

HABEAS CORPUS Nº 287.584 - MG (2014/0018944-9)

RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : RICARDO DE SOUSA ARNOUD

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de RICARDO DE SOUSA ARNOUD apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (apelação de n. 1.0153.10.009996-6/001).

Extraí-se dos autos que o ora paciente foi, em primeiro grau de jurisdição, condenado à pena de 6 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no crime previsto no art. 157, § 2º, IV, do Código Penal (e-STJ fls. 124/134).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para redimensionar a pena para o patamar de 5 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 141):

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - ATENUANTE GENÉRICA DA COCULPABILIDADE - INAPLICABILIDADE - REPRIMENDAS EXACERBADAS - REDUÇÃO QUE SE IMPÕE - ADEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL - PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS - ISENÇÃO - MATÉRIA AFETA À EXECUÇÃO PENAL. 1. Estando demonstradas a autoria e a materialidade do delito de roubo, a condenação é medida que se impõe. 02. A conduta criminosa perpetrada pelo agente é matéria afeta à tipicidade penal e não à psicologia criminal, eis porque não há falar-se em responsabilização do Estado, tampouco da sociedade, pela conduta criminosa perpetrada pelo increpado. 03. A sanção penal, medida de exceção, deve ser, por excelência, aquela necessária e suficiente à prevenção e reprovação do injusto, eis porque, se aplicada com exagero, há que ser adequada. 04. O regime prisional de cumprimento da pena deve ser fixado de acordo com as circunstâncias judiciais do apenado e em sintonia com o "quantum" da pena imposta, nos termos do que dispõe o art. 33 e seus parágrafos do CP, salvo se legislação

Superior Tribunal de Justiça

especial dispuser de modo diverso. 05. A questão relativa à exigibilidade das custas processuais escapa à matéria de cognição recursal, devendo, por natureza, ser submetida ao exame do Juízo da Execução Penal.

Daí o presente writ, no qual a defesa técnica aponta a ocorrência de *reformatio in pejus* porquanto, em análise de recurso exclusivo da defesa, teria o Tribunal estadual inovado na fundamentação da pena, negativando-se circunstância judicial que teria sido considerada favorável pelo Juízo de primeiro grau.

Em suas palavras (e-STJ fl. 5):

Assim, desponta reformatio in pejus. Afinal, no âmbito de instrumento da defesa, erigiram-se fundamentos originais para negar-se a aplicação da pena-base no patamar mínimo de 4 anos, agravando-se a situação do paciente, embora tenha a sanção sido reduzida.

Além disso, essa inovação de fundamentação violou a sistemática processual, porque foram suprimidas instâncias de combate à fundamentação inidônea.

Essas constatações, que apontam para a ocorrência de reformatio in pejus e de supressão de instância, são suficientes para extirpar a circunstância judicial negativa inovadora: o comportamento da vítima.

Mesmo que assim não fosse, verifica-se que a autoridade coatora simplesmente afirmou que o comportamento da vítima seria desfavorável, sem utilizar fundamentação alguma.

Requer, ao final, (e-STJ fl. 8):

a) a concessão da ordem de habeas corpus, mesmo de ofício, para reduzir-se a pena-base para o patamar mínimo legal de 4 anos ou, ao menos, para parâmetro inferior ao de 4 anos e 3 meses, com os ajustes de pena daí decorrentes.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem, mas por sua parcial concessão *ex officio* (e-STJ fls. 292/296).

É o relatório.

Decido.

De início, ressalto que o princípio da vedação da *reformatio in pejus*, presente no art. 617 do Código de Processo Penal, consiste na impossibilidade de a situação do réu ser modificada para pior em decorrência da interposição/oposição de recurso exclusivo da defesa ou da apresentação, também por ela, de meios autônomos de impugnação. Além de consectário do princípio da ampla defesa, corolário do devido processo legal, o dito brocardo é decorrência lógica do sistema acusatório.

Fixada essa premissa, tem-se por não desrespeitada, no caso em apreço, a dita norma. Isso, porque, ao verificarmos a reprimenda imposta ao paciente, chega-se à conclusão de que tanto a pena final quanto a pena-base foram definidas em patamar inferior àqueles moldados pelo Juízo de primeiro grau.

Some-se a isso que a jurisprudência deste Tribunal Superior pacificou o entendimento de que, diante do efeito devolutivo presente no recurso de apelação, inexistente mácula na conduta do Tribunal de segundo grau, que, sem modificar a reprimenda do réu, restringe-se a dar nova moldagem às circunstâncias judiciais apreciadas na primeira fase de aplicação da pena.

Nesse sentido, precedente da Sexta Turma deste Tribunal Superior:

RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA REGISTRADA PELO JUIZ. CORREÇÃO DE SUA DESIGNAÇÃO NO APELO DA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. POSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO APENAS A TÍTULO DE ANTECEDENTES. ANÁLISE NEGATIVA, TAMBÉM, DA PERSONALIDADE. ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Para a aplicação da sanção criminal, o julgador, consoante sua discricionariedade motivada, deve, na primeira etapa do procedimento trifásico, orientar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal. Não é imprescindível, sob pena de vício do ato judicial, dar títulos às singularidades do caso, mas, sim, apontar elementos concretos para individualizar a sanção criminal.

2. Não há reformatio in pejus se o tribunal, sem acrescentar motivação inédita, nem reconhecer vício de fundamentação na sentença, apenas renomeia circunstância judicial referida pelo juiz, de acordo com sua melhor definição, sem modificar a pena-base, ainda que indiretamente.

3. Afasta-se a tese de violação do art. 617 do CPP se, em apelo exclusivo da defesa, o Tribunal a quo manteve-se adstrito ao registro feito na sentença, de que o réu praticou novo crime enquanto estava foragido do sistema prisional, mas considerou que a vetorial, designada na sentença como circunstância negativa do crime, melhor se enquadrava no conceito de culpabilidade.

4. Condenações criminais definitivas não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais. Não se admite sua utilização, também, para negatar a personalidade. Violação do art. 59 do CP.

5. Recurso especial parcialmente provido, somente para afastar a consideração desfavorável da personalidade. (REsp 1.838.375/RS, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019, grifei.)

Ocorre, no entanto, que a manifesta ilegalidade é extraída de circunstâncias diversas, o que permite a concessão da ordem *ex officio* da ordem.

Primeiramente, cumpre salientar que o Tribunal de origem não apresentou fundamentação para negatização da circunstância judicial comportamento da vítima, não se valendo sequer de fundamentos fáticos utilizados pelo Juízo *a quo* para consideração negativa. Entenda-se, não houve sequer "renomeação" de circunstância outrora negativa. Assim, imperativo o seu decote.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, verifica-se a ausência de fundamentação idônea quanto à valoração negativa das consequências do crime, razão pela qual é de rigor o decote no incremento sancionatório.

2. Não se identifica constrangimento ilegal quanto à negativa de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, haja vista que, embora o magistrado tenha apenas mencionado a presença de ambas as circunstâncias, o Tribunal de

origem esmiuçou tal referência, o que não enseja ilegalidade, justificando concretamente tal negativa pela multirreincidência.

3. Agravo regimental parcialmente provido, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa.

(AgRg no HC 440.759/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 01/08/2018)

No tocante às consequências do crime, enquanto circunstância judicial, como bem salientado pelo Ministério Público Federal, o entendimento deste Tribunal Superior é o de que: *"Constando-se que, na hipótese, o Juízo sentenciante e o Tribunal impetrado limitaram-se a afirmar que as conseqüências eram negativas porquanto a res furtiva não foi recuperada, e não se extraindo dos autos a excepcionalidade do valor do bem subtraído no caso concreto, não há como sopesá-la negativamente, na primeira fase da dosimetria, para justificar o distanciamento da pena-base do mínimo legal"* (AgR no HC n. 232.044/DF, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 6/11/2013).

Nesse sentido, precedente da Sexta Turma deste Tribunal Superior:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CONDUTA SOCIAL. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS. NÃO RECUPERAÇÃO DA RES FURTIVA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante inteligência da Súmula 444/STJ, inquéritos policiais ou ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

2. A não recuperação dos bens subtraídos constitui fator comum aos delitos patrimoniais, conforme entendimento jurisprudencial desta Corte, não se mostrando válido à exasperação da pena-base a título de consequências do delito.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1141835/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018)

Superior Tribunal de Justiça

Necessário, também aqui, o decote da circunstância judicial.

Passo, portanto, ao redimensionamento da reprimenda.

Na primeira fase de aplicação, considerando o decote das circunstâncias judiciais outrora negativamente valoradas, fica a pena-base fixada em 4 anos de reclusão.

Na segunda fase de aplicação, inexistem agravantes e atenuantes a serem valoradas. Pena provisória fixada em 4 anos de reclusão.

Na derradeira fase, considerando a causa de aumento consistente no concurso de agentes, procedo ao aumento no percentual de 1/3. Pena definitiva fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão.

O regime inicial de cumprimento, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, deve ser o semiaberto.

Ante o exposto, **concedo, ex officio, a ordem de habeas corpus** para redimensionar a reprimenda para o patamar de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator