

HABEAS CORPUS Nº 488.814 - SC (2019/0006961-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ADENIR BRUCH (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ADENIR BRUCH**, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente à pena de 5 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e a 4 meses e 5 dias de detenção, no modo semiaberto, além do pagamento de dezesseis dias-multa, por infração aos arts. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, e 307, na forma do art. 69, *caput*, todos do Código Penal (e-STJ, fls. 233-247).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte de origem, que restou parcialmente provida, à unanimidade de votos, apenas para reduzir a sanção pecuniária imposta ao apelante para 4 dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença recorrida. Eis a ementa do acórdão:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E A FÉ PÚBLICA. FURTO SIMPLES NA MODALIDADE TENTADA E FALSA IDENTIDADE (CÓDIGO PENAL, ART. 155, CAPUT, COMBINADO COM ART. 14, INC. II, E ART. 307). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. PRETENSA ABSOLVIÇÃO. COGITADA ATIPICIDADE DA CONDUTA NO TOCANTE AO ILÍCITO PATRIMONIAL. DESCABIMENTO. VALOR IRRISÓRIO NÃO EVIDENCIADO. EXPRESSIVO GRAU DE REPROVABILIDADE E OFENSIVIDADE DO PROCEDER. REQUISITOS AUTORIZADORES NÃO APERFEIÇOADOS. INFRAÇÃO PENAL REMANESCENTE. APONTADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INOCORRÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. AGENTE QUE SE IDENTIFICOU COMO TERCEIRO E ASSINOU DOCUMENTOS COM NOME DIVERSO NA DELEGACIA DE POLÍCIA. PLEITO SUBSIDIÁRIO. APLICAÇÃO ISOLADA DA SANÇÃO PECUNIÁRIA. NÃO ACOLHIMENTO. MAGISTRADO QUE ELEGE A REPRIMENDA ADEQUADA DENTRE AS COMINADAS, DE ACORDO COM O CÓDIGO PENAL, ART. 59, CAPUT. VALORAÇÃO NEGATIVA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE DO CÔMPUTO. CONDUTA SOCIAL. ALMEJADO AFASTAMENTO DA AVALIAÇÃO NEGATIVA. IMPERTINÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA ETAPA. AVENTADA EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA POR NÃO ESTAR CONTIDA NA DENÚNCIA.

PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO NÃO CABÍVEL À HIPÓTESE. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 385. PRESENÇA DE ELEMENTOS DESFAVORÁVEIS.

PARCELA DO PRONUNCIAMENTO ALTERADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. COMPENSAÇÃO ENTRE AS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS DA REINCIDÊNCIA E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA PRIMEIRA. PLURIRREINCIDÊNCIA CONFIGURADA. ADEQUAÇÃO DA PENA DE MULTA. NECESSIDADE. QUANTIDADE DESPROPORCIONAL AO CÁLCULO UTILIZADO PARA FIXAÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL. MINORAÇÃO QUE SE IMPÕE. REGIME PRISIONAL INICIAL. ESTIPULAÇÃO DOS MODOS FECHADO E SEMIABERTO. MODIFICAÇÃO INVIÁVEL" (e-STJ, fls. 233-234).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "a exasperação da pena-base pela valoração negativa da conduta social é claramente ilegal, por não se adequar ao conceito normativo dessa circunstância judicial prevista no art. 59, caput, do CP"; b) "em decisão recente (3/8/2017), este Superior Tribunal de Justiça assentou que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente"; c) "ausência de comprovação de ocupação ilícita não constitui fundamento legal para exasperar a pena-base em qualquer das circunstâncias judiciais. Qualquer interpretação em sentido contrário acarretaria uma única conclusão: todos os condenados criminalmente que, desafortunados, não possuem emprego devem ter a pena-base exasperada em razão da má conduta social"; d) "a sentença (endossada pelo acórdão) violou frontalmente o postulado da correlação e a garantia fundamental do contraditório (CRFB/88, art. 5.º, LV), porquanto reconheceu a agravante de reincidência (CP, art. 61, I) embora ela não tenha sido alegada na denúncia (fls. 38-40) pelo Ministério Público"; e) "na segunda fase da dosimetria penal, o TJSC reconheceu a concorrência da agravante da reincidência (CP, art. 61, I) e da atenuante da confissão (CP, art. 65, III, d), mas deixou de compensá-las integralmente, sobretudo sob o argumento de que o PACIENTE "demonstra contumácia na prática de crimes contra o patrimônio e ostenta recidiva específica" (fl. 226)"; f) "recentemente (outubro de 2017) este Superior Tribunal de Justiça consolidou a orientação jurisprudencial no sentido da pretensão defensiva ora formulada, ou seja, firmou-se a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão" (e-STJ, fls. 3-19).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que seja afastada a valoração negativa do vetor "conduta social", bem como o aumento a título de reincidência. Subsidiariamente, requer seja reduzida a pena intermediária do paciente em virtude da compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fls. 255-256), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e pela concessão parcial da ordem, *ex officio*, para que seja decotada a valoração negativa da circunstância judicial da conduta social, assim como para que seja compensada integralmente a atenuante da confissão com a agravante da reincidência (e-STJ, fls. 314-322).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

O Magistrado processante, ao proceder à dosimetria das penas, reconheceu:

"Atento às circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, consigno que a culpabilidade diz respeito ao grau de reprovabilidade da conduta, e não ao conceito estratificado de crime (potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade). Destaco ainda que a circunstância deve ser considerada reprovável quando supera a normalidade do crime, pois este já se pressupõe ofensivo. No caso dos autos, a reprovabilidade da conduta do acusado é normal à espécie e não pode ser considerada negativa.

É reincidente e registra antecedentes criminais contra si, já que foi condenado na Comarca de Itajaí/SC por roubo majorado (tj em 30-9-2011), furto qualificado tentado (tj em 13-4-2011), e furto privilegiado durante o repouso noturno (tj em 13-5-2013), além de possuir condenações nesta Comarca pelos crimes de posse de entorpecente para uso próprio (trânsito em julgado em 15-8-2013 e extinção da pena em 10-5-2016) e furto simples tentado (tj em 3-5-2016), em cujos autos ainda vinha cumprindo pena, de modo que esta condenação será considerada para fins de reincidência, enquanto que as demais como maus antecedentes e valoração negativa da conduta social (fls. 87-95).

A conduta social do acusado merece dura censura, pois mesmo diante das inúmeras condenações e vasta folha de antecedentes criminais, Ademir voltou a investir contra o patrimônio alheio, enquanto ainda cumpria pena, o que evidencia que não assimilou os efeitos das reprimendas já impostas e reprova sua conduta social, em especial pelo fato de fazer da prática de crimes um meio de vida e fonte de sustento, não havendo informações nos autos que exerça qualquer atividade laboral lícita, o que demonstra o seu péssimo comportamento perante a sociedade.

Aliás, vale destacar que o acusado possui cinco condenações transitadas em julgado, sendo uma delas considerada para fins de reincidência e uma maus antecedentes, o que permite a valoração negativa da conduta social sem acarretar *bis in idem*.

[...]

Personalidade voltada para os sinuosos caminhos do crime, porém,

como não restou melhor apurada nos autos, deve ser considerada normal. Os motivos são normais à espécie, posto que com a ação criminosa visava a obtenção de lucro em detrimento ao patrimônio alheio. As circunstâncias já foram analisadas, enquanto que as consequências foram normais a espécie, uma vez que a recuperação do bem é inerente à forma tentada do delito. Não há indicativos de que o comportamento da vítima tenha influído no resultado danoso.

Com relação ao crime de furto simples tentado:

Tendo em vista que as circunstâncias judiciais lhe são desfavoráveis, ao menos os antecedentes criminais e conduta social, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6, conforme entendimento dominante), que fixo em um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão (1/6 para cada circunstância desfavorável, conforme entendimento jurisprudencial dominante), e quarenta e oito (48) dias-multa, no valor de um trinta avos (1/30) do salário mínimo para cada dia-multa, corrigidos na forma legal (a pena de multa é aumentada na mesma quantidade da privativa de liberdade, mantendo-se a proporcionalidade).

Nesse sentido: Ap. Crim. nº 2003.024649-5).

Na segunda fase, como circunstância agravante reconheço a reincidência específica (art. 61, inciso I, do CP), e em razão dela elevo a pena em dois (2) meses, e como atenuante reconheço a confissão espontânea (art. 65, III, 'd', do CP), pelo que reduzo a pena em um (1) mês de reclusão, totalizando-a em um (1) ano e cinco (5) meses de reclusão, observando a preponderância das circunstâncias, nos termos do art. 67, do CP.

Neste sentido: "Nos termos do art. 67 do Código Penal, havendo concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, deve a primeira preponderar sobre a segunda. Contudo, o fato de a reincidência preponderar sobre a atenuante da confissão espontânea não significa que esta última deva ser ignorada, mas, sim, que, no embate entre tais circunstâncias, a reincidência prevalecerá" (TJSC, Apelação Criminal n. 0025263-52.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 09-03-2017).

Na terceira fase, não há causas de aumento, mas como causa de o diminuição reconheço a tentativa e, considerando o *iter criminis* percorrido, uma vez que embora o acusado tenha sido abordado quando já estava ao lado de fora do supermercado, na posse da res, segundo o funcionário da empresa vítima, Ademir estava sendo vigiado desde o momento da subtração, de modo que diminuo a pena em dois terços (2/3), totalizando-a em cinco (5) meses e vinte (20) dias de reclusão, e dezesseis (16) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Diante da multirreincidência, reiteração na prática de crimes contra o patrimônio, e conduta social negativa, para prevenção de novos ilícitos e reprovação de sua conduta, estabeleço o regime fechado para início de cumprimento da reprimenda corporal, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal.

Neste sentido: "A reincidência específica, aliada aos maus antecedentes, revela a necessidade de imposição do regime fechado, ainda que a sanção corporal seja estabelecida em patamar inferior a 4 anos de privação de liberdade." (TJSC, Apelação n. 0004959-23.2011.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Sérgio Antônio

Rizelo, j. Com relação ao crime de falsa identidade:

Novamente atento às circunstâncias judiciais desfavoráveis, ao menos os maus antecedentes e conduta social negativa, necessária a exacerbação da pena-base (em 1/6, conforme entendimento dominante), que fixo em quatro (4) meses de detenção.

Consigno que deixo de aplicar a pena de multa em detrimento à reprimenda corporal, uma vez que trata-se de acusado reincidente, portador de maus antecedentes e que se utilizou de falsa identidade para fugir à responsabilidade quanto ao crime furto simples tentado, o que denota maior grau de reprovabilidade de sua conduta.

Na segunda fase, como circunstância agravante reconheço a reincidência (art. 61, inciso I, do CP), e em razão dela elevo a pena em quinze (15) dias de detenção. Como atenuante reconheço a confissão espontânea (art. 65, III, "d", CP), pelo que reduzo a pena em dez (10) dias de detenção, observando a preponderância das circunstâncias, nos termos já analisados acima, totalizando-a em quatro (4) meses e cinco (5) dias de detenção nesta etapa.

Na ausência de causas de aumento ou diminuição, concretizo a pena em quatro (4) meses e cinco (5) dias de detenção, cujo cumprimento deverá iniciar no regime semiaberto, diante dos maus antecedentes, conduta social negativa e reincidência (art.

33, §3º, do CP).

Do concurso material (art. 69, caput, do Código Penal):

Considerando que o acusado cometeu o crime de furto simples tentado em concurso material com o de falsa identidade, já que foram praticados mediante condutas e desígnios autônomos, necessário o acúmulo material das penas, nos termos do art.

69, caput, do Código Penal, as quais totalizo em cinco (5) meses e vinte (20) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais quatro (4) meses e cinco (5) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, devendo ser cumprida primeiro a reprimenda corporal mais grave, além de dezesseis (16) dias-multa, no valor e forma mencionados.

Ante o exposto, com base no artigo 383 do Código de Processo Penal, dou nova definição jurídica aos fatos para desclassificar o crime de furto simples para a modalidade tentada e, por conseguinte, JULGO PROCEDENTE, em parte, a denúncia para condenar o acusado ADEMIR BRUCH, vulgo "Baixinho", já qualificado nos autos, às penas de cinco (5) meses e vinte (20) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais quatro (4) meses e cinco (5) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, devendo ser cumprida primeiro a reprimenda corporal mais grave, e dezesseis (16) dias-multa, no valor de um trigésimo (1/30) do salário mínimo por cada dia-multa, corrigidos na forma legal, dando-o como incurso nos crimes previstos no artigo 155, caput, c/c artigo 14, inciso II, e artigo 307, na forma do artigo 69, caput, todos do Código Penal.

Condeno-o ainda, ao pagamento das custas processuais, que deverão ser recolhidas no prazo de dez (10) dias após o trânsito em julgado, juntamente com a multa.

Em razão da multireincidência e conduta social negativa, é certo que o sentenciado não faz jus ao benefício da substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos, multa pecuniária ou sursis, nos termos do art. 44, II e III, e art. 77, I e II, c/c art. 59, todos do Código Penal, pelo que deixo de lhe conceder tais benesses legais"

(e-STJ, fls. 122-129).

Quanto à carência de motivação idônea para o incremento da pena-base a título de conduta social, razão assiste à defesa.

Isso porque a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça **em recente decisão**, e **ao alterar seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada.

Vejamos o julgado que respalda esse entendimento:

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.

[...]

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).

Além disso, o fato do réu não ter comprovado o exercício de atividade laboral lícita, por si só, não justifica o aumento da reprimenda pela conduta social, devendo, portanto, ser revista a pena-base estabelecida na sentença condenatória.

Quanto ao pedido de afastamento da agravante da reincidência, nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, "não ofende o princípio da congruência a condenação por agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia. Inteligência dos arts. 385 e 387, I, do Código de Processo Penal"(HC 219.068/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 20/05/2016).

Por outro lado, em relação ao pedido de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, razão assiste à defesa.

No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

Tem-se decidido, também, que se de paciente que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, como na hipótese dos autos.

Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DECISÃO AGRAVADA QUE COMPENSOU INTEGRALMENTE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. EXISTÊNCIA DE QUATRO CONDENAÇÕES ANTERIORES, SENDO QUE TRÊS DELAS FORAM UTILIZADAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, REMANESCENDO APENAS UMA PARA EFEITO DE REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO DESVALOR DA MULTIPLICIDADE DE CONDENAÇÕES NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. ESPECIFICIDADE DA REINCIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal contra decisão que concedeu a ordem, de ofício, para compensar integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

3. A Terceira Seção, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do acusado que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

4. Hipótese em que o agravado possui quatro condenações anteriores,

mas as instâncias ordinárias sopesaram três delas na primeira fase da dosimetria, remanescendo apenas uma condenação para efeito de reincidência.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 383.742/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/2/2018, DJe 23/2/2018, grifou-se).

No caso, conforme o reconhecido no bojo do decreto condenatório, o paciente ostenta cinco condenações transitadas em julgado anteriores ao fatos apurados nos autos, porém, apenas uma delas foi valorada, na segunda fase da dosimetria, como reincidência, inexistindo, portanto, óbice à compensação integral entre a agravante da recidiva e a atenuante da confissão espontânea, ainda que se trate de reincidência específica.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para afastar a valoração negativa da conduta social e reconhecer a viabilidade da compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, determinando, por consectário, que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator