HABEAS CORPUS Nº 485.136 - SP (2018/0339491-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		FERNANDA COSTA TEIXEIRA - SP318411
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOÃO CARLOS COTTA AMORIM

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOÃO CARLOS COTTA AMORIM no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0025088-62.2014.8.26.0224).

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeira instância à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 155, *caput*, do Código Penal, em virtude de ter subtraído da loja Centauro 10 camisetas oficiais da seleção brasileira, avaliadas em R$ 1.490,90 (mil, quatrocentos e noventa reais e noventa centavos).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação no Tribunal de origem, que lhe negou provimento em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 24):

> *FURTO SIMPLES. Recurso defensivo. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. Penas e regime preservados. Inaplicabilidade das benesses do CP, art. 44. Isenção de custas processuais. Impertinência. Inteligência da Lei n° 1.060/50 e Lei Estadual n° 11.608/03. Improvimento.*

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo afirma que as instâncias de origem indeferiram o pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos em razão da reincidência anterior por crime de homicídio. Aduz que essa situação não impede a substituição, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal (CP), uma vez que não se trata de reincidência específica. Além disso, defende que a substituição é medida socialmente recomendável, uma vez que o fato anterior é antigo e a pena já foi cumprida.

Alega, ainda, que a reincidência, por si só, não constitui motivação

idônea que justifique a não aplicação do art. 33, § 2º, *c*, do CP, no que diz respeito à fixação do regime de cumprimento de pena.

Diante disso, requer a concessão de liminar para que o paciente continue em liberdade provisória até o julgamento definitivo deste *writ* e, quanto ao mérito, a concessão da ordem para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 32/34).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 62/66).

É, em síntese, o relatório.

Examinando os autos, infere-se que se fixou a pena-base no mínimo legal. Entretanto, não obstante o *quantum* da pena aplicada e o fato de terem sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, o Tribunal de Justiça, acompanhando a sentença, manteve o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, afirmando, para tanto, que (e-STJ fl. 26):

> *No tocante ao regime, o intermediário foi bem fixado, até como estímulo à ressocialização, em razão da quantidade de pena, nos termos, ainda, da Súmula/STJ, n° 269.*

Sobre o assunto, rememoro que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Confiram-se:

> HABEAS CORPUS. WRIT *SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

> *REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...].
>
> ***4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.***
>
> *5.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria* (HC 222.445/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016, grifei).

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO* WRIT. *CRIMES DE ROUBO MAJORADOS. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA DO CONCURSO FORMAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. CONSUMAÇÃO DO DELITO.* [...]. *IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PRESENÇA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> [...].
>
> ***5. Justifica-se a imposição do regime prisional mais gravoso, ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal ao réu primário, quando presentes fundamentos que desbordam da gravidade abstrata, e das circunstâncias comuns à espécie, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta praticada. Precedentes.***
>
> *6.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente RENE para 6 anos, 2 meses e 20 dias, de reclusão, e 15 dias-multa* (HC 209.582/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015, grifei).

Na espécie, o Tribunal local fixou o regime prisional semiaberto levando em conta, além da gravidade abstrata do delito, o fato de ser o ora paciente reincidente, fundamentos que entendo serem suficientes para justificar a fixação do regime semiaberto pois, conforme se verifica das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis de modo que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que, consoante a Súmula n. 269 desta Corte, justifica, uma vez reconhecida a reincidência, o estabelecimento do regime intermediário,

a saber:

> *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".*

Sob tal perspectiva, considerando o *quantum* da condenação (1 ano e 2 meses de reclusão) e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, está correta a fixação do regime semiaberto.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, esta Corte Superior entende que *"a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos, não reincidente e cuja culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente"* (HC n. 353.206/RS, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016).

No caso, acerca da insurgência, consta do acórdão recorrido a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 26):

> *A despeito de a recidiva não ser específica, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou multa - como pretendido pela defesa - não se mostraria socialmente recomendável (CP, art. 44, III) e seria insuficiente à prevenção e repressão do delito, mormente porque a condenação anterior se deu pelo crime de homicídio, demonstrando personalidade incompatível com o combatido postulado.*

Verifica-se, portanto, que o indeferimento da substituição da pena foi devidamente justificado pelo Tribunal de origem, que entendeu não ser recomendável, no caso, a referida permuta em razão da reincidência do paciente.

Nesse mesmo sentido:

> *HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ADEQUADO. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE. IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE ERRO NA DOSIMETRIA. SUPRESSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA*

ILEGALIDADE. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DOS AUTOS. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Questão relativa à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos já foi analisada e indeferida nos autos do REsp n. 1.525.276/RS, em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, no sentido de que, ***tratando-se de réu reincidente, não estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.***

3. Inviável a análise da alegação de que houve utilização indevida de julgado como agravante da reincidência. Questão não enfrentada na origem, vedada a supressão de instância, além de não ter sido comprovada, de plano, no presente writ, ausentes os documentos essenciais e comprobatórios. Manifesta a deficiência na instrução dos autos, sendo vedada a ampla dilação probatória em habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 352.111/RS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016, grifei)

À vista de tais pressupostos, **denego a ordem de *habeas corpus.***

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator