HABEAS CORPUS Nº 497.543 - RJ (2019/0067484-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO EURICO DE CASTRO MONTEIRO JUNIOR - RJ050295
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	ELTON DOS SANTOS ARAUJO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. INCIDÊNCIA. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME ABERTO. FIXAÇÃO.
Ordem concedida, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Elton dos Santos Araujo**, em que se aponta como órgão coator o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n. 0241049-39.2017.8.19.0001 – fls. 29/37).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 12 dias de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, além do pagamento de 12 dias-multa, como incurso no art. 155, §§ 1º e 4º, IV, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, vedado o recurso em liberdade (Processo n. 0241049-39.2017.8.19.0001 – fls. 42/46).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, objetivando a absolvição e, subsidiariamente, o afastamento da causa de aumento do repouso noturno e da qualificadora do concurso de agentes, a fixação da pena-base no mínimo legal, a fixação do regime aberto para o início de cumprimento da pena, a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, a suspensão condicional da pena e a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena. O Tribunal *a quo*, por unanimidade de votos, negou provimento ao apelo defensivo, em acórdão assim ementado (fls. 29/30):

> APELAÇÃO - Art. 155, §§ 1º e 4º, IV, c/c 14, II, ambos do CP. Pena: 01 ano e 12 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 12 dias-multa.

> Apelante e seu comparsa iniciaram a subtração de cabos de telefonia da Operadora OI. **SEM RAZÃO A DEFESA. Impossível a absolvição:** Materialidade e autoria demonstradas pelo conjunto probatório. Depoimento do policial em harmonia com as demais provas, em especial as fotografias que demonstram os cabos cortados e o auto de apreensão que especifica o material utilizado pelo apelante e seu comparsa. Apelante permaneceu em silêncio. Circunstâncias da prisão, logo após a subtração do cabo de energia, além das declarações do policial militar, tanto em sede policial como em juízo, deixam versão convincente acerca do cometimento do delito. Não há que se falar em afastamento da causa de aumento de pena do concurso de agentes: comprovado que o apelante agia em comunhão de ações e desígnios com seu comparsa Iago. **Incabível o afastamento da majorante do repouso noturno.** O STJ tem posicionamento assente no sentido de que, para a configuração da majorante, basta que a conduta delitiva tenha sido praticada durante o repouso noturno, dada a maior precariedade da vigilância e a defesa do patrimônio durante tal período, e, por consectário, a maior probabilidade de êxito na empreitada criminosa, sendo irrelevante o fato das vítimas não estarem dormindo no momento do crime, ou, ainda, que tenha ocorrido em estabelecimento comercial ou em via pública, dado que a lei não faz referência ao local do crime. **Improsperável a fixação da pena-base no mínimo legal:** Existência de outras anotações na FAC, todas por crimes de furto, o que evidencia personalidade corrompida e voltada para a prática de delitos. **Descabida a fixação do regime aberto:** Absoluta impossibilidade, a teor da melhor interpretação que se deve fazer, para o presente caso, do art. 33, § 3º, do CP. **Improsperável a substituição da pena, bem como a suspensão condicional da pena:** Péssima conduta social do apelante e sua personalidade voltada à prática de crimes. Por fim, considerando que constam, da FAC do apelante, outras anotações, deixo, neste momento, de declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena, o que, contudo, deverá ser observado pelo Juízo da VEP. **DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO.**

Nesta Corte, o defensor público almeja, em síntese, *a concessão do writ, para que, desconstituindo-se o v. Acórdão nos pontos aqui considerados, seja decotado o quantum de aumento da pena-base do Paciente, excluindo-se a valoração negativa da FAC, com a consequente fixação do regime aberto e o reconhecimento da extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena* (fl. 10).

Em sede de liminar, requer a imediata fixação do regime inicial aberto, *determinando-se a soltura do paciente, tendo em vista o cumprimento de sua pena* (fl. 10).

Liminar indeferida (fls. 50/52), informações prestadas (fls. 55/68), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, em parecer assim ementado (fl. 71):

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PENA-BASE

ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA Nº 444 DESSE TRIBUNAL SUPERIOR. REGIME MAIS BRANDO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT* E CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

É o relatório.

Estou de pleno acordo com o parecer do Ministério Público Federal, cujas razões passo a adotar (fls. 73/78 - grifo nosso):

> Sabe-se que a elaboração da dosimetria da pena se insere no âmbito da discricionariedade vinculada do julgador, o que não o isenta de bem fundamentá-la (art. 93, IX, CF), com amparo nos elementos concretos do crime e nas condições subjetivas do agente, razão pela qual a revisão por essa Corte Superior se limita a casos excepcionais, em torno da legalidade dos critérios utilizados, a fim de se corrigir reprimendas flagrantemente teratológicas ou arbitrárias.
>
> Para melhor compreensão da controvérsia, confira-se o que dispôs o juízo de primeiro grau ao fixar a reprimenda do paciente, na parte que interessa (fl. 44):
>
> > 1' FASE: **Analisando as oito circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifica-se que a culpabilidade do acusado é a usual na prática dos crimes de furto, conforme FAC de fl. 90/93.**
> >
> > Ante o exposto, fixo a pena do acusado em 02 (dois) anos e 4 meses de reclusão e 28 dias multa no valor mínimo legal.
>
> A Corte *a quo*, por sua vez, manteve a pena-base acima do mínimo legal, sob os seguintes fundamentos (fls. 35/36):
>
> > Improsperável a fixação da pena-base no mínimo legal:
> >
> > Necessita o Juiz, para a aplicação da sanção, de certa dose de discricionariedade, sendo imperativo que esteja sempre alerta para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao dosar o quantum de restrição a ser imposta.
> >
> > Ao aplicar a pena-base, o D. Juiz de primeiro grau o fez de forma razoável e proporcional, fundamentadamente.
> >
> > **Observa-se que o Magistrado exasperou a reprimenda básica do apelante em razão da existência de outras anotações em sua FAC, todas por crimes de furto, o que evidencia personalidade corrompida e voltada para a prática de delitos.**
> >
> > **Nesta esteira, não pode o Magistrado equiparar uma pessoa que não tem nenhuma anotação em sua FAC, que não responde e não respondeu a nenhum processo, a outra que registra diversas anotações criminais em sua Folha de Antecedentes, por crimes patrimoniais, o que assegura afirmar que esta possui conduta social reprovável e personalidade voltada à prática de delitos.**
> >
> > **Na realidade, a anotação criminal deve ser considerada como indicativo de personalidade voltada para a prática de crime e de conduta social reprovável, circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e que não podem ser ignoradas, devendo ser sopesadas à luz do caso**

concreto.

Logo, a fixação da reprimenda básica atendeu aos preceitos legais, não sendo cabível a sua redução ou estipulação no patamar mínimo legal.

Extrai-se dos excertos acima que a pena-base do ora paciente foi majorada em razão de o réu possuir outras anotações em sua FAC pelo delito de furto, o que evidenciaria "personalidade corrompida e voltada para a prática de crimes", além de "conduta social reprovável".

A esse respeito, ressalta-se, inicialmente, que a "*personalidade do agente não encontra enquadramento em um conceito jurídico, em uma atividade de subsunção. Contrariamente, tal análise exige uma percepção sistêmica, Luhmaniana, inclinada à Psicologia, à Psiquiatria e à Antropologia, devendo ser entendida como um complexo de características individuais que ditam o comportamento do autor do delito*" (REsp nº 1.299.765/SE, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 01/08/2017).

Além disso, **o posicionamento adotado por essa Corte Superior é no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser considerados para fins de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para elevação da pena-base, em razão do princípio da presunção de inocência.**

Esse entendimento, inclusive, consta do enunciado de súmula nº 444 desse Tribunal Superior, que dispõe: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Nesse sentido:

[...]

Ademais, ainda que existissem condenações com trânsito em julgado, no que diz respeito à majoração da pena-base na primeira fase da dosimetria em virtude da conduta social e da personalidade, haveria total ausência de correlação entre os conceitos, uma vez que essa se refere às características pessoais do agente (agressividade e/ou perversidade) e aquela a elementos concretos relacionados à boa ou má índole do acusado no meio dos ambientes em que vive.

Nesse sentido, colhe-se o seguinte precedente desse e. STJ:

[...]

Assim, deve ser decotado o aumento de 1/6 aplicado na primeira fase da dosimetria da pena, de forma que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal, a saber, 2 anos.

Inexistentes circunstâncias atenuantes ou agravantes e mantido o reconhecimento da causa especial de aumento de pena prevista no §1º do artigo 155 do CP, com a majoração em 1/3, o que totaliza 2 anos e 8 meses, reduzida em 2/3 em face da tentativa prevista no artigo 14, II do CP, deve ser fixada a pena definitiva em 10 meses e 20 dias de reclusão.

Da mesma forma, em razão da pena aplicada e das circunstâncias judiciais favoráveis, além da primariedade do réu, **também deve ser fixado o regime aberto para o cumprimento da reprimenda, tendo em vista que não houve a devida fundamentação para regime mais rigoroso.**

Por fim, quanto ao pleito de extinção da punibilidade, com razão o Tribunal de origem ao destacar que, "*considerando que constam, da Folha de Antecedentes Criminais do apelante, outras anotações, deixo, neste momento, de declarar a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena privativa de liberdade, o que, contudo, deverá ser observado pelo Juízo da Vara de Execuções Penais*" (fl. 37).

Com efeito, de acordo com a jurisprudência desta Casa, *inquéritos policiais*

ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações transitadas em julgado por fatos posteriores, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Exegese do enunciado 444 da Súmula deste STJ, verbis: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base" (AgRg no AREsp n. 894.405/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/6/2016 - grifo nosso).

Dessa forma, afastada referida fundamentação, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, qual seja, 2 anos de reclusão, além do pagamento de 10 dias-multa.

Na segunda etapa, não existem circunstâncias atenuantes nem agravantes.

Na terceira fase, presente a causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, mantenho a exasperação de 1/3, chegando-se a 2 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa. Tratando-se de crime cometido na forma tentada, mantenho a redução de 2/3, motivo pelo qual a reprimenda é fixada, definitivamente, em 10 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 4 dias-multa.

Assim, condenado o paciente à pena inferior a 4 anos de reclusão, com a pena-base fixada, agora, no mínimo legal, não subsiste fundamentação idônea para o estabelecimento de regime mais gravoso para o início de seu cumprimento. Com efeito, o posicionamento pacífico desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que se mostra inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito. Nesse sentido, as Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

Nesses termos, a reprimenda deverá ser cumprida em regime aberto.

Por fim, verifico que não constam dos autos elementos que viabilizem a análise do pedido de reconhecimento da suposta extinção da punibilidade pelo cumprimento integral da pena, o que deverá ser observado pelo Juízo da Vara de Execuções Penais.

Ante o exposto, nos termos do parecer ministerial, **concedo** a ordem a fim de fixar a reprimenda em 10 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 4 dias-multa.

Comunique-se, com urgência, às instâncias ordinárias.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator