HABEAS CORPUS Nº 504.262 - AC (2019/0105435-4)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADOS	:	DION NÓBREGA LEAL - AC000681
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE	:	LEOMAR DA SILVA SOUZA (PRESO)
PACIENTE	:	VANDAL LEE DE LIMA LEAL (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEOMAR DA SILVA SOUZA e VANDAL LEE DE LIMA LEAL contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Acre proferido na Apelação n.º 0001079-56.2018.8.01.0009.

Segundo consta na denúncia, no dia 04/07/2018, os Pacientes, "*agindo em coautoria caracterizada pela comunhão de vontades e conjunção de esforços destinados ao objetivo comum, mediante rompimento de obstáculo, subtraíram, para proveito de ambos, 01 (uma) motocicleta, marca Honda, modelo NXR 150 BROS ESD, placa NAE 4251 e 01 (um) Notebook, marca HP, pertencentes ao Estado do Acre*" (fl. 106).

Finda a instrução criminal, os Pacientes foram condenados como incursos no art. 155, § 4.º, incisos I e IV, do Código Penal. A LEOMAR foram impostas as penas de 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, enquanto a VANDAL LEE foram cominadas as penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Para ambos os Réus, foi fixado o regime inicial semiaberto e indeferido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento, a fim de afastar a valoração negativa da personalidade dos agentes, sem alteração das reprimendas impostas. Confira-se a ementa do referido julgado (fl. 167):

> "*PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DECOTE DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL 'PERSONALIDADE'. MANUTENÇÃO DESFAVORÁVEL DA VETORIAL 'CONDUTA SOCIAL'. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.*

FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROVIMENTO PARCIAL.

1. A presença de circunstância judicial desfavorável impede a fixação da pena-base no mínimo legal.

2. A forma com que os Apelantes se comportam no meio em que convivem, revela que suas condutas não são consideradas como aceitáveis perante a sociedade.

3. Incabível aplicação do cumprimento da pena em regime inicial aberto, havendo circunstância judicial desfavorável.

4. Apelos conhecidos e parcialmente providos."

Nas razões deste *writ*, a Defensoria Pública alega, em suma, a existência de equívoco no acórdão impugnado, no tocante à valoração negativa da circunstância judicial da conduta social, e, ainda, no agravamento do regime prisional com base em ações penais em andamento.

Requer, em liminar, a suspensão dos efeitos da condenação. No mérito, pugna pela reforma do acórdão combatido, "*aplicando-se legalmente a regra dos arts. 59 e 68 do Código Penal quanto à valoração correta das circunstanciais judiciais, (mormente a impossibilidade da utilização dos antecedentes criminais para valorar a conduta social e personalidade), com o redimensionamento da pena e mudança no regime prisional*" (fl. 11).

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Observo, em juízo de cognição sumária, que estão preenchidos os requisitos para a concessão da liminar, **em extensão diversa** da pleiteada.

De início, quanto ao pedido de suspensão dos efeitos da condenação, cumpre observar, em juízo de cognição sumária e prelibatória, que não reputo configurado um dos requisitos para o deferimento da medida urgente requerida, qual seja, o *fumus boni iuris*, pois, como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria no sentido de que "[...] *a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*" (ARE 964.246

RG, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

No mesmo sentido:

> "[...]
> *2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44.*
> ***3. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de* reformatio in pejus *e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes*.***
> *4. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena imposta à paciente, uma vez que já esgotada a instância ordinária, aguardando-se atualmente, o julgamento dos reclamos de natureza extraordinária interpostos pela sua defesa.*
> *5. Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no HC 440.459/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018; sem grifos no original.)

No tocante às penas aplicadas aos Pacientes e ao correspondente regime prisional, registro que esta Corte Superior entende que inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, **conduta social negativa** ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Nesse sentido, dispõe a Súmula n.º 444/STJ:

> "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*"

A propósito:

> "HABEAS CORPUS. *ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA. OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. SÚMULA N. 444 DO STJ. CAUSA DE AUMENTO. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE.* BIS IN IDEM.

NÃO OCORRÊNCIA. MENORIDADE RELATIVA. RECONHECIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

***5. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de indicador de maus antecedentes, conduta social negativa ou de ser a personalidade do agente voltada para o crime. Inteligência do enunciado sumular n. 444 do STJ, segundo o qual '*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base'.**

[...]

8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 15 dias-multa." (HC 266.447/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017; sem grifos no original.)

No caso, o Tribunal *a quo* reformou a sentença condenatória, a fim de afastar a valoração negativa da personalidade dos Acusados, mantendo, contudo, a avaliação desfavorável da conduta social.

Confiram-se, por oportuno, os seguintes trechos do acórdão combatido (fls. 171 ; grifos diversos do original):

"[...]

Pleiteia a defesa o redimensionamento da pena atribuída aos Apelantes, ante a impossibilidade da utilização dos antecedentes criminais para valorar a conduta social e a personalidade.

***O pedido deve ser provido, ainda que parcialmente**.*

*Analisando a r. sentença vergastada, observa-se que para afastar a pena-base do mínimo legal, o Juízo Singular valorou negativamente as circunstâncias judiciais **conduta social** e **personalidade** – fls. 99/100.*

Passo a analisá-las individualmente:

*- **Personalidade e Conduta Social**.*

[...]

Com efeito, foi utilizado o registro de crimes praticados pelos Apelantes contra o patrimônio para valorar duas circunstâncias judiciais.

***Conquanto as infrações apontadas nas certidões criminais (fls. 85/86 e 87/88) não encontrem amparo para ensejar avaliação negativa da personalidade, é possível que sejam sopesadas na análise da conduta social**.*

Sobre a circunstância judicial conduta social, o doutrinador Ricardo Augusto Schmitt instrui:

[...]

Saltam aos olhos que a prática de infrações penais pelos Recorrentes, de acordo com suas fichas criminais (fls. 85/86 e 87/88),

repercutiu sobremodo na sociedade, principal vítima de seus atos, reflexo de uma conduta voltada à prática de crimes.

Sobressai do SAJ/PG5 a existência de 06 (seis) feitos, ***todos tramitando*** *na Vara Criminal da Comarca de Senador Guiomar-AC, em desfavor do Apelante* ***LEOMAR DA SILVA SOUZA****: (0005779-02.2018.8.01.0001) - Ação Penal - Julgado em 04 de dezembro de 2018, resultando na condenação em 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, nas penas do art. 155, § 4º, I (rompimento de obstáculo) e art. 180,* caput *(receber e ocultar), ambos do Código Penal, em concurso material; (0001653-79.2018.8.01.0009) – Ação Penal - art. 155, § 4º, I (rompimento de obstáculo) e IV (concurso de duas ou mais pessoas) do Código Penal; (0001665-93.2018.8.01.0009) - Ação Penal - art. 155, § 4º, I (rompimento de obstáculo) e IV (concurso de duas ou mais pessoas) do Código Penal; (0000125-73.2019.8.01.0009) - Ação Penal - art. 155, § 4º, II (abuso de confiança) e IV (concurso de duas ou mais pessoas), do Código Penal; (0500010-29.2018.8.01.0009) - Auto de Prisão em Flagrante – Art. 155, § 4º, Incisos I e IV e art. 180, ambos do Código Penal) – (0001872-29.2017.8.01.0009) – Termo Circunstanciado - art. 33,* caput*, da Lei n.º 11.343/06 – houve declínio da competência em favor da Vara Criminal em 29 de março de 2019.*

Prosseguindo, no tocante ao apelante ***Vandal Lee de Lima Leal*** *constatou-se* ***07 (sete) feitos em andamento****: (0005779-02.2018.8.01.0001) - Ação Penal - art. 155, § 4º, I (rompimento de obstáculo) e IV (concurso de duas ou mais pessoas) e art. 180, caput (receber e ocultar), ambos do CP, em concurso material – sentenciado em 04 de dezembro de 2018, restando o Recorrente absolvido, sem certidão de trânsito em julgado; (0001919-37.2016.8.01.0009) – Ação Penal - Julgado em 22/05/2018, e condenado como incurso no artigo 155, § 4º, I (rompimento de obstáculo) e IV (concurso de duas ou mais pessoas), do Código Penal e art. 244-B da Lei n.º 8.069/90, em concurso material, à pena de 3 (três) anos de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa; (0000067-07.2018.8.01.0009) - Ação Penal – sentenciado em 23/05/2018, e condenado nas penas do artigo 155, § 4º, I (rompimento de obstáculo) e IV (concurso de duas ou mais pessoas), do Código Penal e art. 244-B da Lei n.º 8.069/90, em concurso material, à pena de 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa; (0000965-20.2018.8.01.0009) - Ação Penal - julgado em 08/11/2018, e condenado nas penas do art. 155, § 4º, II (rompimento de obstáculo), do Código Penal, nas sanções do artigo 155, § 4º, II (rompimento de obstáculo), do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multa; (0001307-31.2018.8.01.0009) - Ação Penal - julgado em 21/02/2019 e condenado como incurso no art. 155, § 1º e § 4º, I (rompimento de obstáculo) e IV (concurso de duas ou mais pessoas) do Código Penal, à pena de 03 (três) anos de reclusão, sem certidão; (0001320-30.2018.8.01.0009) - Ação Penal - art. 155, § 4º, I*

(rompimento de obstáculo) e IV (concurso de duas ou mais pessoas), do Código Penal; (0001665-93.2018.8.01.0009) - Ação Penal - art. 155, § 4º, I (rompimento de obstáculo) e IV (concurso de duas ou mais pessoas) do Código Penal.

Ressalte-se, pois, dos feitos acima, à exceção apenas do Termo Circunstanciado n.º 0001872-29.2017.8.01.0009 - art. 33, caput, *da Lei n.º 11.343/06 – onde figura Leomar da Silva Souza, são pelo cometimento de furto, demonstrando a propensão delitiva dos Recorrentes para crimes patrimoniais.*

[...]

Diante disso, ***a negativação da personalidade deve ser afastada, como de fato a afasto, todavia, mantenho desfavorável ao Apelante a vetorial conduta social no cálculo da pena-base, eis que patente a habitualidade delitiva dos Recorrentes em crimes patrimoniais***.

[...]."

A partir dos excertos transcritos, verifico, *prima facie*, que as instâncias ordinárias não observaram o disposto da Súmula n.º 444 desta Corte, de modo que não há motivação idônea para a exasperação da pena-base dos Pacientes.

Nesse contexto, considerando a sanção imposta a cada um dos Acusados – inferior a 04 (quatro) anos de reclusão –, a primariedade de ambos os Pacientes (fls. 110-111) e a inexistência de fundamentação válida para a análise desfavorável das circunstâncias judiciais, mostra-se cabível a fixação do regime inicial aberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Ilustrativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. PRAZO COMPUTADO NOS MOLDES DO ART. 798 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA RECLUSIVA DE 1 ANO, 11 MESES e 10 DIAS. REGIME FECHADO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES ALTERNATIVAS. REFERÊNCIA À HEDIONDEZ DO CRIME. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

[...]

3. Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

4. Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do

> ***tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.***
>
> *5. Agravo regimental desprovido.* Habeas corpus *concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena.*" (AgInt no AREsp 1.142.322/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; sem grifos no original.)

Confiram-se, a propósito, os enunciados n.os 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

> "*A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*"
>
> "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

Aplicável, ainda, *mutatis mutandis*, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

> "*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.*"

Ante o exposto, DEFIRO o pedido liminar, **em extensão diversa**, para determinar, até o julgamento definitivo deste *writ*, a fixação do regime aberto como o inicial para o cumprimento das penas impostas aos Pacientes, com as condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado do Acre e ao Juízo de primeiro grau, encaminhando-lhes cópia desta decisão.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem, notadamente acerca do cumprimento da pena imposta aos Pacientes.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para o parecer.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 16 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora