

HABEAS CORPUS Nº 493.023 - MG (2019/0040134-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - MG000461D
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ANDRE RIBEIRO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA E PELO CONCURSO DE PESSOAS, EM CONCURSO MATERIAL COM PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE 1 (UM) ANO E 6 (SEIS) MESES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM BASE NOS MAUS ANTECEDENTES E NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, EM RELAÇÃO AO FURTO QUALIFICADO, APÓS O DECOTE DE UMA VETORIAL (CULPABILIDADE). POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE NO *QUANTUM* DE AUMENTO E AUSÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. *WRIT* DENEGADO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de ANDRE RIBEIRO DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proferido no julgamento da Apelação n.º 1.0024.16.090703-6/001.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado em primeiro grau de jurisdição pela prática do crime de furto qualificado pela escalada e pelo concurso de pessoas, tipificado no art. 155, § 4.º, incisos II e IV, do Código Penal (fl. 455), às penas de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 40 (quarenta) dias de reclusão, e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, fixado o regime inicial fechado (fl. 458); bem como pelo delito de porte ilegal de arma de fogo, tipificado no art. 16 da Lei n.º 10.826/2003, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, em concurso material de crimes, na forma do art. 69 do Código Penal.

Irresignada, apelou a Defesa, tendo o Tribunal estadual, por maioria, dado parcial provimento ao recurso, para readequar a pena total do Paciente ao patamar de 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais pagamento de 54 (cinquenta e quatro) dias-multa.

Daí o presente *habeas corpus*, no qual a Parte Impetrante alega

desproporcionalidade na elevação da pena-base em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão acima do mínimo legal, diante da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais (maus antecedentes e circunstâncias do crime), em relação ao delito de furto qualificado.

Afirma que, embora tenha ocorrido a valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, a pena cominada foi mantida, o que agrava o *quantum* atribuído anteriormente a cada uma das vetoriais, incorrendo, assim, em *reformatio in pejus*.

Ao final, requer seja reduzida a pena-base.

Foram prestadas informações às fls. 700-714.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela denegação do *habeas corpus*, em parecer que recebeu a seguinte ementa:

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME). FUNDAMENTOS SUFICIENTES À MANUTENÇÃO DA PENA-BASE FIXADA. MAJORAÇÃO DE 1/8 POR CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. PRECEDENTES. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM." (fl. 779; sem grifos no original.)

É o relatório. Decido.

Conforme relatado, pleiteia a Defensoria Pública seja diminuída a reprimenda fixada em desfavor do Paciente, **sob alegação de desproporcionalidade do aumento da pena-base em relação ao crime de furto qualificado.**

Insta salientar, de início, que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser feito caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum **grau de discricionariedade** na aplicação da pena-base.

Todavia, convém não confundir o conceito de discricionariedade com o conceito de arbitrariedade. Este refere-se a uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, advinda de meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apóiam em regras ou princípios institucionais. Aquele, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo

subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de diferentes concepções de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, bem como de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada **juridicamente adequada** caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em **discrecionariade guiada ou vinculada** (MACCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*. New York and Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 28).

Por um lado, isso significa que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja **necessária e suficiente** para reprovação do crime. Quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Por outro, a margem de discrecionariade autorizada ao julgador de primeira e segunda instâncias inviabiliza, em regra, que o Superior Tribunal de Justiça, ao qual a sistemática constitucional não atribui a competência de reexaminar fatos e provas, substitua, seja em *habeas corpus*, seja em recurso especial, o juízo de valor acerca do grau de culpabilidade do agente e da pena necessária e suficiente à sua reprovação, salvo em hipóteses excepcionais em que se verifique patente **ilegalidade** ou **desproporcionalidade**.

Exemplificativamente:

"[...] A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, mas sim, um exercício de discrecionariade vinculada, devendo o magistrado eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como realizado na espécie. [...]" (AgRg no REsp 1.717.036/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018.)

"Cabe ressaltar que o julgador possui discrecionariade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais." (HC 379.112/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES

DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018.)

Com o propósito de estabelecer uma distinção jurídica entre os diferentes graus de gravidade concreta que um mesmo crime abstratamente previsto pode implicar, a análise da **proporcionalidade** da valoração da primeira etapa da dosimetria da pena **deve guardar correlação com o número total de circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal reconhecidas como desfavoráveis ao réu, salvo em hipóteses excepcionais**, nas quais a gravidade do delito justifique exasperação diferenciada numa ou noutra circunstância judicial particular.

Sendo assim, embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos – como, por exemplo, os de 1/8 (um oitavo) ou 1/6 (um sexto) por vezes sugeridos pela doutrina –, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (*accountability*) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um **juízo de coerência** entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o *quantum* de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos parecidos.

Na hipótese dos autos, o Juízo de primeiro grau de jurisdição exasperou de 1 (um) ano e 6 (seis) meses a pena-base em relação ao crime de furto qualificado, em função das seguintes circunstâncias judiciais sopesadas negativamente: culpabilidade, maus antecedentes e circunstâncias do crime. No ponto, foi lançada a seguinte fundamentação:

"Do crime de furto:

A culpabilidade do réu se expressa no grau de reprovabilidade de sua conduta, pois tinha plena consciência do ilícito, mas persistiu na sua vontade criminosa de se apoderar de bem alheio, o que deve ser considerado contra o mesmo. Os antecedentes pesam contra, vez que além da condenação que será considerada no momento próprio das agravantes, há outras. A conduta social não restou apurada nos autos, devendo, portanto ser considerada em seu favor. Sem elementos para se aferir a personalidade do réu. Os motivos do crime são normais para o tipo. As circunstâncias pesam contra, vez que reconhecidas duas circunstâncias qualificadoras objetivas, devendo uma ser considerada nesta fase, permanecendo a outra como efetiva qualificadora. O comportamento da vítima em nada influenciou no crime, o que não

favorece o réu. As conseqüências extrapenais não foram relevantes, uma vez que a res furtiva foi recuperada.

Em face das circunstâncias judiciais acima analisadas, fixo a pena-base em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, pena esta que entendo suficiente e necessária à reprovação e prevenção da conduta delituosa.

Na segunda fase, compenso a atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

Ante a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena, mantendo a pena aplicada em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa

Em razão da reincidência, o regime de cumprimento da pena deverá ser o fechado, aplicando-se o § 3º do art. 33 do Código Penal.

Também em razão da reincidência e por entender que a substituição da pena não se mostra socialmente recomendável, deixo de fazê-la" (fls. 457-458; sem grifos no original).

O Tribunal de origem reformou a dosimetria da pena do crime de furto qualificado, ao afastar a circunstância judicial da culpabilidade, e manteve o *quantum* de exasperação na primeira fase (1 ano e 6 meses de reclusão), sob os seguintes fundamentos, extraídos do voto condutor do *decisum*:

"[...] embora a culpabilidade e o comportamento da vítima não sejam desfavoráveis ao réu, remanescendo apenas a análise negativa dos antecedentes criminais e das circunstancias do delito, mantenho a pena-base fixada na decisão primeva em três (03) anos e seis (06) meses de reclusão, mais pagamento de quarenta (40) dias-multa, à razão unitária mínima, por se mostrar comedida e proporcional às particularidades do presente caso, mormente em razão da pluralidade de condenação definitivas proferidas em seu desfavor.

Na segunda fase, presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, o MM. Juiz a quo compensou as referidas circunstancias, por serem igualmente preponderantes, nos termos do art. 67 do Código Penal, mantendo a pena provisória inalterada.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, o douto sentenciante concretizou a pena em três (03) anos e seis (06) meses de reclusão, mais pagamento de quarenta (40) dias-multa, à razão mínima de um trigésimo (1/30) do salário mínimo, vigente à época do fato, não havendo qualquer reparo a ser feito.

- Do regime de cumprimento de pena -

O regime de cumprimento de pena arbitrado, qual seja, o fechado, também se mostra correito, consoante disposições insertas no art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, mormente considerando os maus antecedentes e a reincidência do réu" (fls. 649-650).

Do cotejo entre a sentença e o acórdão impugnado, observa-se que, muito embora o Tribunal estadual tenha afastado a vetorial do comportamento da vítima, esta não foi valorada negativamente pelo Juízo de primeiro grau, o qual apenas consignou que não poderia ser tida como favorável, pois em nada influenciou, logo, permaneceu neutra.

Seja como for, considerando-se o intervalo da pena abstrata cominada ao crime de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), de fato, não se mostra desproporcional ou desarrazoado o aumento de 9 (nove) meses para cada circunstância judicial sopesada negativamente (maus antecedentes e circunstâncias do crime), o que representa a fração de 1/8 (um oitavo).

Ademais, ao manter o *quantum* da pena anteriormente fixado na pena-base, embora tenha afastado uma circunstância judicial sopesada negativamente, o Tribunal estadual não incorreu em *reformatio in pejus*.

Isso porque, conforme reiteradas manifestações desta Corte Superior:

"[o] efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu, vale dizer, que não seja elevada a sua reprimenda ou recrudescido o regime de cumprimento" (HC 464.591/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 14/02/2019; sem grifos no original.)

Ante o exposto, DENEGO A ORDEM de *habeas corpus*.

Por fim, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais requer seja intimada pessoalmente dos atos processuais. Diante disso, observe a Coordenadoria de Processamento de Feitos de Direito Penal as prerrogativas asseguradas à Defensoria Pública.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de março de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora