HABEAS CORPUS Nº 494.429 - SP (2019/0049496-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO VANESSA MORAIS KISS - SP314903
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	KEOMA DE SOUZA SALOMAO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. RESISTÊNCIA. DESACATO. DIREÇÃO PERIGOSA. UTILIZAÇÃO DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE. RECURSO DE APELAÇÃO EXCLUSIVO DA DEFESA. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE DOS DELITOS COMETIDOS PELO PACIENTE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SOMA DAS INFRAÇÕES CONFORME A REGRA DO CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA FIXADA NO ACÓRDÃO SUPERIOR À DA SENTENÇA. DETERMINAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO SEM PLEITO NESSE SENTIDO. *REFORMATIO IN PEJUS* CONFIGURADA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de KEOMA DE SOUZA SALOMÃO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n.º 3019012-08.2013.8.26.0320.

Colhe-se dos autos que, em 21/07/2017, o Paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime prisional aberto, pela prática dos crimes previstos nos arts. 329 e 331, do Código Penal, e 309 do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 11-17).

Contra a sentença, somente a Defesa interpôs recurso de apelação, que foi provido em parte para reduzir a pena-base dos crimes praticados, totalizando a reprimenda do Paciente em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, mantido o regime inicial aberto, com a concessão do *sursis*, por 2 (dois) anos, conforme a seguinte ementa (fl. 20):

> "*DIREÇÃO INABILITADA, DESACATO e RESISTÊNCIA. Condutas de dirigir veículo automotor na via pública sem CNH, gerando perigo de dano. Oposição violenta contra intervenção dos policiais militares durante abordagem para verificar documentação do veículo e*

> *do próprio acusado. Ofensas verbais. Configuração. Tipicidade. Validade e vigência da norma incriminadora. Compatibilidade da espécie delitiva com o ordenamento jurídico na sua plenitude. Tipo penal não derrogado pelo advento da Convenção Americana de Direitos Humanos que garante a liberdade de expressão. Materialidade e autoria demonstradas. Palavra dos policiais. Revelia em juízo. Suficiência para a procedência da ação penal. PENA. Afastamento do acréscimo decorrente de maus antecedentes. Ausência de condenação transitada em julgado. Violação ao princípio da presunção de inocência. Súmula n° 444 do STJ. Redução para o mínimo legal. Concretização em 1 ano e 2 meses de detenção. Regime aberto. Sursis mediante condições. Artigo 78, § 2º, CP. Apelo provido parcialmente para esse fim.*"

Daí o presente *writ*, em que se alega, em suma, que, em recurso exclusivo da Defesa, o Tribunal *a quo*, ao mesmo tempo, aumentou a reprimenda do Paciente e agravou a sua situação ao aplicar-lhe a suspensão condicional do processo por 2 (dois) anos, que, na prática, é mais gravoso do que a própria pena, violando, duplamente, a vedação do princípio da *ne reformatio in pejus* (fl. 4).

Por isso, requer-se "*seja deferido o pedido liminar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste* writ" (fl. 8). No mérito, pleiteia-se a "*concessão da ordem para que seja restabelecida a pena de 1 ano fixada pelo d. Juízo de primeiro grau, afastada a suspensão condicional da pena ou limitada sua duração ao período da pena privativa de liberdade*" (fl. 8).

O pedido liminar foi parcialmente deferido, às fls. 32-36, por decisão de minha lavra.

Foram prestadas as informações às fls. 44-61.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 63-65, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

Decido.

Na sentença, a dosimetria da pena do Condenado foi formulada da seguinte maneira (fls. 15-17; sem grifos no original):

> "*Na primeira fase de fixação da pena, em atenção aos requisitos do art. 59,* caput*, do Código Penal, atendendo-se ao necessário para a reprovação da conduta descrita no art. 309, da Lei 9.503/97, anoto que, no tocante à culpabilidade, que o réu ostenta maus antecedentes (fls.19/21), e ainda é acusado da pratica de fatos antes e depois do crime destes autos. No mais, tinha plena consciência da ilicitude do ato*

praticado. Assim, revelou personalidade inequivocamente voltada à prática de crimes, com desprezo pela pessoa e patrimônio alheio, o que justifica o aumento da pena-base. Pela culpabilidade exacerbada, a pena-base é fixada acima do mínimo legal em 09 (nove) meses de detenção.

Na segunda fase, não se verificam circunstâncias agravantes ou atenuante, razão pela qual mantenho a pena fixada na fase anterior.

Ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena na terceira fase de dosimetria, torno definitiva a pena de 09 (nove) meses de detenção.

Na primeira fase de fixação da pena do crime descrito no art. 329, do Código penal, em atenção aos requisitos do art. 59, caput*, do Código Penal, anoto que, no tocante à culpabilidade, que o réu ostenta maus antecedentes (fls.19/21), e ainda é acusado da pratica de fatos antes e depois do crime destes autos. No mais, tinha plena consciência da ilicitude do ato praticado. Assim, revelou personalidade inequivocamente voltada à prática de crimes, o que justifica o aumento da pena-base. Deste modo, a pena-base será fixada acima do mínimo legal em 06 (seis) meses de detenção.*

Na segunda fase, não se verificam circunstâncias agravantes ou atenuante, razão pela qual mantenho a pena fixada na fase anterior.

Ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena na terceira fase de dosimetria, torno definitiva a pena de 06 (seis) meses de detenção.

Na primeira fase de fixação da pena do crime descrito no art. 331, do Código Penal, em atenção aos requisitos do art. 59, caput*, do Código Penal, anoto que, no tocante à culpabilidade, que o réu ostenta maus antecedentes (fls.19/21), e ainda é acusado da pratica de fatos antes e depois do crime destes autos. No mais, tinha plena consciência da ilicitude do ato praticado. Assim, revelou personalidade inequivocamente voltada à prática de crimes, o que justifica o aumento da pena-base. Deste modo, a pena-base será fixada acima do mínimo legal em 09 (nove) meses de detenção.*

Na segunda fase, não se verificam circunstâncias agravantes ou atenuantes, razão pela qual mantenho a pena fixada na fase anterior.

Ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena na terceira fase de dosimetria, torno definitiva a pena de 06 (seis) meses de detenção.

Anoto, para todos os crimes, que não há que se falar em reincidência, vez que a condenação anotada a F.A. (vide apenso) se deu por fatos posterior aos apurados nestes autos.

Ante o concurso formal de crimes, tomo a pena corporal do art. 309 do Código de Trânsito Brasileiro, e a elevo em 2/6 (dois sextos), totalizado 01 (um) ano de detenção.

O réu deverá cumprir a pena privativa de liberdade em regime aberto, nos termos do art. 33, §2º, 'c', do Código Penal."

Como se percebe, o Magistrado sentenciante empregou a regra do concurso formal de crimes, disposta no art. 70 do Código Penal, para a fixação da pena, totalizando a reprimenda em 1 (um) ano de detenção.

Contra o édito condenatório foi interposto recurso de apelação tão somente pelo Paciente.

Por sua vez, o Tribunal *a quo*, ao dar parcial provimento ao recurso defensivo e reformular a pena do Condenado, consignou o que se segue (fl. 26):

> "*Inexiste condenação transitada em julgado a justificar o reconhecimento dos maus antecedentes, motivo pelo qual, à vista da ausência de outras circunstâncias judiciais desfavoráveis ao recorrente, a pena-base dos crimes deve ser reduzida ao mínimo legal. Esse, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça consagrado no teor da súmula nº 444.*
>
> ***Assim, fixo a pena-base do crime de trânsito, do desacato e da resistência, no mínimo legal, respectivamente, 6 (seis), 2 (dois) e 6 (seis) meses de detenção, totalizando, diante da ausência outras majorantes, 1 (um) ano e (dois) meses de detenção, mantido o regime aberto.***
>
> ***Ante a impossibilidade de substituir a privativa de liberdade por restritiva de direitos, devido à prática de crime exercido com violência, cabível, subsidiariamente, a concessão do sursis, por dois anos, com as condições previstas no artigo 78, § 2°, do Código Penal.***
>
> *No caso de recusa ou descumprimento do benefício, fixa-se, de antemão, ante a notória ausência de casa de albergado no Estado Bandeirante, a modalidade de prisão albergue domiciliar.*"

Ocorre que, no acórdão, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que pese ter reduzido a pena-base dos crimes cometidos pelo Paciente, utilizou a regra do concurso material, conforme art. 69 do Código Penal, cuja soma totalizou 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção – ou seja, a reprimenda atingiu patamar superior à estabelecida na sentença. Ademais, determinou a suspensão condicional da pena, pelo prazo de 2 (dois) anos, sem que houvesse pleito da Defesa nesse sentido.

Com efeito, não poderia a Corte de origem, ao reformular a dosimetria da pena, em recurso exclusivo da Defesa, agravar os termos da sentença. Ao assim proceder, o Tribunal *a quo* violou a regra do *ne reformatio in pejus*, prevista no art. 617, *in fine*, do Código de Processo Penal.

Com igual conclusão, destaco os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO*

ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REFORMATIO IN PEJUS. *OCORRÊNCIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ACÓRDÃO QUE REDUZIU A PENA-BASE MAS AUMENTOU A FRAÇÃO DE AGRAVAMENTO PELA REINCIDÊNCIA. PENA DEFINITIVA INFERIOR À ESTABELECIDA NA SENTENÇA. NECESSIDADE DE CONSIDERAR CADA ETAPA DOSIMÉTRICA ISOLADAMENTE.* HABEAS CORPUS *NÃO CONCEDIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus *substitutivo do recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - **Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que é possível, ainda que no âmbito de recurso exclusivo da defesa, a revisão dos fundamentos apresentados na dosimetria da pena, desde que não seja modificada a quantidade de sanção imposta em primeiro grau, sem que tal procedimento caracterize indevida* reformatio in pejus*.***

*III - **Contudo, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, quando houver piora da situação do acusado em qualquer etapa dosimétrica, como, por exemplo, se o Tribunal aplicar agravante ou causa de aumento que não tenha sido objeto da sentença ou as fazer incidir em fração mais gravosa, entende-se configurada a* reformatio in pejus*, ainda que a pena definitiva tenha, ao final, restado diminuída.***

IV - In casu*, o eg. Tribunal de origem, com base na reincidência, agravou a pena em patamar superior ao estabelecido na sentença condenatória. Dessa forma, à luz do princípio do* ne reformatio in pejus*, está configurado constrangimento ilegal.*

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformular a dosimetria da pena.*" (HC 476.419/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2018, DJe 14/12/2018; sem grifos no original.)

"*AGRAVO REGIMENTAL EM* HABEAS CORPUS. *CONCUSSÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. JULGAMENTO DA APELAÇÃO DA DEFESA. COMPLEMENTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ALTERAÇÃO DO* QUANTUM *DA PENA FIXADO NA SENTENÇA.* REFORMATIO IN PEJUS. *INEVIDÊNCIA. PRECEDENTES. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. **Diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o efeito devolutivo da apelação é amplo, permitindo a revisão da dosimetria da pena e a adoção de novos fundamentos a embasar a exasperação da pena-base, em recurso exclusivo da defesa, desde que o* quantum *da pena não ultrapasse aquele fixado anteriormente pelo Magistrado singular.***

> *2. É incabível o exame de tese não exposta no* habeas corpus *e invocada apenas no agravo regimental, pois configura indevida inovação recursal. Precedente.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 439.948/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe de 29/05/2018.)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus*, para ratificar a decisão em que deferi parcialmente o provimento liminar requerido, tão somente para restabelecer os termos da condenação fixados na sentença (fls. 15-17)

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 05 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora