



ACÓRDÃO N° _____.
APELAÇÃO PENAL
SECRETARIA DA 01ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA.
PROCESSO N° 0000595-92.2015.814.0006
COMARCA DE ORIGEM: 1ª VARA CRIMINAL DE ANANINDEUA/PA
APELANTE: WALDENILSON CONCEIÇÃO BRITO
DEFENSOR PÚBLICO: REINALDO MARTINS JUNIOR.
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ.
PROCURADOR DE JUSTIÇA: CLÁUDIO BEZERRA DE MELO.
RELATORA: JUÍZA CONVOCADA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. ARTIGO 171 C/C ARTIGO 14, INCISO II DO CPB (TENTATIVA DE ESTELIONATO).

PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA PROLATADA EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES LEGAIS. O JUÍZO A QUO OBSERVOU OS PRECEITOS DOS ARTIGOS 59 E 68 DO CÓDIGO PENAL PARA, A PARTIR DA PENA MÍNIMA PREVISTA PARA O TIPO, NO MOMENTO DE INICIAR O PROCESSO DE FIXAR A PENA-BASE, ELEVAR, MOTIVADAMENTE, A REPRIMENDA SE VERIFICADOS REFERENCIAIS DESFAVORÁVEIS AO CONDENADO, AFASTANDO-A, DO MÍNIMO PREVISTO EM LEI. ASSIM, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM APLICAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL, POIS NA PRIMEIRA FASE DO CRITÉRIO TRIFÁSICO, HOUE A PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS (CULPABILIDADE DO AGENTE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME).

PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PELO RECORRENTE MOSTRA-SE INCABÍVEL NA ESPÉCIE, POIS APESAR DA PENA DEFINITIVA TER SIDO FIXADA EM 01 (UM) ANO, 06 (SEIS) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO, O JUÍZO SINGULAR FUNDAMENTOU A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO NA REINCIDÊNCIA DO APELANTE E NA EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS DE MANEIRA DESFAVORÁVEIS AO SENTENCIADO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Vistos e etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Câmara Criminal Isolada, por unanimidade, conhecer do recurso e negar provimento à pretensão recursal, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 01 dias do mês de novembro de 2016.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Silveira

Belém/PA, 01 de novembro de 2016.



Juíza Convocada ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
Relatora

APELAÇÃO PENAL
SECRETARIA DA 01ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA.
PROCESSO Nº 0000595-92.2015.814.0006
COMARCA DE ORIGEM: 1ª VARA CRIMINAL DE ANANINDEUA/PA
APELANTE: WALDENILSON CONCEIÇÃO BRITO
DEFENSOR PÚBLICO: REINALDO MARTINS JUNIOR.
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ.
PROCURADOR DE JUSTIÇA: CLÁUDIO BEZERRA DE MELO.
RELATORA: JUÍZA CONVOCADA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Penal interposto pelo réu WALDENILSON CONCEIÇÃO BRITO, por intermédio da Defensoria Pública, objetivando reformar a sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Ananindeua/PA (fls. 125-132) que o condenou à pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicial fechado, além de 75 (setenta e cinco) dias-multa pelo crime tipificado no art. 171 c/c 14, inciso II do CPB (crime de tentativa de estelionato).

Narrou à denúncia (fls. 02-05) que, no dia 20/01/2015, o denunciado estaria se passando por empresário e prometera à vítima, Leonardo Pereira dos Santos, uma moto em virtude deste ter indicado ao ora recorrente algumas pessoas para trabalharem como segurança. Todavia, Waldenilson Brito teria exigido o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para o emplacamento da suposta motocicleta que seria adquirida.

Aduziu ainda a exordial que a vítima teria se encaminhado a uma concessionária de motocicletas e, neste momento, fora informada que o referido denunciado já havia comprado duas motos através de emissão de cheque sem fundo. No entanto, o sentenciado teria mostrado à vítima o recibo no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) que teria como favorecida a concessionária em questão.

A vítima, entretanto, teria desconfiado do denunciado, pois este seria muito enfático na cobrança do emplacamento da motocicleta, mesmo sem ainda ter comprado o referido veículo. Assim, Leonardo teria questionado o indiciado, o qual confessara que pretendia induzir a vítima em erro para obter vantagem, assim, Waldenilson Brito teria sido conduzido à Delegacia, onde fora preso em flagrante. Por essa razão, o Ministério Público pugnou pela condenação do recorrente nas penas do art. 171 c/c art. 14 inciso II do CPB.

A denúncia foi recebida em 10/02/2015 (fl. 06).

Em sentença penal (fls. 125-132), o magistrado singular condenou o ora



recorrente à pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime inicial fechado, além de 75 (setenta e cinco) dias-multa pelo crime tipificado no art. 171 c/c 14, inciso II do CPB (crime de tentativa de estelionato).

Em razões recursais (fls. 111-116), o recorrente pugnou pela fixação da pena base no mínimo legal e fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena.

Em sede de contrarrazões (fls. 145-148), o Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do recurso em virtude da pena aplicada estar devidamente fundamentada.

Nesta instância superior (fls. 153-154), a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, através do Procurador de Justiça, Dr. Cláudio Bezerra de Melo, pronunciou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório com revisão feita pela Desembargadora Vânia Silveira.

Passo a proferir o voto.

VOTO

O recurso em análise deve ser conhecido em razão do atendimento dos pressupostos e condições para sua admissibilidade, mormente em relação à adequação e tempestividade.

Não havendo questões preliminares, passo a analisar o mérito.

DO PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL:

Quanto ao pedido de fixação da pena base no mínimo legal, entendo que não merece prosperar, uma vez que o magistrado de piso analisou as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixando a pena base acima do mínimo previsto para o crime de forma razoável e proporcional em virtude da valoração desfavorável da culpabilidade do agente e das circunstâncias do crime.

No direito brasileiro, a atividade judicial de dosagem da pena privativa de liberdade, em atenção à garantia da individualização da pena, encartada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República de 1988, segue o critério trifásico, previsto no artigo 68 do Código Penal: primeiro, fixa-se a pena-base à luz das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal; em seguida, analisa-se a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas e, por fim, verifica-se a presença das causas de diminuição e aumento de pena.

Compulsando a sentença penal condenatória (fl. 125-132), nota-se que na 1ª fase da dosimetria da pena o magistrado singular fixou a pena base em 02 (dois) anos de reclusão e 97 (noventa e sete) dias multa exasperando-a do mínimo legal em razão da valoração negativa das



seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade do agente e circunstâncias do crime.

Na 2ª fase, o julgador não reconheceu circunstância atenuante, todavia, reconheceu a circunstância agravante referente à reincidência prevista no art. 61, inciso I do CPB, pelo que agravou a reprimenda e fixou a pena provisória em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 113 (cento e treze) dias multa.

Na 3ª fase, o sentenciante não reconheceu causas de aumento de pena, no entanto, reconheceu a causa de diminuição prevista no art. 14, inciso II do CPB (tentativa), diminuindo a reprimenda e fixando a pena definitiva em 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias multa no importe de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

É de conhecimento comum que no 1º estágio da individualização da pena o julgador dispõe da chamada discricionariedade juridicamente vinculada: sem desprender-se do dever de motivação da sua decisão, concretiza a pena-base com relativa subjetividade, sem poder, contudo, desbordar da quantidade mínima e máxima abstratamente cominada no tipo legal, consoante leciona Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 11ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: p. 414):

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando a suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) (...).

Na perspectiva valorativa da pena, basta a existência de uma circunstância judicial negativa para que a pena-base já não possa mais ser fixada no mínimo legal (STF, HC 76196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Publicação: 15/12/2000).

Aqui, convém mencionar que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada (STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no HC 149.456/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Publicação: 02/05/2012).

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 418), in verbis: é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento a aplicação da pena no mínimo. No mesmo sentido, Cleber Masson (Direito Penal



Esquemático, 2ª Edição, Editora Método: p. 592), ensina, in verbis: Somente quando todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal (...).

Verifico que magistrado de piso examinou as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixando a pena base acima do mínimo do crime em virtude da valoração desfavorável de duas circunstâncias judiciais. A dosimetria da pena privativa de liberdade baseia-se em um critério trifásico: primeiro, é fixada a pena base, examinando-se as circunstâncias judiciais previstas no artigo supracitado e, em seguida, passa-se à análise sobre a existência de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas e, por fim, verifica-se a presença das causas de aumento e diminuição de pena. Insta destacar que, no que concerne à aplicação da pena base, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade.

Entretanto, não se trata de discricionariedade livre, e sim, vinculada, devendo guiar-se pelos 08 (oito) fatores indicativos relacionados no caput do artigo 59 do Código Penal, fixando, dessa forma, a reprimenda básica conforme seja suficiente para a reprovação e prevenção do delito denunciado, senão vejamos:

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. DOSIMETRIA DA PENA. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. EXPOSIÇÃO DO VALOR DE CADA CIRCUNSTÂNCIA DO ARTIGO 59 DO CP. DESNECESSIDADE. (...). DOSIMETRIA DAS PENAS. BASILAR FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. A elevação da pena-base está justificada pela consideração negativa de uma das oito circunstâncias judiciais, mostrando-se proporcional a reprimenda fixada no voto condutor do acórdão vergastado. (...). É exercício de discricionariedade vinculada, em que o magistrado, dentro dos limites abstratamente previstos na lei, deve eleger, atentando às particularidades do caso concreto, o quantum ideal de reprimenda a ser aplicado ao condenado, visando à prevenção e à repressão do crime cometido. Penas mantidas. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS. POR MAIORIA. (Embargos Infringentes e de Nulidade N° 70067593020, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 24/03/2016). Grifo nosso.

Ao fixar a pena-base, o douto sentenciante a quo bem observou os preceitos dos artigos 59 e 68 do Código Penal, que permitem ao juiz, a partir da pena mínima prevista para o tipo, no momento de iniciar o processo de fixar a pena-base, elevar, motivadamente, a reprimenda se constatados referenciais desfavoráveis ao condenado, distanciando-a, do mínimo abstratamente previsto.

Assim, não há que se falar em diminuição da pena aplicada ao apelante, pois conforme se colhe das considerações feitas pelo magistrado



sentenciante, na primeira fase do critério trifásico, houve a presença de circunstâncias desfavoráveis, não se excedendo o magistrado de piso em sua decisão.

Por conseguinte, o pleito defensivo não merece prosperar, devendo ser mantida a pena fixada pelo magistrado singular.

DO PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA.

No que concerne ao pleito de fixação do regime aberto para cumprimento da pena, entendo que não merece prosperar pelos motivos a seguir aduzidos.

Apesar da fixação da pena de 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão ao apelante, o magistrado sentenciante fundamentou a fixação do regime fechado para o cumprimento da reprimenda estipulada, conforme sentença condenatória (fl. 130), in verbis:

3.3 Regime de cumprimento da pena. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, uma vez que tanto o regime aberto quanto o semiaberto só podem ser aplicados a condenados não reincidentes, conforme previsto expressamente nas alíneas b e c do § 2º do art. 33 do Código Penal. Além disso, o exame das circunstâncias judiciais também não recomenda o regime prisional semiaberto (Súmula 269 do STJ, a contrario sensu). Assim, como o réu é reincidente (fl. 124), deve ser aplicado o regime prisional remanescente, isto é, o fechado (art. 33, § 2º, a, e § 3º, c/c o art. 59, III, do CP). Grifo nosso.

Desta maneira, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena pelo recorrente mostra-se incabível na espécie, pois apesar da pena ter sido fixada em 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, é importante ressaltar que o apelante é reincidente (processo 0015253-26.2010.814.0401) e que a existência de circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB desfavoráveis ao sentenciado não recomendam a aplicação de regime mais benéfico.

Assim, não se pode olvidar que as circunstâncias do caso em concreto revelam uma gravidade maior que enseja na fixação do regime fechado, em observância ao art. 33, § 2º, a e § 3º c/c art. 59, inciso III do CPB. Neste sentido, é a lição de Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 15ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Forense, 2015, p. 369), in verbis:

(...) a regra estabelecida pelo Código Penal é de que o condenado reincidente deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado, pouco importando o montante da sua pena (...). E tem sido posição majoritária na doutrina e na jurisprudência não poder o réu reincidente receber outro regime, mormente quando apenado com reclusão, que não seja o fechado.



Nesta ordem de ideais, tem-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, in verbis:

HABEAS CORPUS. PENAL. PACIENTE CONDENADO À PENA INFERIOR À QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINICIDÊNCIA RECONHECIDAS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. O acórdão impugnado manteve o regime inicial fechado em razão da presença (a) de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP); e (b) da agravante da reincidência. Assim, não há razão para reformar a decisão, já que, na linha de precedentes desta Corte, os fundamentos utilizados são idôneos para impedir a fixação de um regime prisional mais brando do que o fechado. 2. Ordem denegada. (HC 116574, Relator (a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 01/10/2013, data da publicação 16/10/2013). Grifo nosso.

No mesmo sentido, é a jurisprudência dos tribunais pátrios:

APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DO EXAME DO CORPO DE DELITO. INOCORRÊNCIA. 1. (...). MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA PLENAMENTE COMPROVADAS. (...). PALAVRA DA VÍTIMA. (...). EMPREGO DE ARMA DE FOGO. (...). DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. (...). PENA-BASE. (...). REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. Fechado, em razão da reincidência que determina a imposição do regime imediatamente mais gravoso ao que faria jus se primário fosse - artigo 33, § 2º, "a", do Código Penal. SUBSTITUIÇÃO. (...). PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70068439652, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 06/10/2016). Grifo nosso.

APELAÇÃO PENAL ROUBO MAJORADO DOSIMETRIA PENA-BASE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORECEM AO RECORRENTE - PENA-BASE MANTIDA REGIME DE SEMIABERTO IMPOSSIBILIDADE RÉU REINICIDENTE APELO IMPROVIDO. I. (...); II. Apesar de ter sido condenado a pena de seis anos e oito meses de reclusão, sanção para a qual caberia o semiaberto, o recorrente é reincidente, condição esta que, inclusive, foi considerada como agravante na segunda fase da dosimetria. Logo, por expressa vedação legal, inviável a aplicação do regime mais brando a hipótese. Recurso improvido. Decisão unânime. (TJ/PA. Apelação Criminal 2016.04063156-97, Acórdão 165.781, Relator: Desembargador Rômulo Jose Ferreira Nunes, Órgão Julgador 2ª Câmara Criminal Isolada, data da publicação 06/10/2016). Grifo nosso.

Neste contexto, também não se aplica, a presente caso, o enunciado da Súmula 269 do STJ, in verbis: É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro



anos se favoráveis as circunstâncias judiciais, pois, como mencionado anteriormente, algumas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB foram valoradas de maneira desfavorável ao recorrente.

Por conseguinte, o pedido da defesa não merece prosperar, pois o juízo singular fundamentou a aplicação do regime fechado na reincidência do apelante e na análise desfavorável de algumas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB.

Ante o exposto e com base no parecer ministerial, conheço do presente recurso de Apelação e, no mérito, nego provimento à pretensão recursal do apelante, mantendo-se a sentença condenatória em todos seus termos.

É o meu voto.

Belém/PA, 01 de novembro de 2016.

Juíza Convocada ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
Relatora