**PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ART. 155, § 1º, CP. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. ANOTAÇÃO CRIMINAL. ABSOLVIÇÃO IMPRÓPRIA. REINCIDÊNCIA AFASTADA. REGIME INICIAL ALTERADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO CONHECIDO E PREJUDICADO.**

**1. A sentença de absolvição imprópria não tem o condão de gerar maus antecedentes ou reincidência, uma vez que, por reconhecer a ausência de imputabilidade, elemento essencial do conceito analítico de crime, não ostenta natureza condenatória. Inteligência do artigo 63, do Código Penal.**

**2. Imposta pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de reclusão, sendo o réu primário e favoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 59) e o réu primário, aplica-se o regime inicial aberto. Inteligência do artigo 33, §§ 2º, alínea ‘c’ e 3º, do Código Penal.**

**3. Satisfeitos os requisitos subjetivos, as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade (CP, art. 44).**

**4. Habeas corpus concedido *ex officio.* Recurso conhecido e julgado prejudicado.**

**I – RELATÓRIO**

Cuida-se de apelação interposta por Ueslei Lucas Koskoski da Silva, tendo como objeto sentença proferida pelo juízo da Vara Criminal de Wenceslau Braz, que julgou procedente pretensão punitiva estatal para condená-lo, pelo crime do artigo 155, § 1º, do Código Penal, às penas de 1 (um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, em regime inicial semiaberto (evento 99.1 – autos de origem).

Eis, em síntese, as razões recursais: a) o regime semiaberto é demasiadamente gravoso, se considerado a quantidade de pena aplicada; b) se mantido o regime semiaberto, deve ser ele executado de forma harmonizada (evento 118.1 – autos de origem).

Nas contrarrazões, o Ministério Público argumentou que a reincidência do acusado determina aplicação de regime inicial mais gravoso (evento 121.1 – autos de origem).

Opinou a Procuradoria-Geral da República sustentou que a anotação criminal utilizada para indicação de reincidência não é condenatória, mas absolutória imprópria. Por não servir à constatação de reincidência, deve ser corrigida, de ofício, a dosimetria da pena, revogando-se correlata agravante e alterado o regime inicial de cumprimento de pena, dando-se provimento ao recurso (evento 14.1).

É o necessário.

**II – VOTO E SUA FUNDAMENTAÇÃO**

II.I – DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se da apelação interposta.

II.II – DA REINCIDÊNCIA

Cinge-se a controvérsia recursal à pretensão de reforma do julgado, sob argumento de desproporcionalidade do regime semiaberto à razão da quantidade de pena aplicada.

Ainda que por motivo diverso, a pretensão recursal deve ser provida.

Na sentença, foi considerada a condição de reincidente do apelante para agravação da pena intermediária e aplicação de regime inicial mais gravoso (evento 99.1 – autos de origem).

Entretanto, a anotação criminal referenciada como caracterizadora de reincidência teve absolvição imprópria como desfecho (autos nº 0001623-40.2020.8.16.0176, evento 69.1).

A rigor do disposto no artigo 63, do Código Penal, a reincidência verifica-se, tão somente, na hipótese de prática de novo crime após o trânsito em julgado de condenação por crime anterior. Assim, a decisão de absolvição imprópria, conquanto redunde em aplicação de medida de segurança, não se presta à configuração de reincidência criminal.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INQUÉRITO POLICIAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA IMPRÓPRIA. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO. MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. PRIMARIEDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. FAVORABILIDADE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INOVAÇÃO RECURSAL. INVIABILIDADE. [...] **2. A sentença absolutória imprópria, ou seja, aquela que aplica ao agente medida de segurança, não tem o condão de gerar maus antecedentes, uma vez que, por faltar imputabilidade, um dos elementos integrantes da culpabilidade, não há falar que houve a prática de crime (concepção tripartida). Pela mesma razão, não pode tal anotação ser sopesada para fins de reincidência.** **3. Como consequência do próprio redimensionamento da pena, deve ser realizado o ajuste no modo de cumprimento da reprimenda aplicada ao agravante, devendo ser-lhe fixado o regime aberto, já que é primário, restou condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão e todas as circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis.** [...] (STJ. Sexta Turma. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. AgRg no HC: 182376 MS 2010/0150655-5. Data de Julgamento: 25/09/2012. Data de Publicação: 08/10/2012).

Assim, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício, consoante manifestado pela Procuradoria-Geral de Justiça, afastando-se a configuração da reincidência para reconhecer a condição de tecnicamente primário do apelante.

Como consequência, afasta-se a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria. A pena intermediária, contudo, permanece inalterada, pois a atenuante da confissão espontânea, segundo verbete da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal.

Resulta, pois, a pena definitiva em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na mesma senda, sendo a reprimenda inferior a quatro anos, fixa-se o regime aberto inicial para cumprimento de pena (CP, art. 33, § 2º, ‘c’).

Por fim, assiste ao imputado direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto satisfeitos os requisitos inscritos no artigo 44, do Código Penal.

Assim, com fulcro no art. 44, § 2º, do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão por duas penas restritivas de direitos consistentes em: a) prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da pena aplicada (CP, art. 55), com carga horária semanal e local de prestação a serem definidos pelo juízo da execução (CP, art. 46, §§ 2º e 3º); b) limitação de fim de semana, consistente em recolhimento domiciliar, a ser fiscalizada por monitoração eletrônica.

II.III – DOS HONORÁRIOS DATIVOS

Considerando o grau de zelo, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da cause, o trabalho realizado e tempo exigido, arbitra-se em R$ 600,00 (seiscentos reais) os honorários dativos em favor do advogado Julian Dercil Souza Santos, em razão da atuação nesta instância recursal.

II.IV – DA CONCLUSÃO

Pela conjugação das premissas deduzidas, a conclusão a ser adota consiste em: a) conceder *habeas corpus* de ofício para: a.a) afastar a reincidência; a.b) fixar o regime inicial aberto para cumprimento de pena; a.c) substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade de limitação de fim de semana; b) conhecer e julgar prejudicado o recurso de apelação interposto.

É como voto.

**III – DECISÃO**