HABEAS CORPUS Nº 478.048 - SP (2018/0296435-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EDUARDO DOS SANTOS RODRIGUES (PRESO)
PACIENTE	:	LUCAS HENRIQUE DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/12), com pedido de liminar, impetrado em benefício de EDUARDO DOS SANTOS RODRIGUES e LUCAS HENRIQUE DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0007082-39.2017.8.26.0050 - fls. 59/73).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou os ora pacientes, por infração ao art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, às penas de **3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 17 dias-multa, no valor mínimo legal** (EDUARDO) e **3 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 15 dias-multa, no valor mínimo legal** (LUCAS) (fls. 37/45).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte estadual, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena imposta a EDUARDO ao patamar de **2 anos e 11 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais o pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo**, bem como para reduzir a pena imposta a LUCAS ao montante de **2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 11 dias-multa, no piso**. Transcrevo, a seguir, a ementa do julgado:

> *"APELAÇÃO - Furto qualificado - Artigo 155, § 4°, inciso IV, do Código Penal - Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal - Autoria e Materialidade comprovadas - Palavra da vítima e dos policiais militares - Validade - Precedentes -*

> *Apelantes detidos na posse da res furtiva logo após o crime - Incabível a alegação de insuficiência probatória - Penas - Dosimetria - Reprimendas aplicadas de forma exacerbada - A dosagem das penas deve pautar-se pelo princípio da legalidade e por critérios de razoabilidade - Redução - Necessidade - Regime inicial fechado - Reincidência bem reconhecida, a ensejar a fixação de regime prisional mais severo - APELO PARCIALMENTE PROVIDO." (fl. 60).*

No presente *mandamus*, a impetrante alega, relativamente à dosimetria das penas do paciente EDUARDO, que o fato de o acusado ser reincidente específico não justifica o aumento da pena, na segunda etapa do critério trifásico, em fração superior a 1/6, quando há apenas uma condenação criminal transitada em julgado geradora da reincidência.

Aduz que o paciente LUCAS cumpriu os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, nos termos do art. 44, do Código Penal. Nesse sentido, ressalta que a pena imposta ao acusado não é superior a 4 anos, o delito em comento foi praticado sem violência ou grave ameaça, não foram reconhecidas vetoriais desfavoráveis e a reincidência genérica não impede a aplicação do benefício.

Argumenta, também em relação ao paciente LUCAS, que é cabível o regime inicialmente semiaberto, nos termos da Súmula 269/STJ.

Ao final, requer, liminarmente, a concessão da ordem, para que se observe, em relação ao paciente LUCAS, o regime inicialmente semiaberto, até o julgamento final deste *writ*. No mérito, postula que sejam corrigidas as ilegalidades anteriormente indicadas.

A liminar foi deferida, para assegurar ao paciente LUCAS o direito de aguardar no regime inicialmente semiaberto até o julgamento desta ordem (fls. 78/81).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, com a consequente cassação da liminar concedida em favor do paciente LUCAS (fls. 141/148).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

A defesa, quanto ao paciente EDUARDO, afirma que a fração de aumento, em razão da agravante da reincidência, foi fixada em 1/4, sem fundamentação idônea. Alega que, ainda que o Código Penal não traga parâmetros para o aumento da pena, na segunda fase, a jurisprudência tem aplicado o patamar de 1/6. Sustenta que o fato de o paciente ser reincidente específico não justifica o aumento da fração em patamar superior a 1/6.

A matéria está posta, na origem, nos seguintes termos:

> *"Feitas as considerações necessárias, passo a dosar as reprimendas.*
>
> *No tocante ao corréu EDUARDO, atento aos critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, considerando os maus antecedentes por ele ostentados (fls. 276), fixo a pena basilar em 1/6 acima do piso mínimo, qual seja 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa.* ***Após, na segunda etapa, majoro a reprimenda em 1/4, em razão da reincidência específica, alcançando 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa****. Por fim, ausentes causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva." (fl. 106).*

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

Ora, a **reincidência específica**, justamente por não possuir maior desvalor no confronto com a **atenuante da confissão espontânea**,

também não pode ensejar maior incremento da pena quando incidir, de forma isolada, na segunda fase da dosimetria.

Ilustrativamente:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ESPECIFICIDADE. AUMENTO EM 1/3. DESPROPORCIONALIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. READEQUAÇÃO DA PENA DEVIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, na falta de previsão legal, o incremento da pena em fração superior a 1/6 (um sexto), pela incidência das agravantes, exige fundamentação concreta.*
>
> *2. Hipótese em que o aumento da reprimenda em 1/3, com base em apenas um título condenatório transitado em julgado, ainda que reste configurada a reincidência específica, denota a existência de desproporcionalidade na segunda etapa do procedimento dosimétrico.*
>
> *3. No julgamento do HC 365.963/SP, a Terceira Seção firmou o entendimento de que a especificidade da reincidência não enseja um maior desvalor na análise da dosimetria, o que permitiria, em princípio, a sua compensação integral com a atenuante da confissão espontânea.*
>
> *4. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 440.349/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 28/6/2018).*

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO.* ***PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP.*** *TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

> *[...]*
>
> ***- A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.***
>
> ***- Hipótese em que a fração de 1/4, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas na reincidência específica do paciente, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal, motivo pelo qual deve a pena ser agravada, agora, na usual fração de 1/6.***
>
> *[...]*
>
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 9 anos e 26 dias de reclusão, e 18 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 405.157/SP, Rel. Ministro REYNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 1/12/2017).*

Assim, deve a ordem ser concedida, de ofício, para reduzir o montante de elevação da reprimenda, na segunda fase da dosimetria do paciente EDUARDO, à fração prudencialmente fixada de **1/6**.

Mantidos os demais termos da dosimetria feita pela instância *a quo*, a nova pena definitiva do paciente resulta no patamar de **2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, e 12 dias-multa**.

Quanto ao paciente LUCAS, a defesa argumenta que as circunstâncias indicam ser a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos uma medida suficiente e socialmente adequada, tendo em vista que a pena não é superior a 4 anos, trata-se de crime cometido sem violência ou grave ameaça à vítima, o acusado possui bons antecedentes e sua conduta não se revestiu de grande reprovabilidade, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Ademais, afirma que ele faz jus ao regime semiaberto, nos termos do enunciado n. 269 da Súmula deste Tribunal Superior, porquanto, não obstante seja reincidente, as circunstâncias judicias foram consideradas todas

favoráveis.

Para a adequada delimitação da questão, colaciono o excerto seguinte do acórdão impugnado:

> *"Quanto ao corréu LUCAS, atento aos critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal e considerando a inexistência de circunstâncias desabonadoras, mantenho a pena basilar no piso mínimo, qual seja 02 (dois) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa. Após, na segunda etapa, majoro a reprimenda em 1/6, em razão da presença da agravante da reincidência, alcançando 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 11 (onze) dias-multa. Por fim, ausentes causas de aumento ou de diminuição, torno a pena definitiva.*
>
> *Em relação ao regime prisional, acertada a fixação de regime inicial fechado.*
>
> *No caso dos autos, embora as penas ora impostas aos apelantes sejam inferiores a 04 (quatro) anos, deve-se destacar que ambos são reincidentes. O corréu EDUARDO é reincidente específico (fl. 260) e, não bastasse, ostenta maus antecedentes (fls. 276).* ***O corréu LUCAS, por sua vez, também é reincidente pela prática de crime contra o patrimônio*** *(fls. 278).*
>
> *Assim, ainda que se considere eventual detração, tratando-se de réus reincidentes (corréu EDUARDO - fls. 260 e corréu LUCAS - fls. 278), o regime inicial fechado, de fato, afigura-se mais adequado ao início de cumprimento das reprimendas, nos termos do artigo 33, § 2° do Código Penal.*
>
> *Quanto à substituição das penas carcerárias por restritivas de direitos, considerando que os apelantes apresentam contumácia na prática de crimes contra o patrimônio (corréu EDUARDO - fls. 260 e 276; e corréu LUCAS - fls. 278), a d. Magistrada acertadamente deixou de operar a referida substituição, por não se mostrar socialmente recomendável (art. 44, § 3° do CP). E, tratando-se de réus reincidentes, não era mesmo o caso de suspensão da execução das penas (art. 77, inciso I do CP)." (fls. 106/107).*

Quanto ao regime de cumprimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, na reincidência ou no *modus operandi* do delito.

No caso, embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis e o montante da pena comporte, em princípio, o regime inicial aberto, a reincidência do paciente justifica o estabelecimento do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, e da Súmula n. 269 desta Corte, que dispõe:

> *É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

Nessa linha:

> *CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA/STJ 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *[...]*
> ***3. As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Contudo, o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 8 (oito) meses de reclusão, motivo pelo qual, em aplicação do regime legal, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.***
> *4. Habeas corpus não conhecido. (HC 315.449/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)*
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 1 ANO E 2 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E ACUSADO REINCIDENTE ESPECÍFICO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. REGIME INTERMEDIÁRIO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[...]*
> *- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é*

> *necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula n. 440/STJ.*
> *- Por outro lado, segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.*
> ***- Hipótese em que, considerando o montante da pena (1 ano e 2 meses de reclusão) e a análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, é possível o estabelecimento do regime intermediário, qual seja, o semiaberto, mesmo sendo o paciente reincidente específico. Precedentes.***
> *[...]*
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, confirmando a liminar deferida, alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto. (HC 363.892/SP, Relator Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)*

Assim, deve ser mantida a liminar deferida, no ponto.

Por outro lado, a simples reincidência do apenado, descolada da avaliação pormenorizada de ser ou não a medida de substituição da prisão recomendável para o caso concreto, não obsta o benefício da sanção alternativa.

O próprio art. 44, § 3.º, do Código Penal prevê que *"se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime"*.

Da leitura do excerto acima transcrito, verifica-se que a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não está devidamente justificada. Isso porque o Tribunal local não procurou demonstrar o porquê de não ser recomendável a substituição, tendo em vista as circunstâncias delineadas no caso concreto, para além da reincidência em crime patrimonial. Vale dizer, ao contrário do que entendeu a instância *a quo*, a reincidência não específica, de modo isolado, não evidencia

a insuficiência das penas alternativas.

No mesmo sentido, vejam-se os julgados abaixo:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. SÚMULA 691/STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. DOSIMETRIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. CRIME CULPOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. IDADE AVANÇADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *2. 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.*
>
> *3. O art. 44, I, do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se 'aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo'.*
>
> *4. A substituição de pena é admitida inclusive ao reincidente, tanto que o art. 44, § 3º, do Código Penal permite a concessão da benesse, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.*
>
> *5. Tratando-se de paciente reincidente não específico, com idade avançada, condenado pela prática do delito culposo, cuja pena imposta, inclusive, foi fixada bem aquém dos 4 anos, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, deve ser reconhecida a viabilidade da concessão da benesse prevista no art. 44 do Código Penal.*
>
> *6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente concedida, substituir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por uma restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução. (HC*

445.824/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA DE OUTRO CRIME. ART. 44, § 3º, DO CP. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO MOTIVO PELO QUAL A MEDIDA NÃO SERIA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que não se conhece do writ, substitutivo do recurso adequado, mas se concede ordem de habeas corpus de ofício, para reconhecer o direito do réu à substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a ausência de fundamentação para a negativa do benefício a acusado reincidente na prática de crime diverso (art. 44, § 3º, do CP) que teve todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal consideradas favoráveis.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 353.512/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 30/06/2016, DJe 03/08/2016)

Dessarte, tendo sido a pena-base do paciente imposta no mínimo legal e, a despeito de ser ele reincidente, por não estar presente razão suficiente para a negativa do benefício, concede-se a ordem para substituir a pena de prisão por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juiz singular.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus.*

Todavia, **concedo a ordem, de ofício**, para reduzir a pena de EDUARDO DOS SANTOS RODRIGUES ao patamar de **2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 12 dias-multa, no valor mínimo legal**; e para, confirmando a liminar de fls. 78/81, readequar o regime de início do cumprimento da reprimenda pelo paciente LUCAS HENRIQUE DA SILVA para a **modalidade intermediária**, e substituir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por duas sanções restritivas de direito, a critério

do juiz singular.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator