

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.638 - RJ (2019/0294268-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
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 : MARCELO ANGELO DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARCELO ANGELO DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, além de 12 dias-multa, como incurso no art. 15, da Lei 10.826/03. (e-STJ, fls. 30-35).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos. O acórdão restou assim ementado:

"CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA – DISPARO DE ARMA DE FOGO – PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA POR ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA QUE SE REJEITA – PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL QUE NÃO SE ACOLHE – MATERIALIDADE, AUTORIA E CULPABILIDADE INCONTESTES – SEGURO E COESO DEPOIMENTOS DA VÍTIMA NA SEDE DA INQUISA E CONFIRMADO POSTERIORMENTE EM JUÍZO, RELATANDO EM DETALHES E COM ABSOLUTA PRECISÃO O OBRAR CRIMINOSO DO APELADO – VERSÃO FANTASIOSA APRESENTADA PELO APELANTE QUE RESTOU SOLTEIRA NOS AUTOS – CONJUNTO DA PROVA QUE SE MOSTRA APTO A CONFIRMAR O JUÍZO DE CENSURA – DOSIMETRIA DA PENA QUE NÃO MERECE REPARO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL CONSUBSTANCIADA NA PERSONALIDADE DELITIVA QUE JUSTIFICOU A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NA FRAÇÃO DE 1/6 – AGRAVANTE DA REINCIDENCIA RECONHECIDA PELO JUÍZO DE PISO A JUSTIFICAR O AUMENTO DE 1/6 NA FASE INTERMEDIÁRIA – REGIME FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DE PENA QUE NO CASO CONCRETO MELHOR SE ADEQUA À HIPÓTESE EM TESTILHA – DESPROVIMENTO DO RECURSO." (e-STJ, fl. 43)

Neste *writ*, a impetrante alega a inexistência de motivação concreta apta à majoração da pena-base, a qual “foi aumentada em quatro meses, em razão de existir condenações por fatos posteriores ao fato em apuração, considerando tais condenações para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes” (e-STJ, fl. 9).

Superior Tribunal de Justiça

Aduz, ainda, que sendo indevida a elevação da pena-base, deve ser abrandado o regime prisional imposto ao paciente, eis que aplicável à hipótese o disposto na Súmula 269/STJ.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena-base ao mínimo legal e a fixação do regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda corporal imposta ao paciente.

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão da apelação, respectivamente:

"[...] Isto Posto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado, para CONDENAR, como condeno, MARCELO ANGELO DA SILVA, qualificado nos autos, pela prática do crime previsto no artigo 15, da Lei 10.826/03.

Passo a aplicar as penas, observado o critério trifásico estabelecido pelo artigo 68 do Código Penal.

1ª Fase: Na FAC do réu, acostada às fls. 961108, esclarecimento de fl. 109 e histórico penal da VEP de fls. 1191122, constam mais sete anotações além do presente feito, sendo a quarta anotação relativa à prática de crime de roubo majorado objeto do feito 0105004-78.2008.8.19.0054, tendo sido o ora acusado condenado às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto e pagamento de 13 (treze) dias-multa, com sentença proferida em 22/04/2009, transitada em julgado em 21/05/2009, conforme consulta ao andamento processual que ora determino a juntada, em que pese a informação divergente constante da quarta anotação da FAC de fls. 96/108 e respectivo esclarecimento de fl. 109, cuja pena não extinta em período superior a cinco anos contados da data dos fatos ora em julgamento (30/07/2013), conforme histórico penal da VEP de fls. 110/111, e, por esta razão, ostenta o réu a condição de reincidente como descrita no artigo 63, do Código Penal, não sendo o caso de aplicação do disposto no inciso I, do artigo 64, do mesmo diploma legal, motivo pela qual a referida anotação será considerada como agravante da reincidência na 2ª fase do processo dosimétrico.

Possui o réu, ainda, personalidade voltada para a prática de crimes, eis que foi condenado por fatos posteriores ao ora em julgamento, pela prática de crimes de receptação nos feitos nº 0002913-31.2013.8.19.0054, com sentença proferida em 12/09/2013, transitada em julgado em 18/11/2013, e 0029074-22.2013.8.19.0008, com sentença proferida em 06/10/2014, transitada em julgado em 10/09/2015. No que pertine ao processo nº

Superior Tribunal de Justiça

0017785-80.2015.8.19.0054, verificou-se nesta oportunidade que o processo foi anulado o processo a partir do interrogatório do ora acusado, conforme acórdão proferido pela Oitava Câmara Criminal, em 12/04/2017. As consequências do crime, porém, não desfavorecem ao agente. Atento a tais considerações, aplico a pena base no mínimo legal cominado, qual seja de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

2a Fase: Reconheço a agravante da reincidência, eis que o acusado praticou o presente crime quando já havia sido anteriormente condenado, com sentença transitada em julgado, consoante se infere quarta anotação constante de sua FAC acostada às 961108, esclarecimento de fl. 109 e histórico penal da VEP de fls.

1191122, razão pela qual majoro a pena base anteriormente fixada em 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 01 (um) dia-multa, perfazendo a pena de 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa. Não há incidência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

3ª FASE - Inexistem causas de diminuição ou aumento de pena a serem consideradas nesta fase, razão pela qual torno definitivas as penas anteriormente fixadas.

De acordo com o artigo 49, §§ 1º e 2º do Código Penal, o valor do dia-multa é estabelecido em 1130 (um trigésimo) do salário mínimo nacional, vigente ao tempo do crime e atualizado quando por ocasião de sua execução, eis que não resultou demonstrado que o réu possua condições financeiras para arcar com o valor do dia-multa superior ao mínimo.

Incabível, diante da condição de reincidente do réu, a substituição da pena privativa de liberdade prevista no artigo 44, do Código Penal, não se mostrando recomendável a aplicação do §30, do artigo 44, do Código Penal, diante da personalidade voltada para a práticas de crimes. Pelos mesmo motivos, mostra-se incabível a suspensão condicional da pena prevista no artigo 77, do mesmo diploma legal.

Deixo de aplicar o disposto no artigo 387, § 2º, do CPC, uma vez que o acusado respondeu solto ao presente processo.

REGIME DE PENA: Com fulcro no artigo 33, § 3º do Código Penal, em que pese de ter sido fixada a pena definitiva inferior a 4 (quatro) anos, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em razão da reincidência, bem como por ser este o mais adequado para os fins de prevenção especial, positiva e negativa da pena, diante da personalidade voltada para a prática de crimes, considerada na primeira fase do processo dosimétrico. Considerando que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, deixo de aplicar o verbete nº 269, da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça." (e-STJ, fls. 33-35).

"[...] Com relação à dosimetria da pena, nenhum reparo há de ser

Superior Tribunal de Justiça

feito.

Na primeira fase de aplicação da pena, a circunstância judicial desfavorável ao Apelante consubstanciada em sua personalidade delitiva, justificou a exasperação da pena-base em 1/6, ou seja, 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, à razão unitária mínima.

Na segunda fase de aplicação da pena, o reconhecimento da reincidência justificou a exasperação da pena intermediária na fração de 1/6, ou seja, em 02 (dois) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o que a torna definitiva ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição.

Não merece acolhida o pleito de abrandamento do regime prisional.

Reconhecimento pelo juízo a quo da circunstância judicial desfavorável consubstanciada na personalidade delitiva, bem como da circunstância agravante da reincidência a justificar a fixação do regime inicialmente fechado para cumprimento de pena." (e-STJ, fl. 48).

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. Assim, 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*, por exigirem revolvimento probatório.

Inicialmente, no que concerne à majoração da pena-base em razão da personalidade do paciente, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO QUE SE ALICERÇOU NA GRAVIDADE CONCRETA DO TIPO PENAL VIOLADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Como é cediço, ações penais em andamento não se prestam a

majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n.

444/STJ.

3. No caso, o fundamento "Andou bem a D. Juíza sentenciante ao fixar a pena-base acima do mínimo legal considerando as condições desfavoráveis do ora apelante especialmente com relação à anotação em sua Ficha de antecedentes criminais, doc. 081, que embora esteja sem o trânsito em julgado denota uma pecha negativa em sua conduta social. " não se presta a valorar negativamente os vetores do art. 59 do código Penal, porquanto a ausência de trânsito em julgado da condenação viola o princípio da não culpabilidade, conforme dispõe o enunciado n. 444 desta Corte Superior.

4. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

5. Inexiste ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo praticado em concurso de agentes, em que a vítima foi agredida com um soco no rosto.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 417.909/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017, grifou-se).

Nesse passo, evidenciada flagrante ilegalidade em relação à primeira fase da dosimetria, passa-se à nova análise da pena imposta ao paciente.

Afastada a circunstância judicial desfavoravelmente sopesada ao réu, deve a pena-base ser fixada no mínimo legal, em 2 anos de reclusão, mais 10 dias-multa. Na fase intermediária, reconhecida a reincidência, a reprimenda foi majorada em 1/6, o que resulta em 2 anos e 4 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, a qual se torna definitiva ante a ausência de causas de aumento e diminuição de pena.

No tocante ao regime prisional, cumpre ressaltar que, de acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Outrossim, consoante o disposto na Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Na hipótese, malgrado o réu seja reincidente, foi afastada a circunstância judicial desfavoravelmente sopesada em seu desfavor e fixada a pena-base no mínimo legal, sem que tenha sido declinado fundamento concreto a justificar a fixação do regime prisional fechado. Assim, considerando que a reprimenda imposta não supera os 4 anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos

Superior Tribunal de Justiça

do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal.

A seguir, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

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

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO SIMPLES (ARTIGO 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE APENAS NA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA 269/STJ. MODO SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Fixada a reprimenda em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e observada a favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se cabível a mitigação do regime inicial para o semiaberto, nos termos da Súmula 269/STJ.

2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto." (HC 383.680/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017, grifou-se)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTURAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO UTILIZADA COMO ELEMENTO PARA A CONDENAÇÃO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PACIENTE REINCIDENTE, COM PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. REGIME SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial (AgRg no REsp 1412043, Rel. Ministro

Superior Tribunal de Justiça

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

- Pela leitura da sentença, confirmada pelo Tribunal de origem, constata-se que a confissão foi utilizada expressamente como elemento probatório para a condenação do paciente. Além disso, o fato de a confissão, ter sido parcial não afasta a atenuante em questão, motivo pelo qual configurado está o constrangimento ilegal.

- Com o reconhecimento da atenuante da confissão, de rigor sua compensação com a agravante da reincidência, nos termos do decidido no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), segundo o qual é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

- **Não obstante as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao paciente, que foi condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência em crime doloso constitui fundamento suficiente para o estabelecimento do regime inicial semiaberto e negativa de substituição, na esteira do disposto nos arts. 33, § 2º, alínea b, e 44, inciso II, ambos do Código Penal, e no enunciado da Súmula 269/STJ.**

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente."

(HC 347.245/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/3/2016, DJe 11/3/2016, grifou-se.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal e estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda a ele imposta.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator