

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 530.850 - DF (2019/0261560-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : MARCOS LEVIZ DA SILVA E OUTROS
ADVOGADOS : LUIZ HENRIQUE BALDISSERA - PR055717
MARCOS LEVIZ DA SILVA - PR074335
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE : ANTONIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de ANTONIO JUSSIVAN ALVES DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios na Revisão Criminal n. 0711727-79.2019.8.07.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática dos crimes descritos no art. 159, § 1º e no art. 288, parágrafo único, do Código Penal, às penas de 17 (dezessete) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, porque, agindo em unidade de desígnios com outros comparsas, com emprego de armas de fogo (fuzis AK 47 e AR 15, pistolas e granadas), praticaram extorsão mediante sequestro, com o objetivo de obter para si vantagem econômica consistente na subtração de cerca de R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) do cofre central da empresa Confederal Vigilância e Transporte de Valores, mantendo as vítimas sob seu poder, com restrição da liberdade (e-STJ fls. 46-68).

Inconformada, a defesa interpôs apelação que foi parcialmente provida para reduzir a pena do paciente para 17 (dezessete) anos de reclusão (e-STJ fls. 69-128).

O aresto transitou em julgado.

Ajuizada revisão criminal, foi julgada parcialmente procedente para reconhecer a prescrição quanto ao crime do art. 288, parágrafo único, do Código Penal (e-STJ fls. 161-178).

Opostos embargos de declaração pela defesa, esses foram rejeitados (e-STJ fls. 191-201).

No presente *writ*, a parte impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na dosimetria da reprimenda imposta ao paciente, pois afirma que a pena-base teria sido exasperada em razão da análise desfavorável dos antecedentes, da conduta social e da personalidade com esteio apenas em ação penal sem o trânsito em julgado, em detrimento ao enunciado sumular 444 do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual deveria ser reduzida ao mínimo legal.

Afirma, ainda, que a utilização dos antecedentes do paciente em três momentos no cálculo da dosimetria caracterizaria indevido *bis in idem*, bem como violaria o disposto na Súmula n. 241/STJ.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que a pena do paciente seja redimensionada, nos termos delineados na impetração.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 208-209).

Superior Tribunal de Justiça

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 212-250).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal oficiou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 254-261).

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 art. 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 art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à fixação da pena-base, constata-se que ao julgar a revisão criminal, o Tribunal de origem manteve o aumento estabelecido na sentença com amparo na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 163-165):

Afirma o requerente que houve erro na individualização da pena do crime de extorsão mediante sequestro -- a sentença, ao valorar negativamente os antecedentes, a conduta social e a personalidade, não observou o enunciado da súmula 444 do e. STJ.

Salvo evidente ilegalidade, a revisão criminal não serve para reexaminar individualização da pena. Tem limites estritos. Sua finalidade é desconstituir o julgado em decorrência de vício de procedimento ou no julgamento. Não é a via adequada para nova individualização da pena.

[...]

Não é o que aconteceu na hipótese. A individualização da pena, na condenação que se pretende rever, observou o sistema preconizado no art. 59 do CP.

A sentença, na primeira fase, valorou negativamente a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade (ID 9485274, p. 22). Confira-se:

“ANTÔNIO JUSSIVAN: a sua atuação é igualmente reprovável. Não assumiu posição de destaque especialmente na formação de quadrilha. Mas não fica atrás em termos de ousadia, sendo integrante de uma associação criminosa que age em mais de uma Unidade Federativa, contando com inúmeros associados. Culpabilidade evidenciada nos dois delitos em que incurso. Os seus antecedentes também são ruins, registrando outras incidências. Conduta social e personalidade desfavoráveis, envolvido em crimes e sem profissão definida. Os motivos são inconfessáveis. Foram

muitas as vítimas sequestradas, sendo que a maioria delas foi rendida em sua própria residência. O grupo se dividiu em células para a execução simultânea do sequestro em localidades distintas, portando artefatos e armas de grosso calibre.

*A extorsão não chegou à sua fase de exaurimento - obtenção da vantagem. As vítimas não contribuíram para a ocorrência dos crimes. No final das contas, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao acusado, embora não com a mesma intensidade verificada em relação aos réus RAIMUNDO e LUCIVALDO LAURINDO, cabendo reconhecer também que a incolumidade física das vítimas foi preservada, estando provado que elas não sofreram consequências físicas porque os agentes não quiseram machucá-las, embora tivessem condições de fazê-lo. Claro que este fato, por si só, não anula o juízo de reprovabilidade que a ação do réu merece, mas o diminui em relação à extorsão. 3.1 - em relação ao delito de extorsão mediante sequestro: **Fixo a pena-base em 13 anos de reclusão.**”*

O acórdão manteve a valoração negativa das circunstâncias judiciais, bem como a pena-base, fixada em 13 anos de reclusão – consignou, inclusive que as circunstâncias judiciais foram “devidamente sopesadas e observado o critério trifásico (...) restando a pena fixada em patamar adequado à conduta delituosa” (ID 9485283, p. 53/7).

A valoração negativa das circunstâncias judiciais apoiou-se em fundamentação idônea -- atende ao grau de reprovação e necessária prevenção de condutas como tais. E a pena-base foi fixada dentro dos parâmetros da proporcionalidade.

Saliente-se que, na revisão criminal não se faz nova valoração das circunstâncias judiciais, objeto da primeira fase de individualização da pena. O CP não estabelece critério fixo para valoração, o que dá ao juiz discricionariedade no aumento da pena-base, limitada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Sem atenuantes. Presente a agravante do art. 61, II, “b”, do CP, a pena foi elevada em 1/6. Sem causas de aumento ou de diminuição, a pena definitiva foi mantida, no acórdão, em 15 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado.

Não demonstrado que a sentença ou o acórdão são contrários a texto de lei.

Superior Tribunal de Justiça

A verdade é que a presente revisão, no que concerne à individualização da pena do crime do art. 159, § 1º, do CP, não se enquadra nas hipóteses previstas no art. 621 do CPP. A pretensão deduzida nessa é própria de recurso. E a revisão não é substitutiva de recurso.

Nota-se que o Tribunal de origem, embora tenha se posicionado pelo não cabimento da revisão criminal quanto à revisão da pena, por não se adequar às hipóteses do art. 621 do Código de Processo Penal, efetivamente conheceu do pedido para julgá-lo improcedente, mantendo o entendimento outrora firmado de que a reprimenda foi adequadamente fixada.

Em tal contexto, revela-se cabível a análise da dosimetria fixada para o crime descrito no art. 159, § 1º, do Código Penal, de acordo com os fundamentos adotados no acórdão combatido.

No que se refere à personalidade e à conduta social, verifica-se que não foram utilizados motivos aptos para justificar o incremento de pena na primeira fase da dosimetria.

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, firmou-se a compreensão neste Sodalício no sentido de que *"é 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).

Assim, mostra-se incorreta a valoração negativa da personalidade e da conduta social com fundamento nos antecedentes criminais do réu, a fim de fundamentar o aumento da pena-base.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL E CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. CONDUTA SOCIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DE

Superior Tribunal de Justiça

ENTENDIMENTO DESTA CORTE QUANTO AO TEMA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que é 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).

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir as penas-base pelo delito de tráfico de drogas e associação para o tráfico, resultando a pena definitiva do paciente em 13 anos de reclusão. (HC 399.444/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. BIS IN IDEM. ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MOTIVOS DO CRIME. FUTILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MÚLTIPLOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO. MORTE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. A existência de condenações definitivas anteriores já foi devidamente sopesada na primeira etapa da dosimetria, a título de maus antecedentes, razão pela qual não poderia ser novamente valorada, também para fins de exasperação da pena-base, como personalidade desajustada ou voltada para a prática de crimes, sob pena de incorrer-se no inadmissível bis in idem.

[...]

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente e, conseqüentemente, tornar a sua reprimenda definitiva em 13 anos e 2 meses de reclusão. (HC 253.035/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 27/10/2015)

Ademais, quanto à conduta social, sabe-se que tem por objetivo aferir o comportamento do réu na comunidade, na família, no trabalho, na escola, na vizinhança e em outros ambientes de convívio coletivo. Assim, não há como corroborar a apreciação negativa deste vetor quando não há nos autos notícias desfavoráveis sobre esses aspectos do comportamento do paciente.

Nessa direção:

Superior Tribunal de Justiça

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. ART. 6º DA LEI 7.492/86. [...] DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME GRAVOSAS. DELITO PRATICADO EM DIVERSOS PAÍSES. ORGANIZAÇÃO ESTRUTURADA. DIVERSAS VÍTIMAS. ATENUANTE INOMINADA. NÃO INCIDÊNCIA. CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. ART. 288 DO CP. SUPERVENIÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

[...]

6. A conduta social constitui o comportamento do réu na comunidade, ou seja, entre a família, parentes e vizinhos. Não se vincula ao próprio fato criminoso, mas à inserção do agente em seu meio social, não se confundindo com seu modo de vida no crime.

7. A valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem, efetivamente, a maior periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc (AgRg no REsp 1301226/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 28/03/2014).

[...]

(REsp 1405989/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 23/09/2015)

Por tais razões, verifica-se a inadequação da consideração negativa da personalidade e da conduta social.

Em outro vértice, as instâncias ordinárias consideraram que o réu ostentava maus antecedentes e a documentação colacionada aos autos não é suficiente para afastar essa conclusão, visto que não foi trazida aos autos cópia da folha de antecedentes penais do acusado. Assim, não há como aferir, com segurança, se, por ocasião do cometimento do delito em espécie, o paciente efetivamente não ostentava nenhuma condenação anterior transitada em julgado configuradora dos maus antecedentes.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO E ROUBO SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA. ANOTAÇÕES CRIMINAIS. MAUS ANTECEDENTES OU ATOS INFRACIONAIS. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DA FOLHA DE ANTECEDENTES DO RÉU. DOCUMENTO INDISPENSÁVEL PARA EXATA COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE

Superior Tribunal de Justiça

CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. IGUALMENTE PREPONDERANTES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - A deficiente instrução dos autos impede a exata compreensão da controvérsia, uma vez que não foi colacionada folha de antecedentes criminais do paciente, impedindo a análise do alegado constrangimento, documento indispensável ao exame da quaestio no presente caso. Segundo orientação firmada no âmbito desta Corte Superior, é ônus do impetrante instruir devidamente os autos, sob pena de não conhecimento do habeas corpus.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para compensar a reincidência com a confissão, na fase intermediária, e fixar definitivamente a pena do paciente em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 483.611/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. MAUS ANTECEDENTES. ALCANCE DO PERÍODO DEPURADOR. NÃO COMPROVADO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. RECURSO IMPROVIDO.

1. As instâncias de origem reconheceram a circunstância negativa dos maus antecedentes apenas fazendo referência à folha de antecedentes criminais, não se desincumbindo a impetrante de constituir prova indispensável ao deslinde da controvérsia.

2. Não tendo sido esmiuçadas pelo Tribunal a quo as datas da extinção da punibilidade da condenação anterior, tampouco juntado aos autos a folha de antecedentes criminais referenciada pelo acórdão impugnado, fica inviabilizado exame da pretendida ilegalidade.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 496.966/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 22/08/2019)

Passo ao redimensionamento da pena.

Na primeira fase, portanto, mantidos os demais parâmetros aferidos pelas instâncias ordinárias, afasta-se a valoração negativa atribuída à personalidade e à conduta social, e mantém-se o exame negativo da culpabilidade e dos antecedentes, fixando-se a pena-base proporcionalmente em 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Na segunda etapa, mantém-se o acréscimo de 1/6 (um sexto) em razão da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea *b*, do Código Penal, fixando-se a pena

Superior Tribunal de Justiça

definitivamente em **14 (quatorze) anos e 7 (sete) meses de reclusão**, pois não há outras causas modificativas.

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 cominada ao paciente para **14 (quatorze) anos e 7 (sete) meses de reclusão**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator

