

HABEAS CORPUS Nº 502.681 - PE (2019/0096410-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : RODRIGO GONCALVES TRINDADE
ADVOGADO : RODRIGO GONÇALVES TRINDADE - PE001081B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : EDUARDO HENRIQUE SOARES GONCALVES

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial sem pedido liminar impetrado em favor de EDUARDO HENRIQUE SOARES GONÇALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco na apelação criminal n. 0048609-41.2015.8.17.0001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime descrito no art. 171, *caput*, c/c o art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 20 (vinte) dias-multa, calculados no mínimo legal, porque induziu a vítima a erro a fim de obter vantagem ilícita, mediante a emissão de cheques extraviados, ao fazer o pagamento de um veículo no valor de R\$11.000,00 (onze mil reais) (e-STJ fls. 8-11).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, e teve o seu recurso parcialmente provido para reduzir a pena do réu para 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, e pagamento de 12 (doze) dias-multa (e-STJ fls. 43-51).

Neste *writ*, o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que o Tribunal de origem, ao analisar o apelo criminal afastou as vetoriais da culpabilidade e antecedentes, mas não se manifestou quanto à personalidade, conduta social e motivos do crime, embora tenha sido objeto de insurgência nas razões de apelação.

Assevera que houve manifesta negativa de jurisdição, razão pela qual afirma que deve ser anulado o julgamento anterior, a fim de que o Tribunal *a quo* se manifeste acerca da falta de fundamentação das circunstâncias judiciais da personalidade, conduta social e motivos do crime.

Requer, ao final, a concessão da ordem, nos termos requeridos na impetração.

Em parecer (e-STJ fls. 57-60), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.

Inicialmente, 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, inciso III, 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.

Quanto ao tema objeto de insurgência, ou seja, a ausência de manifestação do Tribunal de origem acerca das circunstâncias judiciais da personalidade,

conduta social e motivos do crime, observa-se que a defesa requereu a revisão dos fundamentos adotados para sopesar negativamente as referidas vetoriais nas razões de apelação (e-STJ fls. 18-21).

Ao julgar o recurso, o Tribunal de origem reduziu a pena fixada pelo Magistrado singular. Quanto ao exame das circunstâncias judiciais, o voto do Desembargador revisor, a despeito de não ter analisado de forma pormenorizada todas as circunstâncias judiciais, manifestou-se que "*As demais circunstâncias judiciais foram analisadas de forma escorreita*" (e-STJ fl. 48), mantendo a sentença nos demais aspectos.

Assim, possível a análise da dosimetria por esta Corte Superior, em razão da presença de constrangimento ilegal, como se passa a discorrer.

No que se refere à primeira etapa da dosimetria, constata-se que o Magistrado singular fixou a pena-base acima do mínimo legal, conforme trecho da sentença a seguir transcrito, *in verbis* (e-STJ fls. 10-11):

"Atendendo o disposto no art. 59 do Código Penal tenho: Culpabilidade - concreta e de alta reprovabilidade; Antecedentes - há notícias de sua vida pregressa, no entanto é primário - Personalidade - Trata-se de um elemento com sua conduta voltada a submundo do crime, estelionato. Conduta Social, tenho-a como irregular. Motivos do Crime - injustificáveis - Circunstâncias - normais para este tipo de infração Atenuante - não há. Agravantes - não há. Considerando os seus péssimos antecedentes e a reincidência deixo de fixar a pena base no mínimo legal. Destarte, pelo crime do art. 171, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, aumento 1/3(um terço) pela continuidade delitiva, ficando em concreto em 04 (quatro) anos reclusão e 20(vinte) dias-multa, a ser cobrada na base de um trigésimo do salário mínimo, na ausência de atenuantes e agravantes e de causas que diminua a pena. Deverá cumprir a pena sob o regime, inicialmente, semi-aberto."

Ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de origem afastou a análise desfavorável da **culpabilidade**, fixando a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, conforme os seguintes excertos dos votos proferidos pelos Desembargadores Relator e Revisor, respectivamente (e-STJ fls. 41-48):

"No caso dos autos, observo que a pena-base do recorrente foi fixada pelo magistrado acima do mínimo legal, tendo em vista ter sido considerado de forma desfavorável ao apelante as circunstâncias judiciais dos antecedentes e personalidade, previstas no art. 59 do Código Penal.

No entanto, no que diz respeito à circunstância judicial dos antecedentes, o magistrado sentenciante considerou-a de

forma desfavorável tendo em vista existir nos autos "notícias de sua vida pregressa", no entanto, a certidão de fls. 73, aponta apenas o processo em tela em desfavor do apelante.

Dessa forma, tendo em vista que o ora apelante ainda não possui sentença condenatória transitada em julgado, a circunstância judicial em tela não pode ser considerada para agravar a pena do recorrente, segundo orientação sumulada do Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula nº 444: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Assim, afasto a circunstância judicial da culpabilidade e redimensiono a pena-base de 03(três) anos para 02(dois) anos de reclusão."

[...]

"In casu, o MM. Juiz sentenciante, ao dosar a pena-base, considerou como circunstâncias desfavoráveis, a culpabilidade, personalidade e a conduta social do agente, bem como os motivos do crime, para fixa-la em 03 (três) anos de reclusão.

Destaco, no entanto, que relativamente à culpabilidade, o Magistrado sentenciante se referiu ao elevado grau de reprovabilidade da conduta do réu, sem apresentar qualquer justificativa factual para tanto, não logrando, desse modo, fundamentar adequadamente sua decisão.

[...]

As demais circunstâncias judiciais foram analisadas de forma escoreita.

*Contudo, o equívoco antes mencionado impõe o redimensionamento da pena-base, **reduzindo-a para 02 (dois) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa**, considerando que a pena cominada para o delito em apreço é de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão, bem como que **subsistem 03 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apenado.**" (grifei)*

Em cotejo à fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias, extrai-se que, quanto à **personalidade**, fundamentou o Juiz sentenciante que *"Trata-se de um elemento com sua conduta voltada a submundo do crime, estelionato"*.

Acerca do tema, cumpre destacar que é assente na doutrina que, na análise da personalidade, o magistrado deve verificar *"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"* (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 776).

Na mesma esteira, Guilherme de Souza Nucci esclarece que é

imprescindível "haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou e vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência" (Código Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 427).

Nesse aspecto, tem-se que a fundamentação utilizada não se mostra adequada para a análise de tal vetor, em razão ausência de dados concretos que permitam a correta aferição da personalidade do agente.

Ilustrativamente:

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.

[...]

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.

[...]

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)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO. ESTELIONATO. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA E ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. MOTIVOS DO CRIME E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL.

CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. GRAVE PREJUÍZO À VÍTIMA. PERSONALIDADE. COCULPABILIDADE ÀS AVESSAS. PROCESSOS EM CURSO, SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAR A PENA-BASE. SÚMULA 444/STJ. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR ÀQUELE NARRADO NA DENÚNCIA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REDUÇÃO DA PENA-BASE. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

11. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatórios dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. No caso, sob a influência da teoria da coculpabilidade às avessas, as instâncias ordinárias constataram reduzido senso ético-social do paciente, em razão de ter triado o caminho da criminalidade, a despeito das favoráveis condições sócio-econômicas. Tal circunstância, cujos pressupostos fáticos não podem ser alterados nesta sumária via do habeas corpus, sob pena de indevido revolvimento fático probatório, permite concluir pela personalidade criminosa do agente.

[...]

15. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena para 3 anos de reclusão, bem como fixar o regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo a reprimenda em meio diverso.

(HC 443.678/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 26/03/2019)

No tocante aos vetores **conduta social** ("tenho-a por irregular"), e **motivos do crime** ("injustificáveis"), a jurisprudência consolidada nesta Corte, em estrita observância ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais insculpido no art. 93, inciso IX, da Carta de 1988, é firme no sentido de que a exasperação da pena-base deve ser ancorada em fundamentos concretos e idôneos, mostrando-se insuficientes conceitos descritos por meio de expressões vagas, genéricas ou que traduzam elementos que integram o preceito primário do crime em discussão, como ocorreu neste caso.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO TENTADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA E ABSTRATA. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. NECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na hipótese, o Tribunal de origem manteve a valoração negativa das circunstâncias e das consequências do crime, declinando

motivação genérica e limitando-se a fazer alusão a elementos genéricos ou ínsitos ao tipo penal - emprego de força contra a vítima causando-lhe lesões leves no pescoço e trauma psicológico decorrente da luta corporal -, sendo certo que tais fundamentos não se apresentam idôneos para o aumento da pena-base no tocante aos citados vetores.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1334258/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 29/03/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, II E V, DA LEI N.º 8.137/90. NULIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO REALIZADA DIRETAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. SÚMULA 283 E 284 DO STF. CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. ILICITUDE NÃO CARACTERIZADA. [...] DOSIMETRIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ART. 654, § 2º, DO CPP. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REGIME INICIAL. ABRANDAMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

3. Quanto à culpabilidade, aos motivos e às circunstâncias do crime, observa-se o emprego de fundamentação genérica, insuficiente para demonstrar a gravidade diferenciada da conduta, desautorizando a elevação da pena-base com espeque nesses vetores.

3. A presença de apenas uma circunstância judicial desfavorável, aliada ao quantum de pena resultante das modificações promovidas por esta Corte no cálculo dosimétrico, autoriza a fixação de regime inicial aberto. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar a pena e abrandar o regime inicial, nos termos do voto.a

(AgRg no AREsp 1197067/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe 26/10/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 18, INCISO I, DA LEI N.º 6. 368/1976. TESE DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CULPABILIDADE, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

6. A vetorial dos motivos do crime foi valorada negativamente de forma inidônea, pois o Magistrado singular se valeu de fundamentação genérica para isso, consignando que o Paciente visava "obter lucro sem o exercício de atividade lícita".

7. Ordem de habeas corpus concedida, em parte, a fim de reformar o

acórdão impugnado tão somente para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa da circunstância judicial referente ao motivo do crime, ficando a pena corporal final quantificada em 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a pecuniária em 200 (duzentos) dias-multa.

(HC 450.439/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2019, DJe 24/04/2019)

Por tais razões, verificada a inadequação da consideração negativa das circunstâncias judiciais acima mencionadas, deve ser reduzida a pena aplicada ao paciente.

Destarte, na primeira fase, mantidos os demais parâmetros aferidos pelas instâncias ordinárias, fixa-se a pena-base do crime de estelionato em 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda etapa, não há agravantes ou atenuantes a considerar, devendo ser mantida a pena fixada na fase anterior.

No terceiro estágio, em razão da continuidade delitiva, mantém-se o acréscimo na fração de 1/3 (um terço), e, na sequência, preserva-se a aplicação da causa de redução prevista no art. 16 do Código Penal, também na fração de 1/3 (um terço), ficando a pena definitivamente fixada em **10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 8 (oito) dias-multa.**

Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade, tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, impõe-se a **substituição** da reprimenda reclusiva por uma pena restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução Criminal, por entender-se que esta medida é socialmente recomendável diante das características do crime praticado (estelionato praticado mediante pagamento de veículo com cheques extraviados de terceiro no valor de R\$11.000,00) e porque atenderá aos caracteres preventivo e ressocializador da sanção penal.

Acrescento que se ao tipo penal é cominada pena de multa cumulativa com a reprimenda privativa de liberdade substituída, não se mostra socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva prevista no art. 44, § 2º, 2ª parte, do Código Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece do writ, concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir a pena imposta a EDUARDO HENRIQUE SOARES GONÇALVES para **10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 8 (oito) dias-multa**, para substituir a sanção reclusiva por uma pena restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução Criminal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 06 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator