

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 416.489 - MS (2017/0236933-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DOS SANTOS MACEDO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado em favor de PAULO HENRIQUE DOS SANTOS MACEDO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir parcialmente a pena-base do apelante, resultando a pena definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 6 dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 155, § 4º, incisos I, II e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, e 244-B, da Lei n.º 8.069/90, em concurso material.

Dos elementos que instruem os autos, verifica-se que o paciente foi condenado às penas total de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, pela prática dos crimes de tentativa de furto qualificado e corrupção de menores, em concurso material, porque no estabelecimento comercial "Construart [...]", juntamente com terceiro identificado como MATHEUS e o adolescente M. C. C., mediante escalada e rompimento de obstáculo, o acusado tentou subtrair o valor de R\$ 174,41 (cento e setenta e quatro reais e quarenta e um centavos) e 01 (um) aparelho notebook, marca Positivo, de propriedade da vítima, não atingindo seu intento por circunstâncias alheias a sua vontade. O acusado, na mesma oportunidade, corrompeu o menor M. C. C. a com ele praticar o crime de furto.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para reduzir parcialmente a pena-base do apelante, afastando-se a valoração negativa das circunstâncias judiciais da conduta social, motivo, circunstância e consequências do crime, reconhecer a atenuante da menoridade, abrandar o regime prisional para o semiaberto e deferir a isenção de custas, resultando a pena definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 6 dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 155, § 4º, incisos I, II e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, e 244-B, da Lei n.º 8.069/90, em concurso material.

Opostos embargos infringentes, foram eles rejeitados.

Neste *writ*, o impetrante alega constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação idônea a justificar a exasperação da pena-base pela consideração desfavorável da personalidade do agente, devendo, portanto, ser reduzida a sanção na primeira etapa ao mínimo legal.

Sustenta que com a fixação da pena-base ao patamar mínimo, é cabível o abrandamento do modo prisional para o aberto, bem como a substituição

Superior Tribunal de Justiça

da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer o redimensionamento da reprimenda, a fixação do regime aberto e a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida (fl. 312).

Informações prestadas às fls. 319 e 363/364.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, no entanto, pela concessão da ordem, de ofício, a fim de que o regime de cumprimento de pena seja o aberto, e os benefícios da substituição da pena privativa de liberdade e da suspensão condicional da pena sejam apreciados pelo Juízo da Execução Penal (fls. 353/359).

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 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente. [...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 406.549/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 11/10/2017)

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.

No que diz respeito à aplicação da pena-base, cumpre destacar que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar

Superior Tribunal de Justiça

para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Transcreva-se, por oportuno, trecho da dosimetria realizada pela Corte de origem, *litteris*:

Dirirjo para manter em desabono do apelante a valoração da circunstância judicial relativa à "personalidade", o fazendo por outros fundamentos, bem como para fixar regime semiaberto e negar provimento ao pedido substituição de pena.

No que tange à personalidade, esta foi negativamente valorada pelo magistrado da origem, que amparou sua decisão no fato de o apelante ostentar antecedentes criminais e reincidência, situação que, no entender do juiz sentenciante, configura conclusão de que o apelante tem "propensa a pratica criminosa, posto que dotado de periculosidade e perseverante na pratica delitiva, ..."

Por "personalidade", deve ser considerado "o conjunto de características psicológicas que determinam os padrões de pensar, sentir e agir, ou seja, a individualidade pessoal e social de determinada pessoa".

De acordo com a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, "A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito."

Sobre o tema, é importante que seja ressaltado que não há qualquer empecilho para que os registros criminais do apelante sejam valorados como indicativos da sua personalidade 'ruim', haja vista que são capazes de evidenciar a sua inerente agressividade, perversidade, sobretudo, a sua tendência ao desrespeito da ordem jurídica.

[...]

A partir dessa situação, considerando os apontamentos constantes na certidão de fls. 111-112, é possível concluir, de forma tranquila, que o apelante opta, reiteradamente, pelo antagonismo à ordem social. Essas situações ensejam a conclusão de que ele tem caráter voltado à agressividade, perversidade, elementos que constituem indicativos sobre a sua tendência ao desrespeito da ordem jurídica. Em razão disso, há que ser considerada negativa a personalidade do apelante, de modo a influir na aplicação da sanção penal no âmbito da primeira

Superior Tribunal de Justiça

etapa da dosimetria penal.

Dessa forma, somente a valoração da circunstância judicial "personalidade" encontra-se devidamente fundamentada, em consonância ao preceito contido no art. 93, IX, da CF.

Pelos mesmos fundamentos, é descabida a substituição da pena privativa de liberdade eis que o fundamento desabonador elencado na valoração da circunstância judicial "personalidade" se mostra amplamente desfavorável (art. 44, III, do Código Penal).

REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS.

FURTO QUALIFICADO Primeira fase: foram afastadas das circunstâncias judiciais conduta social, motivo, circunstância e consequências do crime e mantida a valoração negativa da circunstância judicial "personalidade".

Logo, a pena-base do apelante deve ser reduzida para 2 anos e 2 meses de reclusão e 15 dias -multa.

Segunda fase: Estão presentes as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa, reduz-se a pena-base para 2 anos de reclusão e 10 dias-multa

Terceira fase: Aplicando a tentativa no devido patamar de 1/3 e ausentes outros vetores a serem sopesados, torna-se pena definitiva em 1 ano e 4 meses de reclusão, mais 6 dias-multa.

CORRUPÇÃO DE MENORES Primeira fase: foram afastadas das circunstâncias judiciais conduta social, motivo, circunstância e consequências do crime e mantida a valoração negativa da circunstância judicial "personalidade".

Logo, a pena-base do apelante deve ser reduzida para 1 ano e 2 meses de reclusão.

Segunda fase: A intermediária deste delito deve ser reduzido ao mínimo legal, como exposto acima, em face do reconhecimento da atenuante da menoridade relativa.

Terceira fase: Não incidem causas de aumento ou de diminuição de pena, a qual se torna definitiva em 1 ano de reclusão.

CONCURSO MATERIAL Observado o concurso material de crimes, somam-se as penas, resultando em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 06 (seis) dias-multa.

DO REGIME PRISIONAL Em que pese a primariedade do réu, mas considerando a manutenção da valoração desabonadora da circunstância judicial "personalidade", fixo regime semiaberto, com fulcro no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir parcialmente a pena-base do apelante, afastando a valoração negativa das circunstâncias judiciais da conduta social, motivo, circunstância e consequências do crime; reconhecer a atenuante da menoridade, abrandar o regime prisional para o semiaberto e deferir a isenção de custas. (fls. 382/384)

Sabe-se que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores indicativos relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Da leitura dos excertos transcritos, verifica-se que o Colegiado estadual manteve a exasperação da pena-base estabelecida pelo sentenciante, em virtude da desfavorabilidade da circunstância judicial da personalidade, tendo destacado no acórdão impugnado que *"A partir dessa situação, considerando os apontamentos constantes na certidão de fls. 111-112, é possível concluir, de forma tranquila, que o apelante opta, reiteradamente, pelo antagonismo à ordem social"* (fl. 383).

Contudo, ressalta-se que, nos termos da **recente jurisprudência** deste Sodalício, *"a existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de bis in idem. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente"* (HC 388.034/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 09/06/2017), o que afasta a consideração negativa da referida circunstância, devendo o aumento pelas condenações definitivas existentes ser utilizado apenas a título de maus antecedentes.

A propósito, confira-se:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. ART. 180, CAPUT, DO CP. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE FLAGRADO NA POSSE DO BEM DE ORIGEM ILÍCITA. ÔNUS DA PROVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária

Superior Tribunal de Justiça

uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

VI - "A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016, grifei).

VII - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de bis in idem. Ademais, não é possível 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).

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício apenas para afastar a valoração negativa da conduta social e da personalidade, reduzindo-se a pena imposta para 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)

No caso, pelas razões expostas, justamente porque verificada a inadequação da análise da circunstância judicial referente à personalidade do agente, impõe-se a revisão da dosimetria, na primeira fase, para **reduzir a pena-base para o mínimo legal para o delito de furto qualificado e de corrupção de menores**, sem impacto na pena definitiva, mantendo-se o total de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, de reclusão, e pagamento de 6 (seis) dias-multa.

No tocante ao regime prisional, diante da quantidade de reprimenda imposta ao acusado, e considerando-se que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal lhe foram consideradas favoráveis, **impõe-se a fixação do regime aberto** para cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "c", do referido diploma legal, bem como encontram-se preenchidos os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nesse norte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

Superior Tribunal de Justiça

ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. (...) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

VII - Na hipótese, o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada, 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, é superior a 1 (um) ano e não excedente a 4 (quatro) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial aberto. À luz do art. 44, II, do CP, o paciente também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para cumprimento da pena e determinar que o eg. Tribunal de origem converta a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

(HC 338.597/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 22/02/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. (...) SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, ao réu primário, plenamente cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, I, II e III, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 4 meses de detenção, e 6 dias-multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções.

(HC 337.965/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no artigo 34, inciso XX, do RISTJ, **não se conhece do writ, contudo se concede, de ofício, a ordem para redimensionar a pena-base para o mínimo legal para os delitos cometidos, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, bem como determinar a substituição da reprimenda reclusiva por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução.**

Comunique-se, com urgência, ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL e ao respectivo Juízo de primeiro grau.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de abril de 2018.

Superior Tribunal de Justiça

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



A21.81
HC 416489

C5124615519083904=@
2017/0236933-6

C437455180130@
Documento

Página 8 de 8