HABEAS CORPUS Nº 485.225 - SP (2018/0339813-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUCIANO PEREIRA DE ANDRADE - SP241228
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FELIPE DE ALMEIDA MACHADO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FELIPE DE ALMEIDA MACHADO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo em Execução n. 0007115-37.2018.8.26.0521.

Depreende-se dos autos que o juízo da execução redimensionou a reprimenda do paciente em face da alteração introduzida pela Lei n. 13.654/18, afastando a majorante da arma branca, na terceira fase da dosimetria, aplicando-a na primeira fase, como circunstância judicial desfavorável.

Irresignada, a defesa interpôs agravo em execução perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que a pena-base teria sido elevada sem fundamentação idônea.

Requer, ao final, o redimensionamento da reprimenda do paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 118-119.

As informações foram prestadas às fls. 134-166.

O MPF, às fls. 168-169, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No tocante à aventada ilegalidade na aplicação da pena-base, para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, a dosimetria procedida pela sentença condenatória (e-STJ fl. 128):

> *"Na primeira etapa, atento à diretriz do artigo 59 do Código Penal, cumpre reconhecer que o acusado não agiu com dolo normal para a espécie, e,* ***embora não seja reincidente e nem ostenta condenação anterior, consta do sistema que responde por outros 02 (DOIS) processos criminais nesta Vara, ambos por roubo (processos nº 1192.40.2017 e 1500091-88), o que denota que o réu faz do crime seu modo de vida,*** *causando extremo*

> *desconforto para a sociedade local e provocando medo em pessoas honestas. De rigor, portanto, a majoração da pena. Não por outra razão,* ***a pena deve ser fixada acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão.*** *Na segunda etapa da dosimetria, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Não se cogita da atenuante da confissão, visto que essa não foi integral, já que o acusado negou a posse de arma branca (faca), fato que foi confirmado por todas as testemunhas e também pela vítima.* ***No terceiro estágio, diante do reconhecimento da causa de aumento de pena de que trata o artigo 157, §2º, inciso I, do Código Penal, exaspero a reprimenda em 1/3 (um terço), totalizando 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão."***

O juízo da execução, por sua vez, assim se manifestou (e-STJ fl. 85):

> *"Com o advento da Lei nº 13.654/2018, resta forçoso o afastamento da majorante de armas brancas e impróprias, tornando-a apenas circunstância judicial prevista no artigo 59 do Codex, aumentando-se na primeira fase da dosimetria a pena base em 1/3 (um terço),* ***considerando a concorrência com personalidade voltada à prática de delitos,*** *conforme já apontada pelo Juízo Cognitivo, atingindo o total de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a qual torno definitiva à míngua de outras causas modificadoras.*
> *Ficam mantidos no mais os bem lançados argumentos fundantes da dosimetria apontados no édito condenatório que não foram alterados por esta decisão, bem como o regime de prisão anteriormente fixado."*

Por fim, o acórdão recorrido estabeleceu (e-STJ fl. 113):

> *"No mais, não há que se falar em reconhecimento de que as circunstâncias judiciais são favoráveis.*
> *Isso porque inocorreu qualquer ilegalidade na dosimetria da pena, uma vez que o juiz sentenciante apontou motivos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido.*
> *De mais a mais, no que pertine ao suposto exagero na elevação da pena-base, tal exasperação ocorreu com base em circunstâncias judiciais desfavoráveis, de acordo com o expressamente previsto no artigo 59, do Código Penal."*

Com efeito, quanto à alegada irregularidade na emissão de juízo sobre a vetorial da personalidade, cumpre ressaltar inicialmente que, consoante Cézar Roberto Bittencourt: *"Personalidade - deve ser entendida como síntese das qualidades morais e*

sociais do indivíduo. Na análise da personalidade, deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu" (Código Penal Comentado, 2. ed., pág. 212).

Da análise do *decisum* objurgado, constata-se que tal circunstância foi indevidamente valorada mediante fundamentação genérica, e não em elementos concretos, não se prestando assim à exasperação da pena-base, de acordo com a orientação desta Corte Superior.

Ademais, *"o emprego de arma branca, embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem" (HC 436.314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018),* o que não aconteceu na presente hipótese dos autos.

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. AFASTADA A VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, DA PERSONALIDADE, DA CONDUTA SOCIAL, DOS MOTIVOS DO CRIME E DOS MAUS ANTECEDENTES, QUE FORAM VALORADAS NEGATIVAMENTE SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MANTIDA A NEGATIVAÇÃO DO VETOR CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *IV - In casu à culpabilidade, aqui compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta (art. 59 do Código Penal), verifica-se que o d. juízo de primeiro grau não fundamentou de maneira adequada e suficiente a majoração da pena como consequência desse vetor em particular, limitando-se a afirmar, genericamente que ser a culpabilidade do recorrente "concreta e de alta reprovabilidade", motivo pelo qual a valoração negativa da referida circunstância judicial deve ser afastada. Precedentes.*
>
> *V - **No tocante a personalidade do recorrente as instâncias ordinárias se valeram do argumento de que o recorrente apresenta-se como indivíduo de má índole, voltada a prática criminosa e o seu comportamentos no caso vertente assim demonstrou. Ressalto que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Ademais, não é possível, a meu ver, 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.***
>
> *VI - Com relação à conduta social, vale frisar que esta retrata o papel na comunidade, inserida no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, não sendo tal circunstância judicial idônea para supedanear a elevação da pena quando não há notícias negativas sobre esses aspectos sociais do comportamento do réu.*

Precedentes.
VII - No que concerne aos motivos do crime, extrai-se do excerto retro, que como fundamentação para sua valoração negativa a sentença destaca tão somente que são "injustificáveis", o que não permite a manutenção do agravo da pena-base por tal circunstância, ante a flagrante ausência de fundamentação, já que, à toda vista, aqueles não ultrapassam o tipo penal in casu. Precedentes.
VIII - Quanto às consequências do crime, a fundamentação utilizada pelas instância originárias demonstra a correção na negativação de tal circunstância, com o condão de majorar a fixação da pena-base realizada na sentença, em razão da gravidade das consequências do crime, que em muito extrapolam as consequências ínsitas ao tipo penal, conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.
IX - Na hipótese, as instância originárias fundamentaram a exasperação da pena-base da reprimenda imposta ao paciente, na valoração negativa da circunstância judicial dos maus antecedentes, apesar de asseverarem que o recorrente seria primário, o que constitui flagrante constrangimento ilegal que deve ser afastado.
Precedentes.
X - Preservada apenas a análise negativa da circunstância judicial das consequências do crime, fica a reprimenda final do paciente estabelecida em para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.
Recurso ordinário parcialmente provido.
(RHC 105.761/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)"

"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 discricionaridade - 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 (dezesseis) 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)"*

Por fim, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que 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.

Ressalta-se que esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Impõe-se, assim, o afastamento da valoração negativa dada à circunstância judicial da personalidade. Devendo a reprimenda do paciente, na primeira fase da dosimetria da pena, ser redimensionada para o mínimo legal.

Na segunda fase da dosimetria, ausentes agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, diante da inexistência de causas de aumento e diminuição, alcança-se a reprimenda definitivamente o patamar de **4 (quatro) anos de reclusão**.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, não conheço do *writ*, contudo, **concedo *o habeas corpus* de ofício,** nos termos do art. 654, § 2º, Código de Processo Penal, a fim de redimensionar a reprimenda do paciente para **4 (quatro) anos de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator