



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.651 - RJ (2014/0202642-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **ANTÔNIO MARCÍLIO BEZERRA DA SILVA (PRESO)**  
**ADVOGADO** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO SUMULAR N.º 444/STJ. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (Enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte).

REGIME INICIAL SEMIABERTO DETERMINADO COM BASE NOS MAUS ANTECEDENTES. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, DO CÓDIGO PENAL. ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. ALTERAÇÃO PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal pela favorabilidade das circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Enunciado Sumular n.º 440/STJ).

2. Afastado o único fundamento pelo qual o Tribunal estadual cassou a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos concedida pelo Magistrado de origem, de rigor o seu restabelecimento.

3. Agravo regimental desprovido.

### 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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
**Relator**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.651 - RJ (2014/0202642-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**AGRAVANTE** : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO** : **ANTÔNIO MARCÍLIO BEZERRA DA SILVA (PRESO)**  
**ADVOGADO** : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

### RELATÓRIO

**MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão de e-STJ fls. 315/320 que deu provimento ao recurso especial de ANTÔNIO MARCÍLIO BEZERRA DA SILVA.

Consta dos autos que o ora agravado foi condenado como incurso no art. 14 da Lei n.º 10.826/03, à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, substituída a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Inconformadas, as partes interpuseram recursos de apelação, tendo o Tribunal estadual desprovido a insurgência defensiva e dado provimento à ministerial para modificar o regime inicial para o semiaberto, cassar a substituição concedida e determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do acusado.

Seguiu-se a interposição de recurso especial, no qual o ora recorrido sustentou violação aos artigos 33, § 2.º, alínea c, 44 e 59, todos do Código Penal, aduzindo que a elevação da pena-base teria sido indevida, pois se baseou na existência de inquéritos e processos em andamento.

Alegou que o acórdão teria fixado o regime inicial semiaberto e cassado a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos sem apresentar fundamentação idônea.

Pleiteou o provimento do apelo extremo para que fosse afastado o aumento da pena-base, restabelecido o regime inicial aberto para resgate da reprimenda corporal, bem como substituída a sanção reclusiva por restritiva de direitos.

Por decisão monocrática foi dado provimento ao recurso do acusado, para decotar a circunstância judicial tida como desfavorável, fixando a pena-base no mínimo legal, modificar o regime inicial para o aberto e substituir a sanção privativa de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por restritivas de direitos, determinando-se a devolução dos autos à origem para que proceda à análise da mais adequada, dando ensejo ao presente regimental.

Nessa insurgência, sustenta o agravante que, ainda que o agravado não possua condenação com trânsito em julgado em seu desfavor, este só não ocorreu em razão de ter sua recusa em contribuir com a justiça, pois permaneceu foragido, não podendo se beneficiar de tal fato.

Defende que, *"desconsiderar esse elemento na fixação da pena-base, faz com que a pena seja fixada em descompasso com a realidade e com o efetivo grau de reprovação da conduta do agente"* (e-STJ fl. 334).

Pondera que a presunção de não culpabilidade não seria absoluta, devendo ser ponderada em face de outros valores constitucionais, como a individualização da pena, a isonomia e a proporcionalidade, diante do caso concreto.

Afirma que o mesmo raciocínio justificaria a fixação do regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em desfavor do condenado.

Aduz que a substituição não seria socialmente recomendável na hipótese em testilha, uma vez que o agente não preenche o requisito subjetivo necessário à sua concessão.

Requer a reconsideração do *decisum* impugnado e, caso contrário, o acolhimento dessa insurgência a fim de que seja anulada ou reformada a decisão agravada.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.651 - RJ (2014/0202642-1)

### VOTO

**MINISTRO JORGE MUSSI (Relator):** A insurgência é tempestiva, pois interposta aos 14.8.2016 (e-STJ fl. 330), sendo certo que o Ministério Público Federal foi intimado da decisão agravada em 10.8.2015 (e-STJ fl. 326), no interregno, portanto, do prazo regimental.

Segundo se infere dos autos, o Magistrado de origem, na sentença condenatória, fixou a pena-base em desfavor do agravado 1 ano acima do mínimo legal *"levando-se em conta os antecedentes do réu, que tem registro anterior em sua Folha de Antecedentes Criminais (fls. 53), sendo-lhe portanto, desfavoráveis das circunstâncias judiciais"*, totalizando a reprimenda privativa de liberdade em 3 anos de reclusão e a pecuniária em 15 dias-multa, *quantum* que tornou definitivo *"ante a ausência de outras causas modificadoras"* (e-STJ fl. 135).

O Tribunal estadual, no julgamento do apelo defensivo, manteve incólume o édito condenatório quanto ao ponto, asseverando que *"não pode o magistrado equiparar uma pessoa que não tem nenhuma anotação em sua FAC, esta portadora de bons antecedentes, pois não responde e não respondeu a nenhum processo, a outro, que registra em sua folha de antecedentes criminais anotação referente a homicídio duplamente qualificado, o que assegura afirmar não só ter maus antecedentes, como apresentar uma personalidade voltada para o crime. E mais, o apelado encontrava-se foragido"* (e-STJ fl. 234).

Na mesma oportunidade, dando provimento à insurgência ministerial, recrudescer o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto e cassou a substituição concedida pelo Togado de origem, com fundamento na avaliação negativa dos antecedentes criminais do recorrente.

Da análise dos autos, verificou-se que o Tribunal de Justiça, ao reanalisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, ratificando o entendimento do Juízo sentenciante, considerou desfavorável ao recorrente seus antecedentes e sua personalidade com base na anotação extraída de sua Folha de Antecedentes Criminais (e-STJ fl. 59), da qual não constava a existência de qualquer condenação penal



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transitada em julgado.

Sendo assim, constatou-se a ilegalidade na decisão recorrida, uma vez que, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, condenações ainda não transitadas em julgado ou, ainda, condenações por fatos cometidos posteriormente aos em análise, 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.

Sobre o tema, foram citados os seguintes precedentes:

*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO. PENA-BASE. SÚMULA N. 444/STJ. VIOLAÇÃO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. AÇÃO DELITIVA. MONITORAMENTO. INFRAÇÃO CONSUMADA. RECONHECIMENTO.*

*1. O decisum agravado passou ao largo do exame do pedido de redução da pena-base imposta ao paciente, fazendo-o tão somente quanto ao pleito subsidiário de violação ao princípio da non reformatio in pejus, ali considerado inexistente.*

*2. Na esteira da Súmula 444 do STJ, ações penais em curso ou sem certificação do trânsito em julgado, registro da aceitação de transação penal proposta pelo Ministério Público, além de ações penais em que houve a extinção da punibilidade e inquéritos arquivados "não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para fins de elevação da pena-base." (HC 242.125/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/08/2014, DJe 27/08/2014).*

*3. Afasta-se a exasperação da pena-base imposta ao condenado pelo crime de furto (1 ano e 6 meses de reclusão) quando, em flagrante descompasso com aquele enunciado sumular, for considerado como antecedentes criminais ações não definitivamente julgadas e feitos já baixados, em que houve transação penal e suspensão condicional do processo.*

*4. Decidir de modo diverso da fundamentação emprestada pelo Tribunal de origem para a valoração negativa das demais circunstâncias (motivo e personalidade), bem como avaliar o quantum a elas aplicado na dosagem da pena acima do mínimo legal, implica necessário revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. Precedentes. [...]*

*6. Agravo regimental parcialmente provido para conceder ordem de habeas corpus, de ofício, a fim de reduzir a pena-base do paciente para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão.*

*(AgRg no HC 272.522/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 26/03/2015 - grifou-se)*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS CONCRETAMENTE FUNDAMENTADOS. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NEGATIVA. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Em matéria de nulidade, rege o consagrado princípio *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a parte interessada. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato. Por essa razão, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual só pode acarretar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, trazendo prejuízo a qualquer das partes da relação processual, o que, definitivamente, não é o caso dos autos.

2. Embora o recorrente não tenha sido intimado para requerer diligências, após a conclusão da inquirição de testemunhas, a defesa, ao sustentar, nas alegações finais, a referida nulidade, não demonstrou nenhum prejuízo advindo da não observância da norma e sequer indicou outras diligências que poderiam gerar benefício para o réu.

3. Não há ilegalidade na exasperação da pena-base, quando realizada diante dos contornos concretos do crime, consideradas negativamente a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime.

4. **Consoante entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, inquéritos policiais, ações penais em andamento ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado não podem ser sopesados a título de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.**

5. Recurso especial parcialmente provido para afastar da pena-base a consideração negativa dos antecedentes, da conduta social e da personalidade e fixar a reprimenda do recorrente em 11 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 183 dias-multa, referente ao crime de peculato, e 2 anos e 3 meses de reclusão em relação ao delito de quadrilha.

(REsp 1112366/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2014, DJe 17/12/2014 - grifou-se)

Destacou-se que, inclusive, esta é a orientação trazida pelo Enunciado Sumular n.º 444/STJ, cujo teor é o que segue: "É vedada a utilização de inquéritos





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base".*

Assim, certificado que o acórdão combatido carecia de motivação apta a justificar a fixação da pena-base no patamar aplicado, e tendo sido constatada a inexistência de qualquer outra circunstância judicial desfavorável, o pleito foi provido nesse ponto para aplicar a sanção inicial do ora recorrido no mínimo legalmente previsto (2 anos de reclusão).

Além disso, no que se refere ao regime inicial de resgate da reprimenda corporal e à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, apurou-se que a Corte de origem modificou o modo de execução para o semiaberto, bem como cassou a referida permuta, com fundamento na avaliação negativa dos antecedentes criminais do recorrente.

Dessa forma, afastada a circunstância negativa aludida, único argumento utilizado pelo Tribunal de origem para obstar as benesses pretendidas, impôs-se o regime aberto para o resgate da sanção corporal, a teor do Enunciado Sumular n.º 440/STJ, e restabeleceu-se a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Dessarte, sendo assente nesta Corte que não cabe a valoração negativa das circunstâncias judiciais dos antecedentes ou da personalidade em razão de inquéritos ou ações penais em curso, e restando incontestado que o acusado não registra contra si condenação com trânsito em julgado, revela-se a procedência dos argumentos lançados na insurgência especial, que reclama a manutenção da decisão agravada.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0202642-1

**AgRg no**  
**REsp 1.473.651 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00772256020128190038 062020352012 100103620610195 201425450879 3082012  
62020352012 772256020128190038

PAUTA: 11/10/2016

JULGADO: 11/10/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : ANTÔNIO MARCÍLIO BEZERRA DA SILVA (PRESO)  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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

#### **AGRAVO REGIMENTAL**

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
AGRAVADO : ANTÔNIO MARCÍLIO BEZERRA DA SILVA (PRESO)  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

#### **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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

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