HABEAS CORPUS Nº 458.157 - RJ (2018/0167338-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	ANA LUCIA VENCESLAU FERNANDES

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 1/12), com pedido liminar, impetrado em benefício de ANA LUCIA VENCESLAU FERNANDES, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0031274-89.2016.8.19.0042 - fls. 13/20).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou a ora paciente, pela prática do delito previsto no art. 155, *caput*, c.c. 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas de **2 anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e pagamento de 20 dias-multa, no valor unitário mínimo** (fls. 21/27).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte estadual, que a ela negou provimento, nos termos de acórdão assim ementado:

> *"EMENTA: TENTATIVA DE FURTO SIMPLES - APELANTE PRESA EM FLAGRANTE QUANDO TENTAVA SUBTRAIR MERCADORIAS DE UM ESTABELECIMENTO COMERCIAL - PLEITOS DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO SEU MÍNIMO LEGAL E DE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA EM RAZÃO DA PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA QUE NÃO SE SUSTENTAM - PRETENSÃO À REDUÇÃO NA EXASPERAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/3 PARA SEU GRAU MÁXIMO DE 2/3 EM RAZÃO DA TENTATIVA - IMPOSSIBILIDADE - PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO QUE NÃO SE ACOLHE - MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE COMPROVADAS À EXAUSTÃO - SEGUROS E HARMÔNICOS DEPOIMENTOS DO SEGURANÇA DO SUPERMERCADO E DECLARAÇÕES*

> *DO POLICIAL QUE RELATARAM SUFICIENTEMENTE E COM CLAREZA OS FATOS OCORRIDOS, QUE MERECEM TODO O CRÉDITO - NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO A PALAVRA DA VÍTIMA ASSUME RELEVANTE VALOR POR NÃO LHE INTERESSAR ACUSAR QUEM EFETIVAMENTE NÃO SEJA O AUTOR DO INJUSTO PENAL - DOSIMETRIA DA PENA QUE NÃO MERECE REPARO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS À RÉ CONSUBSTANCIADAS NO ELEVADO GRAU DE CULPABILIDADE E NA PERSONALIDADE VOTADA PARA A PRÁTICA DELITIVA QUE JUSTIFICARAM O AFASTAMENTO DA PENA-BASE PARA 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA - JUÍZO A QUO QUE PROMOVEU A COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, MANTENDO A PENA INTERMEDIÁRIA NO MESMO PATAMAR ANTERIOR - NADA HÁ QUE SE FAZER ANTE A AUSÊNCIA DE RECURSO MINISTERIAL PARA APLICAR A REGRA DE PREPONDERÂNCIA DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL - SENTENÇA QUE RECONHECEU A TENTATIVA E PROCEDEU À REDUÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 1/3, DIANTE DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO QUE DEVE SER MANTIDO - DESPROVIMENTO DO APELO. (fls. 13/14).*

No presente *mandamus*, a impetrante alega que a pena-base da paciente foi exasperada em razão da presença de anotações criminais em sua folha de antecedentes. Todavia, inquéritos policiais e processos penais em andamento não podem servir de fundamento para o aumento da pena-base, seja a título de maus antecedentes, personalidade ou conduta social.

Aduz, ainda, que o quantitativo da pena-base foi estabelecido de forma desproporcional - dois anos acima do mínimo -, devendo a fração de incremento punitivo ser reduzida.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, seja a ordem concedida para reduzir a pena-base ao mínimo legal ou ao mais próximo possível do mínimo.

A liminar foi indeferida, às fls. 61/65.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão integral da ordem, nos termos da postulação, e, de ofício, pela alteração do regime prisional do semiaberto para o aberto e pela substituição da prisão por restritivas de direitos e pela detração penal (fls. 80/83).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção da paciente.

A impetrante sustenta que não há motivação idônea para a exasperação da pena-base da paciente.

A matéria ficou posta, na origem, nos seguintes termos:

> *"Observadas as diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a fixar-lhe a pena.*
>
> ***A culpabilidade da acusada, aferível no caso concreto, revela merecer reprimenda mais severa do que o habitual**. Os motivos e circunstâncias do crime são os usuais da espécie. Quanto às conseqüências do delito, registre-se não ter persistido a lesão patrimonial, ante a recuperação dos bens subtraídos. **Os elementos dos autos indicam que a acusada tem a personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio**. Seus antecedentes são ruins. Por tais motivos, fíxo-lhe a pena-base acima do mínimo legal, em 03 anos de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, sendo cada dia-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente.*
>
> *Em segunda fase de aplicação da pena, há a agravante da reincidência, razão por que aumento a pena de 01 ano de reclusão e pagamento 10 dias-multa. Por outro lado, há a atenuante da confissão, de modo que diminuo a pena da mesma medida do que acresci, alcançando a pena intermédia 03 anos de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, sendo cada dia-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente.*
>
> *Em terceira fase, não há causas de aumento a serem consideradas. Por outro lado, incide a causa geral de diminuição prevista no art. 14, II do Código Penal, razão por*

que diminuo a pena de 1/3, posto que a acusada avançou até fase terminal do iter criminis, sendo interrompida já depois de estar de posse dos bens. Alcança a pena final, portanto, 02 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, sendo cada dia-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente.

Não estão preenchidos os requisitos legais insertos no art. 44, do Código Penal, à medida que não vislumbro presente o requisito subjetivo do inciso III do artigo mencionado ao analisar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade da condenada, bem como os motivos e as circunstâncias do crime. Por essa razão, deixo de efetuar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Semiaberto será o regime inicial de cumprimento da sanção privativa da liberdade, de acordo com a medida de culpabilidade conotada equitativamente." (fls. 25/26).

"No que concerne à dosimetria da pena, nenhum reparo há de ser feito.

Não merece acolhida o pleito que busca a redução da pena-base ao seu mínimo legal.

Na primeira fase de aplicação da pena, o afastamento da pena-base do seu mínimo legal em 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, a razão unitária mínima, foi idoneamente justificado pelo juiz sentenciante porque reconheceu as circunstâncias judiciais desfavoráveis consubstanciadas no elevado grau de culpabilidade e na personalidade voltada para prática delitiva.

Na segunda fase de aplicação da pena, no que concerne ao grau de redução de pena pela tentativa, entende este Relator que agiu bem o juízo de piso ao fixar o redutor na fração de 1/3, uma vez que a conduta delitiva praticada pela condenada se aproximou da consumação, acomodando a pena final em 02 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, à razão unitária mínima.

Ainda na 2ª fase, entende este relator que não andou bem o juízo sentenciante que, ao reconhecer a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, compensou-as, mantendo a pena intermediária no mesmo patamar anterior.

Não merece acolhida o pleito de abrandamento do regime de pena.

Reconhecimento pelo juízo a quo de circunstâncias judiciais desfavoráveis à Ré que justificaram a fixação de regime semiaberto para início de cumprimento de pena." (fls. 19/20).

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/03/2015).

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016; HC 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016; HC 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015; HC 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 10/04/2014.

Como se percebe da leitura dos excertos anteriormente colacionados, foram consideradas desfavoráveis à paciente a culpabilidade e a sua personalidade.

Quanto à culpabilidade, o Magistrado afirmou que é mais severa que o habitual. Ora, a culpabilidade como medida de pena nada mais é do que o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta. *In casu*, a exata intensidade do dolo não ficou demonstrada por meio de elementos concretos que, de fato, demonstrem merecer uma maior reprovação pela valoração negativa dessa circunstância judicial.

No tocante à personalidade, foi consignado que *é voltada para*

a prática de crimes contra o patrimônio. Neste caso, verifica-se a total falta de fundamentação concreta para exasperar a pena a este título. Note-se que *o vetor personalidade não pode ser apreciado desfavoravelmente quando desacompanhado de elementos concretos para sua averiguação* (HC n. 330.988/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015).

Ademais, sabe-se que os registros penais, sem condenação definitiva, não são aptos a configurar os maus antecedentes, nos termos da Súmula n. 444 desta Corte, segundo a qual *é vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base*.

Na ausência de motivação bastante para a elevação da reprimenda acima do mínimo legal, deve a ordem ser concedida, de ofício, para retornar a sanção básica ao mínimo.

Nesse sentido:

> *[...]*
>
> *HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PERSONALIDADE. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. No caso em apreço, a pena-base foi majorada em razão da apreciação negativa da culpabilidade, personalidade, conduta social, motivos e consequências do crime.*
>
> *2. No que se refere à personalidade, não foram indicados elementos concretos que permitam avaliar negativamente esse vetor.*
>
> *3. A circunstância referente à conduta social 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 negativas sobre esses aspectos sociais do comportamento do paciente.*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente nos termos do voto. (HC 437.762/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 29/06/2018)*

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. ***CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.*** *AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCEDIDA ORDEM DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA APLICADA AO PACIENTE.*

[...]

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, "não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação da pena, como ocorrido na espécie" (HC n. 227.619/PE, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 05/09/2013, DJe 11/09/2013).

3. A culpabilidade do paciente foi negativada ao argumento de que Intensa é a reprovabilidade dos fatos praticados pelo réu (e-STJ fl. 79). Nessa esteira, a intensidade do dolo não ficou demonstrada por meio de elementos concretos que, de fato, demonstrem merecer uma maior reprovação pela valoração negativa dessa circunstância judicial.

4. Quanto à personalidade, foi consignado que é voltada para o crime (e-STJ fl. 80). Neste caso, verifica-se a total falta de fundamentação concreta para exasperar a pena a este título. Note-se que o vetor personalidade não pode ser apreciado desfavoravelmente quando desacompanhado de elementos concretos para sua averiguação (HC n. 330.988/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 5/11/2015).

[...]

7. Habeas Corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para reduzir a pena aplicada ao paciente, fixando, ao final, em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 408.800/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 07/05/2018)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO DA

APELAÇÃO. INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA. OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. SÚMULA N. 444 DO STJ. CAUSA DE AUMENTO. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MENORIDADE RELATIVA. RECONHECIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de indicador de maus antecedentes, conduta social negativa ou de ser a personalidade do agente voltada para o crime. Inteligência do enunciado sumular n. 444 do STJ, segundo o qual "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

[...]

8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 15 dias-multa. (HC 266.447/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II E V, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte).

[...]

1. Redimensionada a pena privativa de liberdade para patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos,

> *ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis e tendo a pena-base sido fixada em seu mínimo legal, mister a readequação do regime inicial para o semiaberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea b, do CP.*
>
> *2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de redimensionar a pena para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. (HC 362.752/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 21/02/2017)*

Dessa forma, na primeira fase da calibragem, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixa-se a pena-base no mínimo legal, de **1 ano de reclusão e 10 dias-multa**.

Na segunda fase, reconhecida a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, procede-se à compensação integral entre elas, mantida inalterada a reprimenda.

Na terceira fase, incide a redutora da forma tentada, na fração de 1/3, resultando a pena definitiva no patamar de **8 meses de reclusão e 6 dias-multa**.

Quanto ao regime de cumprimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, na reincidência ou no *modus operandi* do delito.

No caso, embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis e o montante da pena comporte, em princípio, o regime inicial aberto, a reincidência da paciente justifica o estabelecimento do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, e da Súmula n. 269 desta Corte, que dispõe:

> *É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

Nessa linha:

> *CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS*

SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA/STJ 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Contudo, o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 8 (oito) meses de reclusão, motivo pelo qual, em aplicação do regime legal, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 315.449/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 1 ANO E 2 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E ACUSADO REINCIDENTE ESPECÍFICO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. REGIME INTERMEDIÁRIO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula n. 440/STJ.

- Por outro lado, segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

- Hipótese em que, considerando o montante da pena (1 ano e 2 meses de reclusão) e a análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, é possível o estabelecimento do regime intermediário, qual seja, o semiaberto, mesmo sendo o paciente reincidente específico. Precedentes.

> *[...]*
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, confirmando a liminar deferida, alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto. (HC 363.892/SP, Relator Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)*

Assim, deve ser mantido o regime fixado, na origem.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.*

Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para reduzir a pena da paciente ao novo patamar de **8 meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 6 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator