do crime no exercício de profissão já ensejou a elevação da reprimenda em 1/3 na terceira fase da dosagem da pena, com fundamento no art. 168, § 1º, III, do CP, restando, portanto, configurado indevido *bis in idem*.
6. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, a ofendida ressaltou que, em virtude do não pagamento das parcelas, fora expedido mandado de busca e apreensão, situação inesperada e constrangedora, tudo a confirmar a valoração negativa do vetor, restando, portanto, justificado o incremento da reprimenda-base pelas consequências do delito.

7. Deve ser mantida a valoração negativa dos antecedentes e das consequências do crime na fixação da pena-base, impondo-se, porém, o decote do incremento pela personalidade do agente e pela sua conduta social.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar o incremento da reprimenda-base pela personalidade e pela conduta social na primeira fase da dosimetria, determinando ao Juízo das Execuções que proceda à nova individualização da pena.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 08 de outubro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 530.738 - RS (2019/0260401-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FRANCISCO JOSE BORSATTO PINHEIRO
ADVOGADO : FRANCISCO JOSÉ BORSATTO PINHEIRO - RS088735
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARCELO RODRIGUES LOPES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 168, § 1º, III, do Código Penal (e-STJ, fls. 16-19).

Irresignadas, ambas as partes apelaram ao Colegiado de origem, que negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de exasperar a reprimenda a 2 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA EM RAZÃO DA PROFISSÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

O acervo probatório demonstra a materialidade e a autoria do crime de apropriação indébita majorada descrito na denúncia, revelando que o acusado, no exercício da profissão de advogado, apropriou-se de somas em dinheiro que lhe haviam sido confiadas por sua cliente para pagamento das parcelas relativas à ação revisional de contrato por ela movida.

Confirmação do édito condenatório.

DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. APONTE DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE.

A moduladora da personalidade representa a síntese das qualidades morais e sociais do réu, devendo-se verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social e, ainda, a presença ou não de eventuais desvios de caráter, tudo no sentido de identificar se a prática criminosa constituiu episódio aleatório ou renitência antissocial na vida do acusado.

A certidão de antecedentes aponta a existência de condenações anteriores e posteriores, além do envolvimento em outros delitos, o que denota personalidade voltada à criminalidade.

Quanto à conduta social, sua análise passa por aspectos do ambiente familiar, do trabalho, da vizinhança do agente criminoso, com base em dados desabonatórios concretos existentes nos autos.

Elementos concretos de que o acusado se utiliza de sua profissão para se apropriar de valores indevidamente.

Quanto às consequências do delito, justificada o registro desfavorável em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fatos concretos.

REDIMENSIONAMENTO.

Em virtude do registro negativo aplicado às moduladoras da personalidade, da conduta social e das consequências do crime, redimensionada a corporal para 02 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão, mantidas as demais disposições sentenciasais.

MULTAS. CRITÉRIO BIFÁSICO.

A fixação da pecuniária cumulativa observará duas fases distintas. Na primeira, arbitra-se o montante de dias-multa, nos moldes aplicados à pena-base, observados os quantitativos delimitados no artigo 49 do Código Penal – mínimo de 10 (dez) e máximo de 360 (trezentos e sessenta). Na segunda etapa, dosa-se o valor de cada dia-multa, atividade balizada pela situação econômica do réu, conforme dispõe norma expressa contida no artigo 60 do referido Estatuto.

Pena pecuniária mantida nos termos estabelecidos na sentença.

APELAÇÃO DEFENSIVA DESPROVIDA. RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO" (e-STJ, fls. 20-21).

Neste *mandamus*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) "a M.M Magistrada exaspera a pena-base do paciente com motivos variados, mas, infelizmente, todos inidôneos a operar o aumento de 3 (três) meses em razão dos antecedentes, e o que foi corroborado pelos Desembargadores prolatores do acórdão de apelação"; b) "a maior gravidade do apenamento, no entanto, reside no aumento implementado pela Câmara Criminal, que em alguns momentos são claras ocorrências de *bis in idem*, pois adotam com causa de aumento circunstâncias legalmente previstas e já adotadas pela sentenciante de primeiro grau na terceira fase da pena, ou ainda viola enunciado sumular desta corte"; c) "ao iniciar a análise das circunstâncias judiciais a magistrada identificou na certidão de antecedentes do paciente condenação não apta a ensejar o reconhecimento da reincidência mas sim dos maus antecedentes"; d) "a ausência de fundamentação é evidenciada pelo próprio fato de ser necessário um exercício sobre todas as condenações constantes na certidão do acusado, compondo assim obstaculização ao exercício de defesa, que evidentemente não pode ser igualmente genérica à sentença"; e) "julgamento de personalidade que um magistrado pode proferir, quando se exige dele que o faça, não passa de senso comum ou da sua análise privada das pessoas, elementos que não podem ser admissíveis para agravar o cerceamento de liberdade de alguém de forma juridicamente segura. Ou ainda pior, é uma manifestação expressa do direito penal do autor, onde permite-se que uma pessoa seja julgada a pior por supor-se como ela é, e não pelo que ela efetivamente fez"; f) "colegiado afirma que a negatização da personalidade é evidente em razão de "outros vários processos de apropriação indébita com denúncia recebida". Isto é: PROCESSOS EM CURSO – ao menos em curso à época - ESTÃO SENDO UTILIZADOS PARA IMPLIMENTAR AUMENTO À PENA BASE em clara violação do enunciado 444 desta Corte Superior"; g) "pera em manifesta ilegalidade o tribunal, por quanto está punindo o paciente duas vezes pelas exatas mesmas circunstâncias pois reconheceu a causa de aumento de pena ao recalculá-la"; h) "o caso concreto as consequências materiais se alastram pelo âmbito da atuação profissional do paciente, situação que está prevista na causa de aumento específica e que foi reconhecida na sentença e no acórdão. Isto é, as consequências da apropriação indébita em razão de seu ofício já estão adequadamente penalizadas pela pena prevista e aumentada pela próprio artigo que a comina, não havendo portanto que se falar em mais um aumento de pena em razão disto" (e-STJ, fls. 3-15).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja afastado o aumento da pena-base pelas vetoriais "antecedentes", "personalidade", "conduta social" e "consequências do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime".

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fl. 48), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem, a fim de que seja decotado o acréscimo relativo à valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade (e-STJ, fls. 50-53).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 530.738 - RS (2019/0260401-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FRANCISCO JOSE BORSATTO PINHEIRO
ADVOGADO : FRANCISCO JOSÉ BORSATTO PINHEIRO - RS088735
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO DE CONDENAÇÕES PENAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. PRÁTICA DELITIVA NO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO. BIS IN IDEM EVIDENCIADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base. Precedentes.

4. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes, devendo, portanto, ser afastado o incremento da básica pela valoração negativa da personalidade.

5. Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. *In concreto*, restou valorado o fato do réu ter se valido da atividade profissional de advogado para auferir vantagens patrimoniais ilícitas. Porém, a prática do crime no exercício de profissão já ensejou a elevação da reprimenda em 1/3 na terceira fase da dosagem da pena, com fundamento no art. 168, § 1º, III, do CP, restando, portanto, configurado indevido *bis in idem*.

6. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, a ofendida ressaltou que, em virtude do não pagamento das parcelas, fora expedido mandado de busca e apreensão, situação inesperada e constrangedora, tudo a confirmar a valoração negativa do vetor, restando, portanto, justificado o incremento da reprimenda-base pelas consequências do delito.

7. Deve ser mantida a valoração negativa dos antecedentes e das consequências do crime na fixação da pena-base, impondo-se, porém, o decote do incremento pela personalidade do agente e pela sua conduta social.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para afastar o incremento da reprimenda-base pela personalidade e pela conduta social na primeira fase da dosimetria, determinando ao Juízo das Execuções que proceda à nova individualização da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

O Magistrado processante, ao proceder à dosagem da pena imposta ao ora paciente, asseverou:

"Artigo 168, §1, inciso III do Código Penal:

Pena-base: A culpabilidade do réu é indubitosa, uma vez que possuía plena consciência da censurabilidade de sua conduta. Registra antecedentes que, a par de não configurarem reincidência, servem para valorar a pena-base já que condenação com trânsito em julgado (fls.77/87). Sua conduta social não foi desabonada. Não há elementos para aferir sua personalidade. O motivo do crime foi próprio do tipo. As circunstâncias e as consequências serão valoradas por ocasião do exame da majorante, com o que se evita bis in idem. No fato em exame não há que se falar em comportamento da vítima.

Assim, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixo a pena base em um ano e três meses de reclusão.

Pena provisória: Diante da ausência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, resta a pena provisória em um ano e três meses de reclusão.

Pena definitiva: Diante da majorante fixa prevista no §1º, inciso III, aumento a pena em 1/3, ou seja, cinco meses, restando a pena definitiva em um ano e oito meses de reclusão.

Substituição da pena: Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por PRD em face dos antecedentes do réu, os quais denotam que a medida não é socialmente recomendada" (e-STJ, fl. 18).

O Colegiado de origem, a seu turno, deu parcial provimento ao apelo ministerial, exasperando a reprimenda pelos seguintes fundamentos:

"Quanto ao primeiro vetor, já restou negativado pelo julgador singular.

Em relação à personalidade, esta moduladora representa a síntese das qualidades morais e sociais do réu, devendo-se verificar sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social e, ainda, a presença ou não de eventuais desvios de caráter, tudo no sentido de identificar se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prática criminosa constituiu episódio aleatório ou renitência antissocial na vida do acusado.

O caso em exame revela que se trata de pessoa com personalidade voltada para a prática delitiva, principalmente pela reiteração em atividades ilícitas, sendo que as condenações por fatos posteriores e os envolvimento em outros vários processos de apropriação indébita com denúncia recebida ilustram perfeitamente a possibilidade de aponte desfavorável.

No que concerne à conduta social, sua análise passa por aspectos do ambiente familiar, do trabalho, da vizinhança do agente criminoso, com base em dados desabonatórios concretos existentes nos autos.

Sobre a inclusão de tal elemento no cálculo da pena, Paulo José da Costa Junior ressalta que o mesmo “ foi destacado dos ‘antecedentes’ do Código Penal, antes da reforma. Na sistemática anterior, ao analisar o magistrado os antecedentes do agente, levava igualmente em consideração sua conduta social. Vale dizer, eram considerados os antecedentes criminais do agente e sua conduta social precedente ” 6 .

Na hipótese, resta demonstrado que se utilizava da atividade profissional para auferir vantagens patrimoniais ilícitas, violando a confiança que o outorgante espera de um profissional, o que permite tizar a moduladora.

Já as consequências do crime são aquelas que se projetam para além do fato típico, porque, se assim não fosse, poderiam acarretar a quebra da regra do ne bis in idem, principalmente naqueles casos em que aparecem compondo a figura penal.

Ao prestar declarações em Juízo, a ofendida ressaltou que, em virtude do não pagamento das parcelas, fora expedido mandado de busca e apreensão, situação inesperada e constrangedora, tudo a confirmar a valoração negativa do vetor.

Assim, considerando os apontes desfavoráveis às moduladoras da personalidade, da conduta social e das consequências do crime, estabeleço a pena-base em 01 ano e 10 meses de reclusão" (e-STJ, fls. 30-31).

Dos excertos acima transcritos, percebe-se que a pena-base foi estabelecida acima do piso legal pela valoração negativa da personalidade, da conduta social e dos antecedentes do agente, bem como das consequências do crime.

Inicialmente, descabe falar em decote do incremento da pena-base pelos maus antecedentes.

Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure reincidência, enseja a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, justificando a exasperação da pena-base.

Com efeito, a condenação nos autos da Ação Penal 084/2.10.0000315-0 está relacionada a fato cometido em **1/3/2009**, tendo o trânsito em julgado ocorrido em **9/5/2016**. No caso, a conduta delitiva foi perpetrada em **novembro de 2011**, tendo sido proferida sentença em **21/9/2016**. Nesse passo, plenamente configurados os maus antecedentes do réu.

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de *jurisdictio* - encontre fundamentos e motivação própria, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem, o que ocorreu na espécie.

2. Esta Corte tem entendimento reiterado de que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, ainda que não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar maus antecedentes, pois diz respeito ao histórico do acusado.

3. A jurisprudência desta Corte reconhece que, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é cabível a fixação do regime intermediário para o início do cumprimento da pena inferior a quatro anos, mesmo diante da primariedade do réu.

4. Ordem não conhecida."

(HC 349.015/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016, grifou-se).

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. PERÍODO DE DEPURAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento adotado pelo col. Pretório Excelso e pela Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base (precedentes).

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes (precedentes).

IV - Revela-se adequado, na hipótese, consoante o disposto nos arts. 33, § 2º e § 3º, e 59, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto à paciente, não reincidente, condenada a pena inferior a quatro anos, ostentando circunstância judicial desfavorável. Também não faz jus à substituição da pena de prisão por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria e, assim, redimensionar a pena da paciente."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 344.386/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 7/4/2016, DJe 5/5/2016, grifou-se).

Quanto à personalidade, melhor sorte socorre ao impetrante.

Isso porque a valoração negativa de tal vetor resulta da análise do perfil subjetivo do agente, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia.

Por outro lado, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça vinha admitindo a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Recentemente, todavia, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes, devendo, portanto, ser afastado o incremento da básica pela valoração negativa da personalidade.

Ainda que o agente possua vasto histórico criminal, com diversas condenações transitadas em julgado, elas devem ser divididas para, na segunda fase da dosimetria, configurar a reincidência, e, na primeira etapa, serem sopesadas apenas como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*.

Nesse sentido, ofereço à baila os seguinte julgados:

"REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. VALIDADE.

(...)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Condenações criminais transitadas em julgado não podem ser utilizadas para negativar mais de uma circunstância do artigo 59 do Código Penal, na espécie os antecedentes e a personalidade do agente, majorando-se com mais intensidade a pena-base.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício para afastar o desvalor da personalidade, redimensionando a pena privativa de liberdade." (AgRg no REsp 1581047/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1/6/2017, DJe 7/6/2017, grifou-se).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. UTILIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIA QUÍMICA/ENTORPECENTE PARA DIMINUIR A RESISTÊNCIA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. SUPOSTA NULIDADE. REITERAÇÃO DE PEDIDO (HC 308.825/SP). DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. *BIS IN IDEM*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

IV - "A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência.

2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016, grifei).

V - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de *bis in idem*. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 388.034/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 9/6/2017, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO E ROUBO. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. MAUS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DESMEMBRADAS. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. O histórico criminal do acusado não pode ser desmembrado para valorar negativamente outras circunstâncias judiciais que não os maus antecedentes, sob pena de indevido *bis in idem*.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 386.124/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 7/4/2017, grifou-se).

Quanto à conduta social, para fins do art. 59 do CP, esta corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental. *In concreto*, restou valorado o fato do réu ter se valido da atividade profissional de advogado para auferir vantagens patrimoniais ilícitas. Porém, a prática do crime no exercício de profissão já ensejou a elevação da reprimenda em 1/3 na terceira fase da dosagem da pena, com fundamento no art. 168, § 1º, III, do CP, restando, portanto, configurado indevido *bis in idem*.

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, a ofendida ressaltou que, em virtude do não pagamento das parcelas, fora expedido mandado de busca e apreensão, situação inesperada e constrangedora, tudo a confirmar a valoração negativa do vetor, restando, portanto, justificado o incremento da reprimenda-base pelas consequências do delito.

Nesse contexto, deve ser mantida a valoração negativa dos antecedentes e das consequências do crime na fixação da pena-base, impondo-se, porém, o decote do incremento pela personalidade do agente e pela sua conduta social.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, tão somente para afastar o incremento da reprimenda-base pela personalidade e pela conduta social na primeira fase da dosimetria, determinando ao Juízo das Execuções que proceda à nova individualização da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0260401-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 530738 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016602420148210084 01465688220178217000 08421400006695 1465688220178217000
16602420148210084 70073824534 8421400006695

EM MESA

JULGADO: 08/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FRANCISCO JOSE BORSATTO PINHEIRO
ADVOGADO : FRANCISCO JOSÉ BORSATTO PINHEIRO - RS088735
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.