

HABEAS CORPUS Nº 507.774 - DF (2019/0124053-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : PABLO DE FRANCA MONTEIRO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em benefício de PABLO DE FRANCA MONTEIRO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Distrito Federal, proferido no julgamento do Agravo em execução n. 20190020001916, cujo acórdão restou resumido (fls. 27/37):

"RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ARMA BRANCA. FACA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE DE EMPREGO DE ARMA. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI 13.654/2018. READEQUAÇÃO DA MAJORANTE REFERENTE AO CONCURSO DE PESSOAS DA PRIMEIRA PARA A TERCEIRA FASE COMO CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA "NO REFORMATIO IN PEJUS". RECURSO DESPROVIDO.

1. *Tendo em vista a exclusão da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo, e presente apenas a majorante do concurso de pessoas, faz-se necessária a readequação da última, antes utilizada na primeira fase como circunstância judicial, para a terceira fase, como causa de aumento.*

2. *A readequação dos fundamentos da dosimetria da pena, já reconhecidos na sentença, sem aumento do "quantum" da reprimenda imposta, não viola a coisa julgada nem implica "reformatio in pejus".*

3. *Recurso desprovido."*

No presente *mandamus*, sustenta a Defensoria Pública que, embora o órgão acusatório não tenha recorrido da sentença, o Tribunal de origem elevou a pena-base em razão do uso da arma branca, incorrendo em *reformatio in pejus*. Acrescenta, ainda, que *"é vedado na fase de execução penal exercer alteração qualitativa da dosimetria, mesmo sob o argumento de que a pena quantitativamente permaneceu a mesma"* (fl. 7).

Pretende, no mérito, a concessão da ordem *"a fim de que seja cassado o acórdão atacado e determinada a retificação da conta de liquidação do paciente com a correta dosimetria da pena"* (fl. 10)

Não houve pedido de medida urgente. Parecer ministerial de fls. 47/49 pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

A propósito, são estes os pertinentes fundamentos do aresto hostilizado, *litteris*:

"[...]"

Conforme consta dos autos, o recorrente foi condenado como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e li, do Código Penal (roubo majorado pelo emprego de arma - faca - e concurso de pessoas).

No decreto condenatório (cópia da sentença às fls. 16-22), o eminente Juiz de Direito utilizou a causa de aumento referente ao concurso de pessoas como circunstância judicial, na primeira fase da dosimetria, e o emprego de arma (faca) na terceira fase, como causa de aumento, tendo a referida decisão transitado em julgado em 02/03/2016, sem qualquer alteração.

Em sede de execução, a douta Defesa formulou pedido de aplicação da lei penal posterior mais benéfica (Lei 13.654/2018), sob o argumento de que o emprego de arma branca não mais configura causa de aumento (fls. 9 do presente recurso e fls. 181 dos autos principais n. 0030715-86.2015.807.0015).

O eminente Juiz da Vara de Execução Penal deferiu parcialmente o pedido da douta Defesa, para excluir da incidência legal a menção ao inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal (majorante referente ao emprego de arma), com base na Lei 13.654/18; porém, deslocou o concurso de pessoas da primeira para a terceira fase, utilizando-o como causa de aumento, sem alterar o "quantum" de pena e o regime fixado. Colhe-se, da sentença (fls. 7-8verso), o trecho que pertine:

Há que se ter em mente, ainda, que um dos principais vetores axiológicos que inspiram o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal é a isonomia. De fato,

deve-se retroagir a lei para que fatos idênticos sejam julgados com o mesmo rigor legal. Assim, se a nova configuração típica revelar rigor legal atenuado, deverá retroagir para que o sentenciado tenha sua pena recalculada como se tivesse praticado o crime sob a égide do novo regramento legal, recebendo, pois, tratamento igual ao daquele que praticou o delito após a edição da nova lei.

Também por tal motivo não há óbice para que, na aplicação retroativa da lei em questão, se passe a considerar na primeira fase da dosimetria o emprego de arma branca e na terceira etapa o concurso de agentes, ainda que, na sentença ou acórdão condenatório se tenha procedido de maneira inversa, sob pena de admitirmos que uma circunstância que foi e continua a majorar a pena do roubo seja simplesmente desconsiderada por ocasião da dosimetria e, portanto, por via oblíqua, ao menos no caso em tela, a Lei 13.654/2018 acabaria por trazer ao apenado a exclusão de toda e qualquer majorante, ainda que reconhecida no decreto condenatório.

Compulsando os autos, verifico que, além do emprego de arma branca, estava presente outra causa de aumento, que, porém, foi considerada pelo juiz sentenciante na fixação da pena-base. Contudo, restando presente, após a inovação legislativa, apenas uma causa de aumento, de rigor que, por força do princípio da especialidade, seja ela considerada na terceira fase, passando-se a valorar o emprego da arma na primeira fase.

Considerando que mesmo diante do cenário delineado pela Lei 13.654/2018, mantém-se os fundamentos para as exasperações levadas a cabo na primeira e na terceira fases da dosimetria em idênticos patamares, na medida em que valoro negativamente o emprego de arma branca na primeira fase de dosimetria, pois tal instrumento indubitavelmente representou maior risco à vida e integridade física da vítima. Nada a alterar na segunda fase de dosimetria. Por fim, na terceira fase, mantenho a pena majorada à razão mínima de 1/3, diante da segunda causa de aumento de pena reconhecida expressamente no decreto condenatório. Ante o exposto, acolho parcialmente o pedido defensivo para aplicar retroativamente a Lei 13.654/2018 para, sem alterar a quantidade de pena e o regime fixados no decreto condenatório, determinar tão somente a retificação da conta de liquidação para excluir da incidência legal a menção ao inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal.

(fls. 8-8verso)

[...]

Em que pesem os argumentos expendidos, o pleito não merece prosperar.

No tocante à causa de aumento referente ao emprego de arma (faca), incensurável o decote efetuado pelo eminente Magistrado da Vara de Execuções Penais.

Com efeito, anteriormente à Lei 13.654/2018, o inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal previa como majorante o emprego de arma, não especificando qual o tipo de artefato (arma de fogo ou arma branca). Entretanto, a nova lei, de 23-abril-2018, modificou a normatização referente ao delito de roubo, revogando o citado inciso e incluindo o § 2º-A, inciso I, no artigo 157 do Código Penal, prevendo a majorante referente apenas ao emprego de arma de fogo, de modo que, sendo empregado outro tipo de artefato, como, por exemplo, uma faca (caso dos autos), não há a incidência da referida causa de aumento.

Assim, considerando que o agravamento da pena pelo uso da arma branca havia sido considerado pelo Juiz prolator do decreto condenatório originário, como causa de aumento que era prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (revogado), procedeu com acerto o eminente Juiz da Vara de Execução, ao afastar a referida majorante da incidência legal.

No que refere ao concurso de pessoas (cerne da questão), igualmente acertada a decisão do Juízo da Vara de Execução Penal em deslocá-lo da primeira fase (em que estava sendo utilizado como circunstância judicial) para a terceira etapa da dosimetria (utilizando-o como causa de aumento).

A possibilidade de realização de nova dosimetria pelo Juízo da Vara de Execução Penal (caso dos autos), com o fito de aplicação de lei mais benéfica, encontra amparo no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, bem como da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal, os quais estabelecem:

[...]

Pois bem.

Embora o eminente Juiz que proferiu o decreto condenatório originário tenha utilizado a majorante do concurso de pessoas como circunstância judicial (na primeira fase), o roubo não deixou de ser circunstanciado. Não se desconhece a possibilidade de que, quando existentes duas ou mais causas de aumento, utilizar-se uma como majorante (na terceira fase), e a(s) outra(s) na primeira fase, como circunstâncias judiciais. Inobstante, não se faz possível manter tal readequação quando uma delas foi decotada (caso dos autos).

No presente caso, após as duas causas de aumento terem sido reconhecidas no decreto condenatório, uma delas foi utilizada na terceira fase, como majorante (emprego de arma), ao passo que a outra (concurso de pessoas) foi utilizada na primeira fase da dosimetria, como circunstância judicial. Entretanto, como visto alhures, o Juízo da Vara de Execuções, ao aplicar a lei mais benéfica (Lei 13.654/18), excluiu a

causa de aumento referente ao emprego de arma (faca) da terceira fase.

Dessa forma, presente apenas a majorante do concurso de pessoas, inviável a manutenção do seu reconhecimento na primeira fase, como realizado na instância de origem, sendo de rigor o seu deslocamento para a terceira fase, como fez o eminente Juízo da Vara de Execuções Penais, sob de se apenar um delito circunstanciado por uma causa de aumento prevista no artigo 157, § 2º, do Código Penal, como se fosse roubo simples.

[...]

Como bem salientou o eminente Magistrado da Vara de Execuções Penais, impedir o deslocamento do concurso de pessoas para a terceira fase da dosimetria significaria "admitirmos que uma circunstância que foi e continua a majorar a pena do roubo seja simplesmente desconsiderada por ocasião da dosimetria"(fl. 8), sendo que, nesse caso, a Lei 13.654/2018 acarretaria a exclusão de toda e qualquer majorante, ainda que reconhecida na sentença.

Acrescente-se, outrossim, que, ao deslocar o concurso de pessoas para a terceira fase e reconhecê-lo como causa de aumento, o Juiz da Vara de Execuções Penais não ofendeu os princípios da "non reformatio in pejus" e da intangibilidade da coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal), tampouco o artigo 185 da Lei de Execução Penal (como alegou a douta Defesa às fls. 9 e 10), uma vez que a condenação já o fora no tipo circunstanciado, além de o concurso de pessoas ter sido devidamente reconhecido na sentença.

Não bastasse, cumpre frisar que o "quantum" fixado pelo Juízo da Vara de Execuções Penais não resultou em aumento da pena aplicada na condenação, sendo certo que a readequação dos fundamentos da dosimetria da pena, sem aumento do "quantum" da reprimenda imposta (caso dos autos), não implica "reformatio in pejus", conforme reiterada jurisprudência desta Corte, a seguir exemplificada:

[...]

Nessa diretiva, a sentença proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais deve ser mantida, nos seus exatos termos.

Prequestionamento

Quanto ao pedido de manifestação expressa acerca dos temas jurídicos que delineiam a matéria, especialmente os artigos 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, e 185 da Lei de Execução Penal, para fins de prequestionamento, cumpre ressaltar que todos foram devidamente abordados.

DIANTE DO EXPOSTO, nego provimento ao recurso."

Na hipótese em debate, o delito de roubo foi praticado com o emprego de arma branca (faca), situação não mais abrangida como majorante do crime de roubo, uma vez que a Lei n. 13.654/2018 revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Nessa ordem de ideias, de rigor a aplicação da *novatio legis in melius*,

conforme fez o Juiz de primeiro grau, excluindo a causa de aumento do art. 157, § 2º, inciso I, do CP, procedendo a novo cálculo dosimétrico. Nesse sentido: HC n. 436.314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/8/2018, DJe 21/8/2018; AgRg no AREsp n. 1.249.427/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 19/6/2018, DJe 29/6/2018, dentre outros.

De outro lado, conforme orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, embora o emprego de arma branca 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. Ilustrativamente:

"PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA BRANCA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 13.654/2018. REVOGAÇÃO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.654/2018. COMPETÊNCIA DO STF.

1. O crime em análise foi praticado com o emprego de arma branca (faca), situação não mais abrangida como majorante do delito de roubo, uma vez que a Lei n. 13.654/2018 revogou o inciso I do §2º do art. 157 do CP. Dessa forma, tendo em vista a abolitio criminis, promovida pela referida lei, e em observância ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, é de rigor a aplicação da novatio legis in mellius, devendo ser excluída a causa de aumento do art. 157, §2º, inciso I, do CP do cálculo dosimétrico.

[...]

3. A atuação desta Corte Especial restringe-se à interpretação e à uniformização do direito infraconstitucional federal, não sendo instância revisora, tanto é que o recurso especial não tem efeito amplo devolutivo. Assim, embora o emprego de arma branca não se subsuma mais a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, pode eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora pelas instâncias ordinárias, não cabendo aqui ser realizado o manejo na dosimetria da pena requerido pelo ora agravante.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1351373/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019)

De mais a mais, a jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no

sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em Primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante, bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

Nesse sentido, cito julgados:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. RECEPÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO PELA CORTE A QUO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O reexame da dosimetria da pena em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

3. In casu, a Corte estadual afastou a circunstância judicial dos maus antecedentes considerada pelo juízo sentenciante e ponderou a natureza do bem receptado (veículo automotor) para manter a exasperação da pena-base, porém em fração menor (1/6).

4. É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal a quo, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu. **Precedentes:** RHC 47.188/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015 e HC 152.532/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 13/04/2012).

5. Habeas corpus não conhecido" (HC 316.941/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 4/3/2016).

No caso em análise, não ocorreu o sustentado *reformatio in pejus*, nem a ilegalidade invocada. O paciente foi condenado à pena definitiva de 5 anos e 6 meses de reclusão. O Juízo da execução afastou a incidência do inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, aplicou "retroativamente a Lei 13.654/2018 para, sem alterar a quantidade

de pena e o regime fixados no decreto condenatório", tendo determinado "tão somente a retificação da conta de liquidação para excluir da incidência legal a menção ao inciso I do §2º do art. 157 do Código Penal." (fls. 21/24)

Em verdade, a Corte de apelação apenas deu a correta classificação jurídica aos fatos narrados desde a denúncia, à luz do art. 617, c/c o art. 383 do Código de Processo Penal.

Ilustrativamente:

"PENAL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE AUTORIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. CORRUPÇÃO DE MENORES. FATO E AUTORIA COMPROVADOS. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. ENQUADRAMENTO DO FATO (CORRUPÇÃO DE MENORES) COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA E NÃO COMO CRIME AUTÔNOMO. REDUÇÃO DA PENA. EMENDATIO LIBELLI. DESNECESSIDADE. FATO DESCRITO NA DENÚNCIA. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DIVERSO. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONTRARIEDADE A PRECEITO DE LEI FEDERAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

*1. No tocante ao pedido de absolvição, a presente via recursal não se presta ao revolvimento da matéria fático-probatória, como ocorre quando a decisão é atacada sob alegações de insuficiência e/ou má apreciação das provas, devendo a ilegalidade limitar-se em questões de **direito**, especificamente às de natureza legal federal, o que não se evidencia do presente caso.*

2. Não há falar em reformatio in pejus quando o Tribunal, em recurso exclusivo da defesa dá novo enquadramento jurídico ao fato criminoso (corrupção de menores), transformando-o de crime autônomo (art. 244-B do CP) para causa de aumento de outro crime – inciso VI do art. 40 da Lei 11.343/06 –, pois mesmo aumentando a pena do tráfico, há redução no total da pena aplicada, em medida favorável ao condenado. Precedentes.

3. Hipótese de aplicação do princípio da emendatio libelli, 'segundo o qual, à luz do princípio da mihi factum, dabo tibi jus, o juiz, e também o tribunal, poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (artigo 383 do Código de Processo Penal)'. (HC 21.239/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão

Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/12/2002, DJ 04/08/2003, p. 432.

4. *Nos termos do entendimento desta Corte, a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa.*

5. *Mantidos os termos do acórdão impugnado, resta prejudicada a análise dos pleitos de fixação de regime menos gravoso e de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, visto que o quantum de pena fixado, superior a 8 anos de reclusão, justifica o regime fechado, em consonância com a previsão legal contida no art. 33 do CP, bem como impede a concessão do benefício da substituição das penas, a teor do art. 44, I, do Código Penal.*

6. *Recurso especial improvido."* (REsp 1626399/RO, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 14/8/2017)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator