HABEAS CORPUS Nº 500.908 - RJ (2019/0086873-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	PAULO HENRIQUE DE PAULA DE LIMA (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PAULO HENRIQUE DE PAULA DE LIMA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0104816-35.2017.8.19.0001).

Infere-se dos autos que o paciente foi denunciado e condenado pela prática do delito tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal - CP, às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e o pagamento de 11 (onze) dias multa, conforme sentença de fls. 22/27.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, em acórdão que restou assim ementado, *in verbis* (fls. 44/45):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO. Acusado condenado à pena 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 11 (onze) dias multa, no valor unitário mínimo legal. Réu revel. A hipótese dá conta de que, no dia 04 de maio de 2017, por volta das 13h20min, na loja Renner localizada na Rua Barão de São Francisco, n °236, Vila Isabel, Rio de Janeiro, o acusado subtraiu 05 (cinco) casacos de couro sintético, sendo 04 (quatro) de cor preta e 01 (um) de cor azul, com valor total de R$ 1.195,00 (um mil, cento e noventa e cinco reais), todos de propriedade daquele estabelecimento. O acusado entrou na loja, subtraiu os casacos, colocou-os em uma sacola e saiu da loja sem efetuar o pronto pagamento pelas mercadorias. A fiscal do estabelecimento, avisada por uma funcionária, foi atrás do acusado que, ao perceber a perseguição, conseguiu fugir, mas acabou capturado por policiais militares que efetuavam patrulhamento na região. Pretensão de decretação da absolvição por insuficiência probatória. Indeferimento.*
>
> *Materialidade e autoria do crime positivadas, tanto nas peças técnicas, como na prova oral, consistente no depoimento de uma das funcionárias do estabelecimento comercial lesado, que narrou em*

detalhes o evento, ratificando não só os fatos descritos na Denúncia, como os relatos em sede policial dos agentes da lei que efetuaram a prisão do recorrente. Pleito alternativo de reconhecimento da tentativa. Não cabimento. Não há que se falar em tentativa, porquanto o recorrente alcançou a posse do bem furtado. Como é cediço, remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores afasta a necessidade de que esta posse ocorre de forma mansa e pacífica, para que se configure a consumação do delito.

Pedido de fixação da pena base no mínimo legal e imposição do regime prisional mais brando e concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviabilidade. Dosimetria adequada à hipótese. Manutenção do regime de pena semiaberto, segundo o disposto no artigo 33, § 3º do Código Penal.

Concessão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos que não se mostra socialmente recomendável. Não se conhece do prequestionamento almejado, uma vez que não houve qualquer tipo de violação a norma constitucional ou infraconstitucional.

DESPROVIMENTO do recurso defensivo, para manter, na íntegra, a sentença hostilizada.

No presente *mandamus*, a defesa sustenta que não há motivação concreta para o aumento da pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista que a majoração em 1/6 (um sexto) foi aplicada em razão dos maus antecedentes do apenado, contudo, existe apenas uma condenação sem trânsito em julgado, o que não se presta para tal fim. Aponta afronta ao enunciado de n. 444 da Súmula deste STJ.

Defende, ainda, o abrandamento do regime prisional estabelecido, com a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a cassação do aresto impugnado para que haja a redução da pena-base ao mínimo legal.

Medida liminar indeferida conforme decisão de fls. 52/54. Informações prestadas às fls. 56/57 e 63/69. Parecer ministerial pelo não conhecimento da impetração (fls. 71/77).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a

existência de eventual constrangimento ilegal.

A controvérsia refere-se à primeira fase da dosimetria.

Nesse ponto, afirmaram os Juízos de primeiro e segundo graus:

> **Sentença:**
> *[...]*
> *Passo a fixar as penas.*
> *Na primeira fase da fixação das penas, sendo observadas as diretrizes do art. 59 do CP. Acusado possuir maus antecedentes. Crime anterior praticado ser contra o patrimônio. Acusado manter intimo contato com o aparato estatal criminal, pela prática de crimes contra o patrimônio. Fixo a pena-base em 01 ano e 02 meses de reclusão e 11 dias multa.*
> *Na segunda fase da fixação das penas, não existem circunstâncias atenuantes e agravantes a considerar.*
> *Na terceira fase da fixação das penas, não existem causas de diminuição e aumento a considerar.*
> *Tomo as penas definitivas em 01 ano e 02 meses de reclusão e 11 dias multa.*
> *Sendo observada situação econômica do acusado, na forma do art 60 do CP, arbitro o dia-multa no equivalente 1/30 do valor do salário mínimo vigente na época do fato. Valores serão atualizados monetariamente.*
> *Sendo observado que o acusado possui maus antecedentes. Mantém intimo contato com o aparato estatal criminal. Responde a duas outras ações penais por fatos tidos como criminosos, após ser condenado por crime anterior e colocado em liberdade na presente ação. Restar demonstrado que o acusado, não consegue se adequar as condutas exigidas das pessoas que vivem em coletividade, representando risco concreto para coletividade, estando em liberdade. Não se demonstra como suficiente e adequada a substituição da pena privativa de liberdade, por penas restritivas de direitos, na forma do art. 44, III do CP. Pelos mesmos fatores, não deve ser suspensa a execução da pena privativa de liberdade, na forma 77, II do CP.*
> *O acusado possui maus antecedentes. Praticou o crime narrado na denúncia, quando respondia a ação penal anterior, em que foi condenado. Possui outras duas ações penais em andamento, por crimes contra o patrimônio, derivadas de prisões em flagrante, quando lhe foi permitido responder a presente ação em liberdade. Demonstra que estando em liberdade, representa efetivo risco para coletividade. Deve suportar regime prisional mais gravoso e compatível com o comportamento social que exterioriza de forma concreta. Na forma do art 33. §§ 2º e 3º do CP, a pena privativa de liberdade, deverá ser Iniciada em regime prisional semiaberto.*
> *Na forma do art. 804 do CPP, condeno o réu ao pagamento das despesas processuais.*
> *Transitando em julgado a sentença, seja lançado o nome*

do acusado no rol dos culpados.

Sendo observado que o acusado praticou o crime, quando respondia a outras ações penais, por crime contra o patrimônio. Colocado em liberdade na presente ação, não mais foi localizado para participar de atos processuais, no endereço indicado ao Juízo, em nítida ação, que demonstra se furtar a aplicação da lei penal. Colocado em liberdade na presente ação praticou em tese outros dois crimes. Restar assim demonstrado que o acusado em liberdade, representa efetivo risco para coletividade e busca se furtar a aplicação da lei penal.

Presentes os elementos que amparam a decretação da prisão preventiva. Decreto a prisão preventiva do acusado. Seja expedido mandado de prisão com restrições e validade de 04 anos.

Os bens subtraídos foram recuperados, não sendo a hipótese a prevista no art. 387, IV do CPP.

Cumprido o mandado de prisão e havendo recurso, seja expedida CES provisória."

Acórdão:

[...]

A dosimetria mostrou-se adequada à hipótese.

A pena base foi fixada acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias multa, no valor mínimo legal, levando-se em conta a conduta social do apelante que apresenta outras condenações em sua folha penal, apresentadas ainda no histórico da Vara de Execuções Penais.

Ausentes agravantes ou atenuantes ou mesmo causas especiais modificativas da pena, esta finalizou naquele montante anteriormente fixado.

Adequado o regime de pena semiaberto, segundo o disposto no artigo 33, § 3" do Código Penal.

Não se mostra socialmente recomendável a concessão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, levando-se em conta a vida pregressa do acusado, segundo sua folha penal e o histórico da VEP."

A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

No caso, melhor sorte não assiste ao impetrante quanto ao incremento dado acerca do vetor maus antecedentes. É que se mostra idôneo o argumento utilizado para embasar o recrudescimento da sanção básica, na medida em que, de fato, da análise da folha de antecedentes criminais (fl. 16) consta anotação penal com trânsito em

julgado. Desse modo, as referidas decisões recorridas não confrontam com a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça. A propósito:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADA.*
>
> *1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.*
>
> *2. No caso, o acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, valorando negativamente a culpabilidade, na medida em que houve a premeditação do crime.*
>
> *3. O Tribunal a quo apontou diferentes anotações penais com trânsito em julgado para majorar a reprimenda básica à conta de maus antecedentes e personalidade do agente, além daquela utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência. Desse modo, é adequada a fundamentação apresentada na origem, não se verificando a ocorrência do vedado bis in idem.*
>
> *4. Segundo o entendimento desta Corte Superior de Justiça, a vetorial relativa à personalidade não depende de laudo técnico, podendo ser verificada a partir de elementos extraídos dos autos, que demonstrem a acentuada periculosidade do agente. Precedentes.*
>
> *5. Não se verifica a ocorrência de reformatio in pejus, pois ao julgar a apelação criminal exclusivamente defensiva, o Tribunal de origem reformou a sentença para considerar favoráveis as circunstâncias e as consequências do crime, diminuindo a pena reclusiva. Com relação à culpabilidade, à personalidade e aos antecedentes, a Corte a quo manteve o entendimento do magistrado singular, mas apenas explicitou e detalhou melhor a sua negativação.*
>
> *6. Agravo regimental desprovido* (AgRg no AREsp 119.060/DF, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2017)

No tocante ao *quantum* de aumento, a pena-base do paciente foi majorada em 2 meses, ou seja, em 1/6 do mínimo legal, em razão da valoração negativa dos antecedentes criminais, em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que, em hipóteses semelhantes a dos autos, em que presente apenas uma circunstância judicial negativa, tem entendido adequada e suficiente a exasperação da

pena-base no patamar de 1/6 da reprimenda mínima, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA.* ***RECONHECIMENTO DE UMA ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL****. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *I -* ***É desarrazoada a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, na fração de 1/5 (um quinto), em virtude do reconhecimento de uma única circunstância judicial desfavorável, sem fundamentação idônea e concreta referente a elementos constantes dos autos. Adequada, portanto, a redução, pela decisão agravada, do patamar de aumento da pena-base à fração jurisprudencialmente fixada de 1/6 (um sexto)****.*
>
> *II - A aplicação de reprimenda penal sem a devida motivação consiste em ilegalidade flagrante, cujo reconhecimento independe de revolvimento do acervo fático-probatório, tendo o condão de supedanear a concessão de habeas corpus, de ofício, por esta Corte.*
>
> *Agravo regimental desprovido* (AgRg no HC 348.838/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 22/8/2016)

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A PRIMEIRA PARTE DO § 3º DO ART. 157 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRIMEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. QUANTIDADE DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *(...).*
>
> *3. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem demandaria necessária dilação probatória, iniciativa inviável no âmbito desta ação constitucional.*
>
> *4. Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente.*
>
> *5. Quanto às circunstâncias do crime, os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o modus operandi empregado, que revela a maior gravidade do crime. A colisão proposital de um caminhão contra um*

carro-forte e o disparo de vários tiros contra os ocupantes evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado, porquanto aumentaram os riscos sofridos pelas vítimas.

6. ***Não há ilegalidade no aumento da sanção em decorrência da valoração negativa das circunstâncias do crime, pois o quantum de 4 anos corresponde a pouco mais 1/6 da reprimenda estabelecida, fração de aumento aceita pela jurisprudência desta Corte como sendo razoável e proporcional pelo reconhecimento de uma vetorial negativa.***

7. Habeas Corpus não conhecido (HC 333.374/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 17/3/2016)

Por fim, consoante o entendimento jurisprudencial desta Corte, é cabível regime inicial mais gravoso diante da existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes), conforme art. 33, § 3º, do Código Penal – CP.

Ilustrativamente:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO SIMPLES. 1) OFENSA AOS ARTIGOS 495, XV, E 564, III, L, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. NULIDADE. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO IDÔNEA. 3) REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. 4) AGRAVO DESPROVIDO.

2. A desvaloração de circunstância judicial que acarreta exasperação da pena-base deve estar fundada em elementos concretos, não inerentes ao tipo penal. 2.1. In casu, o desvalor das consequências do delito foi justificado pelo trauma da companheira da vítima que presenciou o homicídio e abandonou o estabelecimento comercial onde ocorreu o delito e de onde tirava o sustento. ***3. Cabível regime inicial mais gravoso diante da existência de circunstância judicial desfavorável, conforme art. 33, § 3º, do CP.*** *4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 782.252/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 5/4/2018, DJe 18/4/2018).

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE NO REGIME INICIAL DE PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ELEMENTO APTO A JUSTIFICAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ACÓRDÃO IMPUGNADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 1. A estreita via do habeas corpus apenas admite a revisão da dosimetria da pena, e seus consectários, nas hipóteses de ofensa aos critérios legais ou flagrante desarrazoabilidade.

2. Não há ilegalidade flagrante na hipótese vertente, porquanto, segundo a jurisprudência desta Corte, a presença de circunstância judicial negativa pode consubstanciar elemento suficiente para agravar o regime de pena. *3. Agravo regimental improvido.* (AgInt no HC 421.734/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018).

Ante o exposto, não conheço do presente *writ*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator