

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 528.290 - SP (2019/0247032-1)**

**RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO**  
**IMPETRANTE : JOAO MACIEL DE LIMA NETO**  
**ADVOGADO : JOÃO MACIEL DE LIMA NETO - SP193386**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : DAVI DONIZETE DOS SANTOS SILVA**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DAVI DONIZETE DOS SANTOS SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento à apelação da defesa em acórdão assim ementado (fl. 39):

Apelação Criminal - FURTO QUALIFICADO e ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. Conjunto probatório suficiente para a condenação apenas em relação ao crime de furto qualificado. Fragilidade probatória em relação ao crime de associação criminosa. Pena. Alteração. Regime intermediário que se mantém. Parcial provimento aos apelos.

O paciente foi condenado, em 1º grau, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 11 dias-multa, por ofensa aos arts. 155, § 4º, I, e 288, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal. O Tribunal local deu parcial provimento à apelação para excluir a condenação pela prática do crime de associação criminosa, restando a pena fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 11 dias-multa.

Sustenta o impetrante, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente da indevida exasperação da pena-base, com fundamento nos maus antecedentes, em violação à Súmula 444/STJ, bem como pela consequente manutenção do regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

Defende, assim, que, *acaso seja a pena do Paciente DAVID redimensionada para o mínimo legal, sendo o paciente primário e a pena arbitrada sendo inferior a 4 anos, o regime mais adequado é o aberto, nos termos do art. 33, § 29, inciso c, do Código Penal* (fl. 8).

Requer, liminarmente, que seja estabelecido o regime aberto para início do cumprimento da pena, e, no mérito, a concessão da ordem para fixar o regime inicial aberto.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

Manifestou-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem.

# Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.

DECIDO.

O acórdão impugnado foi assim proferido, na parte que interessa (fls. 45-46):

[...] A pena base aplicada aos acusados será mantida porquanto o acréscimo punitivo realizou-se de maneira fundadamente, considerando dados existentes nos autos, em especial os maus antecedentes (fls. 290/292 e 293/296), estabeleceu-se no mínimo legal.

[...]

O regime intermediário fixado na origem será mantido porquanto é o mais condizente com a situação pessoal dos acusados que ostentam maus antecedentes e reincidência, não sendo o caso, portanto, sob pena de déficit punitivo, realizar qualquer abrandamento consoante dispõe o artigo 33 e seguintes do Código Penal.[...]

No que se refere ao aumento da pena-base, a jurisprudência da Sexta Turma desta Corte entendia que a existência de condenações transitadas em julgado poderia justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como maus antecedentes, conduta social e personalidade, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de *bis in idem*.

No entanto, a Quinta e a Sexta Turmas desta Corte, revendo o entendimento, firmaram orientação no sentido de que condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para a reincidência, somente podem ser valoradas na primeira fase da dosimetria a título de antecedentes criminais, não se admitindo seu emprego residual para fins de personalidade ou conduta social. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. O Tribunal a quo não apresentou motivação idônea para valorar negativamente a vetorial da personalidade na primeira fase de dosimetria da pena, haja vista que, para tanto, considerou tão somente a existência de "condenação transitada em julgado por fato anterior".

2. Filio-me ao entendimento segundo o qual **a existência de condenações definitivas anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime.**

3. A exasperação da pena pela consideração desfavorável do vetor da personalidade deve ser realizada com fundamentos próprios e diversos daquela relativa aos antecedentes - como não poderia deixar de ser, tendo em vista que esses vetores foram previstos distintamente pelo legislador no art. 59, caput, do Código Penal. Aquela deve ser aferida a partir de uma análise

pormenorizada, com base em elementos concretos extraídos dos autos, acerca da insensibilidade, desonestidade e modo de agir do criminoso para a consumação do delito, enquanto esta deve ser analisada considerando-se o seu histórico criminal. Referidos vetores, portanto, não se confundem.

4. O legislador conferiu ao julgador maior discricionariedade - mesmo que ainda vinculada aos parâmetros legais - ao não prever um quantum mínimo ou máximo para a exasperação da pena-base. Cabe à prudência do (da) Magistrado (a) fixar, com a devida fundamentação e dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, o patamar que entender mais adequado e justo ao caso concreto.

5. Com o permissivo da lei, é legítimo que o (a) Magistrado (a), na hipótese de haver mais de uma condenação transitada em julgado em desfavor do réu, eleve a pena, por exemplo, acima do patamar de 1/6 (um sexto), tendo em vista que a existência de múltiplas sentenças penais definitivas denotam que seus antecedentes lhe são mais desfavoráveis. Respeita-se, concomitantemente, o princípio da legalidade e da individualização da reprimenda. Precedentes.

6. Ante o exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus a fim de reformar o acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa da circunstância judicial referente à personalidade, ficando a pena final quantificada em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa (HC 472.654/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 11/03/2019).

Logo, o acórdão impugnado encontra-se em desacordo com a atual jurisprudência firmada pelo STJ, por ter valorado anotações criminais não definitivas para exasperar a pena-base, indo de encontro ao entendimento firmado na Súmula 444/STJ, devendo ser reduzida ao mínimo legal, qual seja, 2 anos de reclusão.

Acerca do regime prisional, em relação ao paciente, extrai-se da sentença (fl. 35):

[...] Nos termos do artigo 33, § 3º, observando-se o artigo 59, ambos do Código Penal, em razão da personalidade do agente voltada à prática de delitos, bem como das circunstâncias judiciais desfavoráveis, aplico o regime semiaberto de cumprimento da pena.[...]

*In casu*, considerando o *quantum* da pena, a primariedade do paciente e a favorabilidade das circunstâncias judiciais, aqui ressaltada, faz-se de rigor o abrandamento do regime inicial para o aberto, com substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execuções, conforme o art. 33, § 2º, c, e o art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para alterar a pena do

# *Superior Tribunal de Justiça*

paciente para 2 anos de reclusão e 11 dias-multa, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execuções.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 30 de setembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO  
Relator

