

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.778 - RS (2019/0294732-9)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : FRANCISCO JOSE BORSATTO PINHEIRO E OUTROS
ADVOGADOS : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO SOARES - RS046826
THIAGO BANDEIRA MACHADO - RS082386
FRANCISCO JOSÉ BORSATTO PINHEIRO - RS088735
GUILHERME AMARO CAVALHEIRO BOLL - RS111239
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : MARCELO RODRIGUES LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO RODRIGUES LOPES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime de receptação qualificada.

Irresignados, defesa e Ministério Público interpuseram apelações perante o Tribunal de origem, o qual o deu provimento apenas ao recurso ministerial, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO-CRIME. APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA. ADVOGADO NO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO.

1. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. Prova amplamente incriminatória. Narrativa vitimária firme, coerente e convincente, em ambas as fases de ausculta, dando conta de que entregou ao indigitado, seu advogado em processo de revisional de juro, a quantia de R\$ 4.580,00 a fim de que efetuasse o pagamento de parcela de acordo para quitação e liberação do contrato de financiamento com alienação fiduciária de seu veículo, tendo ele se apropriado indevidamente do valor, não realizando o pagamento. Divergências periféricas entre os relatos prestados pelo ofendido e uma das testemunhas nas duas fases procedimentais, que em nada alteram a prova condenatória. Relatos do ofendido corroborados, ainda, pelas declarações do advogado contratado posteriormente por ele e pelo comprador do automóvel alienado, referindo que o réu afirmou que o contrato estava resolvido, nada referindo sobre a ausência de quitação da dívida. *Animus rem sibi habendi* plenamente demonstrado. Acusado que, negando a autoria, alegou não ter recebido o valor do lesado, não

Superior Tribunal de Justiça

comprovando, no entanto, minimamente sua versão, a prova testemunhal sendo suficiente para demonstrar o recebimento da quantia, contrariando o afirmado em interrogatório. Apropriação indébita bem caracterizada. Condenação mantida.

2. PENA. DOSIMETRIA. APELO MINISTERIAL. *Pena-base fixada em 1 ano de reclusão. Recurso que visa ao aumento da pena-base fixada, que foi no mínimo legal.*

Histórico criminal do agente que dá conta de que responde a 17 processos-crime anteriores e posteriores, a esmagadora maioria por delitos de apropriação indébita majorada (13 deles), além de estelionato e vias de fato, dos quais 2 já com condenação provisória, que serve perfeitamente para demonstrar não só maus antecedentes, mas também personalidade voltada à prática de ilícitos. Consequências gravosas, diante do expressivo prejuízo financeiro do ofendido (R\$4.580,00). Situação pessoal que justifica pena de partida mais distanciada do piso legal. Pena-base aumentada para 1 ano e 8 meses. Em razão da majorante, a pena foi aumentada em 1/3, restando, agora, definitivada em 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão.

3. SUBSTITUIÇÃO DA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELO MINISTERIAL. *Condições subjetivas amplamente desfavoráveis do acusado que apresenta histórico criminal movimentadíssimo, como já especificado no exame da prova, que impedem a substituição da corporal por restritiva de direitos. Medida que não se mostra suficiente e adequada à devida reprovação e prevenção do ilícito. Art. 44, III do CP. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos afastada. Apelo ministerial provido.*

APELO DA DEFESA DESPROVIDO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA AO RÉU PARA 2 ANOS, 2 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO E AFASTAR A SUBSTITUIÇÃO DA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. A PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 2º GRAU, DETERMINADA A ADOÇÃO, NA ORIGEM, DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA QUE SE DÊ INÍCIO À EXECUÇÃO DAS PENAS TÃO LOGO ESGOTADA A JURISDIÇÃO ORDINÁRIA. (fls. 26/28).

No presente *writ*, sustenta que a pena foi indevidamente majorada em segundo grau, uma vez que processos em curso e inquéritos instaurados não servem para desabonar as circunstâncias judiciais.

Requer, assim o restabelecimento da sentença de primeiro grau.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração, conforme parecer de fls. 56/59.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

Decido.

Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial destacando o seguinte:

Por outro lado, porém, o histórico criminal do agente, realmente o desfavorece.

Com efeito.

Conforme certidão de antecedentes às fls. 61/70, o réu registra 17 processos-crime por fatos anteriores e posteriores, a esmagadora maioria por delitos de apropriação indébita majorada (13 deles), além de estelionato e vias de fato, dos quais 2 já com condenação provisória.

Tal situação pessoal serve perfeitamente a indicar não só personalidade francamente inclinada à senda criminoso (delitos posteriores), como também antecedentes (delitos anteriores), devendo mesmo refletir no apenamento basilar.

Não se afigura correto que aquele que ostenta já condenações provisórias e figura como réu em outros processos-crime em andamento receba o mesmo apenamento imposto àquele que ainda é neófito no mundo do crime, observando-se os princípios da proporcionalidade e da isonomia.

Está-se, com isso, dando concretude à correta individualização da pena, o art. 59 do CP estabelecendo critérios também subjetivos a tanto, não importando em bis in idem ou no recrudesimento do já superado “Direito Penal do Autor”, lembrando que a condenação adveio da prova produzida nos autos, e não do passado/presente criminoso do denunciado.

No ponto, consigno que não se ignora o teor da Súmula nº 444, editada pelo E. STJ.

Em que pese a força do dispositivo sumular, porquanto representativa de reiteradas decisões naquela Corte, não tem o efeito vinculante, propriamente dito, no sentido de vedar decisões que a contrariem (fls. 47/48).

Como visto, o TJRS afirmou que a existência de outros processos e investigações instauradas em desfavor do paciente, sendo dois deles com condenação provisória, poderiam ser utilizados para desvalorar os vetores da personalidade e dos

antecedentes.

Desse modo, o Tribunal de origem foi de encontro com a jurisprudência sumulada nesta Corte Superior – súmula n. 444 –, no sentido de que processos sem trânsito em julgado não podem servir de parâmetro para a desvalorização das circunstâncias judiciais.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE COM BASE EM ANTECEDENTES CRIMINAIS. RÉU QUE OSTENTA APENAS UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA E TRÊS PROCESSOS CRIMINAIS AINDA EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFRONTA À SÚMULA 444/STJ. DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE.

1. Nos termos do enunciado n. 444 da Súmula do STJ, "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

2. Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da 5ª e da 6ª Turmas desta Corte.

3. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social).

Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.

4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e "inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente" (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).

5. In casu, a condenação imposta ao recorrente aumentou

Superior Tribunal de Justiça

sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de invasão de domicílio (150, § 1º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade com base em processos penais ainda em andamento.

6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanescem ainda, em ambos os delitos, as vetoriais "antecedentes criminais" e "circunstâncias do crime" que justificam a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

7. Embargos de divergência providos, para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, dar parcial provimento a seu recurso especial, reduzindo as penas impostas ao recorrente na proporção do aumento indevidamente atribuído ao vetor "personalidade", na primeira fase da dosimetria (EResp 1688077/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 28/08/2019).

De rigor, portanto, a fixação da pena base no mínimo legal e, consequentemente, o restabelecimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença de primeiro grau.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para restabelecer a dosimetria realizada em primeiro grau com a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Publique-se.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator