HABEAS CORPUS Nº 462.872 - SP (2018/0197734-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEXANDRE PEREIRA DE MELO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPTAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. MAUS ANTECEDENTES. DEVIDA CONSIDERAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR. IRRELEVÂNCIA. ELEVADO VALOR DA COISA RECEPTADA. PROXIMIDADE COM O CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE PEREIRA DE MELO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0017514-05.2014.8.26.0477).

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, em 01/12/2014, juntamente com outro indivíduo, conduzindo um veículo avaliado em R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), que sabia ser produto de crime anterior.

Foi-lhe concedida a liberdade provisória.

Encerrada a instrução, foi condenado, em 11/04/2017, juntamente com o corréu, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, mais pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 180, *caput*, do Código Penal (fls. 14-17) - Processo n.º 0017514-05.2014.8.26.0477, da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Praia Grande/SP.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao apelo, em 17/05/2018, para reduzir a sanção para 1 (um) e 3 (três) meses de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto.

Eis a ementa do aresto impugnado (fl. 21):

"APELAÇÃO CRIMINAL - Receptação - Absolvição por

> *insuficiência probatória em relação a ambos os acusados, ou ao menos em relação ao réu Alexandre - Impossibilidade - Provas hábeis a ensejar a condenação de cada um dos ora apelantes - Redução das penas, com fixação da base no mínimo legal ou redução do patamar de aumento operado na primeira etapa da dosimetria - Parcial cabimento - A reprimenda comporta ligeiro ajuste tão-somente para redução da fração de aumento aplicada sobre a pena-base, restando, no mais, bem dosada e fundamentada. assim como os regimes prisionais eleitos, salientadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis. notadamente as circunstâncias e conseqüências do crime e os maus antecedentes de Alexandre - Apelo parcialmente provido."*

Daí o presente *mandamus*, no qual a Defensoria Pública Impetrante sustenta que o aumento da pena-base em razão da valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, bem como dos antecedentes do acusado, careceu de fundamentação idônea.

Alega que *"o paciente conta com apenas uma condenação extinta em 2006, ou seja, 8 anos antes da prática de novo delito"*, já tendo transcorrido o período depurador (fl. 3). Pontua que *"o STF decidiu que a existência de condenação anterior, ocorrida em prazo superior a cinco anos, contado da extinção da pena, não poderá ser considerada como maus antecedentes"* (fl. 4).

Destaca que *"o valor e o tipo de bem objeto do delito não constitui motivação concreta para respaldar tal aumento"* (fl. 5).

Defende, ainda, que os acusado faz jus ao regime inicial aberto, haja vista o *quantum* de pena aplicada, *"a primariedade técnica do agente"* e *"as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são quase todas favoráveis"* (fls. 8-9).

Requer, liminarmente, seja garantido ao Paciente aguardar o julgamento do presente *writ* no regime aberto. No mérito, pugna pela concessão da ordem para *"adequar a pena-base e fixar o regime inicial aberto para início de cumprimento de pena"*(fl. 10).

O pedido liminar foi indeferido pela Exma. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, então Relatora, nos termos da decisão de fls. 38-40.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 45-46 e 49-71, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 73-76, opinando pelo

não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

Decido.

Da leitura dos autos, depreende-se dos autos que a sentença condenatória, ao fixar a dosimetria da pena relativa ao crime de receptação, explicitou os seguintes fundamentos (fls. 16-17):

> *"Na primeira fase da dosimetria, considerando que o objeto receptado se tratava de um veículo, bem de elevado valor pecuniário e cuja ilícita posse pelo réu trouxe elevado prejuízo à vítima, sem falar que estimula outras cadeias de crimes, como o roubo que lhe antecedeu, além dos maus antecedentes que o acusado ostenta (fls. 29/30 - 1º apenso), arbitro penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, estes pelo mínimo unitário legal.*
>
> *Na segunda e terceira fase de aplicação da pena inexistem outras causas modificadoras, motivo pelo qual torno definitivas as penas supra.*
>
> *Não obstante o* quantum *da pena permita regime menos gravoso, considerando as notícias acerca do comportamento social do acusado, sendo portador de maus antecedentes, cabível se faz o estabelecimento do regime semiaberto para inicio do cumprimento de pena. Pelos mesmos motivos não se mostram cabíveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tampou a concessão do* sursis*."*

O Tribunal *a quo*, ao julgar a apelação criminal para redimensionar a pena do Paciente, exarou a seguinte fundamentação (fls. 63-64):

> *"Quanto às penas impostas, de fato comportam ligeiro reparo.*
>
> *Nesse aspecto, importa registrar que as penas-bases restaram fundamentadamente fixadas acima do mínimo legal, destacadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis aos acusados.*
>
> *Sim, as circunstâncias e as consequências do crime foram corretamente ponderadas na r. decisão de primeiro grau, certo que a receptação de veículos, bem de grande valor para a maioria da população, merece especial atenção do magistrado, sendo absolutamente injusto conceder a pena mínima, por exemplo, ao receptador de um relógio ou de uma bicicleta, e conceder o mesmo tratamento ao receptador de veículos roubados. Também de se salientar que o veículo foi encontrado em poder dos réus há pouco mais de um dia do roubo. Tal fato demonstra, como dito, a proximidade entre os autores da receptação e o autor do grave crime antecedente, o que influencia diretamente na gravidade de sua conduta e consequentemente na aplicação da pena.*
>
> *Entendo, contudo, que o aumento operado sobre a pena-base de cada um dos réus se revelou um tanto excessivo, sendo suficiente que se*

> *aplique a elevação, nesta etapa, quanto ao réu Wanderson, à fração de 1/5, e, quanto ao réu Alexandre, à fração de 1/4, tendo em vista que, ademais das circunstâncias já mencionadas, conta ele com maus antecedentes em seu desfavor.*
>
> *Desse modo, resultam as penas em 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais 12 dias-multa, no piso legal, para o réu Wanderson, e em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, mais 12 dias-multa, também no piso, para o réu Alexandre.*
>
> *Ausentes outras circunstâncias modificativas a serem consideradas, torno as penas definitivas.*
>
> *[...]*
>
> *Quanto ao réu Alexandre, tem-se que o regime semiaberto restou adequado, salientada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente os maus antecedentes por ele ostentados, a demandar a imposição de regime mais contundente e eficaz à conscientização da ilicitude e prevenção da reincidência, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade. Regime mais brando não atenderia ao caráter preventivo e repressivo da pena imposta."*

No caso, o Agravante foi anteriormente condenado pelo crime de furto qualificado, com sentença transitada em julgado, com extinção da punibilidade decretada em maio de 2005. Em dezembro de 2014, cometeu o crime de receptação ora tratado.

De início, sustenta a Impetrante a ilegalidade de condenação com a punibilidade extinta há mais de 5 (cinco) anos configurar maus antecedentes, para fins de valorar negativamente a respectiva circunstância judicial constante no art. 59, *caput*, do Código Penal.

Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, implementada pela Lei n.º 7.209, de 1984, trata-se maus antecedentes de vida pregressa do agente em matéria criminal, com exame circunscrito à folha de antecedentes. Sobre o assunto, afirma Guilherme de Souza Nucci que:

> *"[...] diversamente da reincidência, os antecedentes não caducam [...]. O período depurador relativo à reincidência (art. 64, I, CP), de cinco anos, justifica-se porque essa circunstância acarreta vários gravames ao acusado/condenado [...]. Eis o motivo pelo qual há um prazo para caducar. Os antecedentes criminais, para fins penais, só têm um efeito, figurando como circunstância judicial (art. 59, CP), visando a mensurar a pena-base."* (Código Penal Comentado, Ed. Forense, 17.ª edição, 2017, pág. 469).

A respeito da extensão do conceito maus antecedentes, assim decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> *"[o]* ***conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, atingidas pelo período depurador****, ****ressalvada casuística constatação do decurso de considerável lapso temporal ou de pequena gravidade do fato prévio*** *(HC 360.738/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017)" (*AgInt no REsp 1.668.020/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018, sem grifos no original.)

As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, tem firme orientação de que o período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal afasta a configuração da agravante da reincidência, **mas não constitui óbice à avaliação negativa da circunstância judicial dos antecedentes**.

Nesse sentido: HC 453.871/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018; AgRg no AREsp 1.356.824/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018.

Sem embargo, no âmbito da Sexta Turma, há julgados de relatoria do Min. ROGERIO SCHIETTI, no sentido de que os maus antecedentes, quando os registros da folha de antecedentes forem muito antigos, pode sofrer relativização, admitindo-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento (REsp 1.707.948/RJ, DJe 16/04/2018). Vale dizer que, ainda assim, reafirmando a jurisprudência deste Tribunal Superior, assim registrou o relator no voto condutor:

> "[...] ***não estou afirmando que o mero decurso do período depurador da reincidência seja suficiente para, por si só, impedir toda e qualquer valoração sobre os antecedentes, até porque a hipótese prevista no art. 64, I, do Código Penal trata tão somente da reincidência.*** *Da mesma forma, não estou, simplesmente, descuidando de observar o entendimento desta Corte de que condenações prévias, com trânsito em julgado há mais de cinco anos, apesar de não ensejarem reincidência, podem servir de alicerce para valoração desfavorável dos antecedentes.*"

Não há dúvidas quanto à estabilidade da jurisprudência desta Corte Superior, no ponto.

No Supremo Tribunal Federal, contudo, a questão não se encontra pacificada. A Segunda Turma da Suprema Corte, em recentes julgados, tem admitido que

condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o agente, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Já a Primeira Turma do Pretório Excelso tem julgado em sentido diverso, ratificando a orientação deste Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.* ***CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS AFASTA OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA, MAS NÃO IMPEDE A CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. INSTITUTOS DIVERSOS.*** *POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.* ***A legislação penal é muito clara em diferenciar os maus antecedentes da reincidência. O art. 64, do CP, ao afastar os efeitos da reincidência, o faz para fins da circunstância agravante do art. 61, I; não para a fixação da pena-base do art. 59, que trata dos antecedentes.*** *2. Não se pretende induzir ao raciocínio de que a pessoa que já sofreu condenação penal terá registros criminais valorados pelo resto da vida, mas que, havendo reiteração delitiva, a depender do caso concreto, o juiz poderá avaliar essa sentença condenatória anterior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (RE 901.145 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2018, DJe-237 08/11/2018; sem grifos no original.)

Desse modo, não se pode afirmar qual o entendimento do STF sobre a questão. Aliás, trata-se de tema pendente de julgamento, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 150, RE 593.818, Rel. Min. Roberto Barroso).

No caso, entendo que não há ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes na pena-base.

No que diz respeito à valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, apesar de o prejuízo ao patrimônio da vítima, possuidora do bem objeto de crime, ser inerente ao crime de receptação, quando o dano suportado é elevado se justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal pela consideração desfavorável da consequências do crime.

Com efeito, a conduta do Paciente teve especial reprovabilidade e a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Insta salientar, ainda, que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser feito caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de discricionariedade na aplicação

da pena-base.

Todavia, convém não confundir o conceito de discricionariedade com o conceito de arbitrariedade. Este refere-se a uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, advinda de meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apóiam em regras ou princípios institucionais. Aquele, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de diferentes concepções de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, bem como de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada **juridicamente adequada** caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em **discricionariedade guiada ou vinculada** (MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*. New York and Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 28).

Por um lado, isso significa que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja **necessária e suficiente** para reprovação do crime. Quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Por outro, a margem de discricionariedade autorizada ao julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em *habeas corpus*, seja em recurso especial, o juízo de valor acerca do grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente **ilegalidade** ou **desproporcionalidade**.

Exemplificativamente:

> *"[...]. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie. [...]"* (AgRg no REsp 1.717.036/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018.)

> *"Cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade*

> *vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais."* (HC 379.112/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018.)

Com o propósito de estabelecer uma distinção jurídica entre os diferentes graus de gravidade concreta que um mesmo crime abstratamente previsto pode implicar, a análise da **proporcionalidade** da valoração da primeira etapa da dosimetria da pena **deve guardar correlação com o número total de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal reconhecidas como desfavoráveis ao réu**, **salvo** em **hipóteses excepcionais**, nas quais a gravidade do delito justifique exasperação diferenciada numa ou noutra circunstância judicial particular.

Sendo assim, embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos – como, por exemplo, os de 1/8 (um oitavo) ou 1/6 (um sexto) por vezes sugeridos pela doutrina –, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (*accountability*) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um **juízo de coerência** entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o *quantum* de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos parecidos.

Na hipótese dos autos, a instância antecedente exasperou em 1/4 (um quarto) a pena-base, considerando os maus antecedentes do réu e em função de a subtração de veículo causar elevado prejuízo às vítimas, merecendo o crime de receptação desse bem ser mais severamente apenado.

Considerando-se o intervalo da pena abstrata cominada ao crime (1 a 4 anos de reclusão) e a gravidade concreta do delito, não se mostra desproporcional ou desarrazoado o aumento de 3 (três) meses da pena-base em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Em casos análogos, esta Corte Superior decidiu da seguinte forma:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA*

ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência do STJ.

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido." (AgInt no HC 377.446/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017).

"HABEAS CORPUS. *ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR SENTIMENTAL DO OBJETO MATERIAL PARA A VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (3) PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REINCIDÊNCIA. (4) AGRAVANTE. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. AUMENTO EXACERBADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (5) REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. (6)* WRIT *NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.*

1. Tratando-se de habeas corpus *substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se as instâncias de origem apontam motivos concretos para exasperação da pena-base no tocante as consequências do delito, apresentando-se estas estranhas aos elementos já aquilatados pelo legislador infraconstitucional no tipo penal violado. In casu, *o magistrado sentenciante destacou que o objeto material do crime de furto, não restituído, ostentava elevado valor econômico, além do que possuía apreço sentimental para a vítima.* [...]*"* (HC 340.007/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS

MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015).

Por fim, embora a pena definitiva tenha sido fixada em menos de 4 (quatro) anos, reconheceu-se a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente, o que levou à fixação da pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, encontra-se justificado o estabelecimento do regime prisional semiaberto, conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora