HABEAS CORPUS Nº 491.012 - SP (2019/0026504-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JULIANO CELESTINO DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JULIANO CELESTINO DE OLIVEIRA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 36):

> SENTENÇA CONDENATÓRIA DO RÉU PELA PRÁTICA DE FURTO (CP, ART. 155, CAPUT) - APELO DEFENSIVO BUSCANDO ABSOLVIÇÃO COM ARRIMO NA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E NA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA, APLICANDO-SE O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, COM PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS DE REDUÇÃO DAS PENAS, ENTENDENDO QUE FORAM APLICADAS DE FORMA EXACERBADAS, E DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO.
> DESCABIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE - DELITIVAS BEM DEMONSTRADAS ACERVO PROBATÓRIO COLHIDO NAS DUAS FASES DO PROCESSO QUE JUSTIFICAM A CONDENAÇÃO PELO DELITO DESCRITO NA DENÚNCIA - DECRETADA A REVELIA DO RÉU - PALAVRAS FIRMES E SEGURAS DA VÍTIMA E DO POLICIAL, COM RECONHECIMENTO PESSOAL - PROVAS SEGURAS ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA - APLICAÇÃO DO DENOMINADO "PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA" QUE NÃO SE ADMITE PRECEDENTES VALOR DO BEM SUBTRAÍDO CONSIDERÁVEL, COM PREJUÍZO SIGNIFICATIVO SUPORTADO PELA OFENDIDA (R$ 200,00 REAIS) - DOSAGEM DAS PENAS QUE SE AFIGURA CORRETA, NÃO MERECENDO REPAROS, OBSERVADO O CRITÉRIO TRIFÁSICO - MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO RÉU QUE JUSTIFICAM A IMPOSIÇÃO DE UM AUMENTO MAIOR NA REPRIMENDA, BEM COMO A FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO PARA CUMPRIMENTO DA PENA - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela 2ª Vara Criminal da comarca de Araçatuba, à pena de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão e 15 dias-multa; regime semiaberto, como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação que foi

desprovido pelo Tribunal de origem.

Alega a impetrante, em suma, que não existe fundamentação para o imediato cumprimento da pena, afirma, ainda que houve majoração indevida na fixação da pena-base, bem como foi aplicado regime inicial mais gravoso.

Requer, assim, em sede liminar e no mérito o direito de aguardar em liberdade e a fixação do regime inicial aberto.

A liminar foi indeferida (fls. 52/53).

As informações foram prestadas (fls. 58/88).

O parecer do Ministério Público foi pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, a defesa requer, em sede liminar e no mérito, o direito de aguardar em liberdade e a fixação do regime inicial aberto.

O acórdão manteve a sentença pelos seguintes fundamentos (fls. 43/45):

> [...].Assim, passo à análise da dosimetria penal.
> Adotado o sistema trifásico de aplicação da pena (art. 68 do CP) e em consonância com o art. 59, do CP, a pena base foi fixada 1/3 (um terço) acima do patamar mínimo, ou seja, em 01 ano e 04 meses de reclusão, mais pagamento de 13 dias-multa, no piso legal, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis e dos péssimos antecedentes criminais ostentados pelo réu (certidões de fls.
> 99, 103, 105 e 112/113), demonstrando personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio.
> Destarte, ao contrário do alegado nas razões recursais, não houve nesse capítulo qualquer exacerbação "automática" ou ilegal, ressabido que o legislador infraconstitucional não quantificou as circunstâncias judiciais e deixou a critério do julgador a tarefa de encontrar números suficientes a desestimular o agente e a própria sociedade a patrocinarem condutas análogas, garantida simultaneamente a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena (HC nº 107.626/MS, rel. Minª Carmem Lúcia, j. em 2.10.2012). Exatamente como se procedeu aqui, sendo importante a valoração das circunstâncias do crime na dosimetria da pena justamente pela necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas (HC nº 84.571/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 7.12.2014).
> Na segunda fase, o Magistrado considerou a agravante da reincidência específica (fls. 100), tendo exasperado a pena, corretamente, em mais 1/6 (um sexto), perfazendo 01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, no piso legal, tornando-as definitivas, posto que na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.
> Consideradas as circunstâncias utilizadas para o cálculo das penas, aplicados os critérios previstos no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, correta a imposição do regime semiaberto, bem como, a não concessão de benefícios, artigo 44 e seguintes ou 77 do Código Penal, que não se mostram suficientes

> e socialmente recomendáveis nessas circunstâncias, lembrando a reincidência do réu.
> E por derradeiro, mantida a condenação do réu, devendo cumprir a pena em regime inicial semiaberto, cumpre lembrar a recente decisão do plenário do c. Supremo Tribunal Federal no julgamento do habeas corpus nº 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, em 17.2.2016, confirmado ainda tal posicionamento em mais recente decisão da Suprema Corte (HC nº 135.407/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. em 2.8.2016), em que, acertadamente se corrige posicionamento anterior questionável e se passa a admitir o cumprimento da pena após condenação ou confirmação em segunda instância, exatamente como no presente caso. Razoável, portanto, não conceber que continue o acusado a recorrer em liberdade.
> Como se ressaltou no citado writ, não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias, não havendo qualquer comprometimento do princípio constitucional da presunção de inocência.
> Nem se olvidando que mais recentemente, na data de 11 de novembro de 2016, a Corte Suprema reconheceu, à unanimidade, a repercussão geral no Ag no RE nº 964.246/SP, de relatoria do e. Ministro Teori Zavascki, que trata da execução provisória de condenação em segunda instância, reafirmando a orientação predominante sobre a matéria.
> Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantida a r. sentença por seus próprios fundamentos. Expeça-se mandado de prisão.[...].

A sentença condenatória, possui os seguintes fundamentos quanto à dosimetria (fls. 17/18):

> [...].Passo a dosar a pena.
> Atento aos parâmetros ditados pelo artigo 59 do Código Penal, **como o réu tem maus antecedentes e personalidade voltada para crimes contra o patrimônio (fls. 99, 103, 105 e 112/113), aumento a pena base em um terço, fixando-a em 01 ano e 04 meses de reclusão e ao pagamento de 13 dias-multa, no mínimo legal.**
> **Reconhecida a agravante de reincidência específica (fl. 100), aumento a pena em um sexto, fixando-a em 01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 15 dias-multa.**
> Não havendo outras atenuantes ou agravantes a serem consideradas e nem causas de aumento ou diminuição de pena, mantenho a pena aplicada.
> **Fixo o regime semi-aberto para início de cumprimento da pena, pois o réu é reincidente.**
> Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal, para condenar o réu JULIANO CELESTINO DE OLIVEIRA, como incurso nas penas do artigo 155, caput, do Código Penal, à pena de 01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão e o pagamento de 15 dias-multa.
> Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a reincidência específica e os maus antecedentes do réu.

> O réu poderá recorrer desta sentença em liberdade, se por outro processo não estiver preso, uma vez que não estão presentes os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva.
> Após o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados.[...].

Como é consabido, em regra não se presta o *habeas corpus* à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. A propósito: STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe de 01/09/2011, HC 252.449/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014.

No que se refere à pena-base, observa-se que as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis ao paciente as circunstâncias judiciais da personalidade e antecedentes, levando em conta para para macular estes vetoriais, unicamente, os registros criminais anteriores (fl. 17).

Note-se que a jurisprudência atual desta Corte Superior não admite que condenações com trânsito em julgado anteriores possam acarretar a valoração negativa da personalidade. A propósito:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE.
> SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS CONDENAÇÕES ANTERIORES TRANSITADAS EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE SE UTILIZAR UMA PARA AGRAVAR A PENA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA E DE OUTRAS PARA O ACRÉSCIMO DA PENA BASE A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.
> 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.
> 2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em Primeira instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do ne reformatio in pejus; desde que observados os limites da pena

> estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.
> **No caso em apreço, o Tribunal de origem, corretamente, adequou as condenações definitivas do paciente para negativar a circunstância judicial dos antecedentes, em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o qual assentou compreensão no sentido de que a existência de condenações anteriores, ainda que transitadas em julgado, não constitui fundamento idôneo a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.**
> 3. Levando-se em conta a multirreincidência do agente, é possível a utilização de condenações pretéritas distintas, evitando-se o bis in idem, para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como para aumentar a pena na segunda fase em vista da reincidência.
> Precedentes.
> 4. Habeas corpus não conhecido.
> (HC 490.398/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)
>
> HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPTAÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. A existência de condenações anteriores não se presta a fundamentar a exasperação da pena-base na vetorial conduta social.
> Precedentes.
> 2. O vetor da conduta social, disposto no art. 59 do Código Penal, com redação dada pela Lei n.º 7.209/1984, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos, não se confundindo com antecedentes criminais.
> 3. Ordem concedida para redimensionar as penas do Paciente ao patamar de 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão, em regime fechado, bem como o pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, no mínimo legal.
> (HC 476.776/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

Observa-se, assim, mesmo que tenha sido condenado, o réu, definitivamente 2 vezes ou mais, **independente da quantidade de condenações**, ou possua diversos registros em seus antecedentes criminais, estes não estão aptos a valorar negativamente a personalidade do agente. Entretanto, na segunda fase da dosimetria, havendo mais de uma condenação uma pode ser valorada como reincidência se a outra como antecedentes.

Sendo assim, passo ao redimensionamento da reprimenda.

Como se vê, das 2 circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, apenas 1 delas foi considerada mediante fundamento válido, qual seja os antecedentes, razão pela qual, atento ao princípio da proporcionalidade alterada valoração de 1/3 para 1/6, fixo a pena-base em 1 ano e 2 meses de reclusão, e 12 dias-multa.

Na segunda fase, mantida a exasperação pela reincidência em 1/6, e não havendo outras atenuantes ou agravantes a serem consideradas e nem causas de aumento ou diminuição de pena fixo a pena em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão e 13 dias-multa.

No que tange ao regime inicial, o fato de o paciente ser reincidente é motivo idôneo para acarretar o recrudescimento do regime prisional, a teor do art. 33, § 2º, *b* e *c*, do CP, mantendo-se o semiaberto.

Cumpre salientar que a Sexta Turma desta Corte, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou a orientação firmada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 122.292/MG, de 17/2/2016) no sentido de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Os fundamentos do voto condutor do acórdão no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, encontram-se sintetizados na seguinte ementa:

> *CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado* (HC 126292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 de 17-05-2016).

Em recente julgado, ocorrido em 5/10/2016, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, apreciando medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, por maioria, reafirmou o entendimento da possibilidade de execução provisória da pena, na ausência de recurso com efeito suspensivo.

Conquanto, recentemente, alguns ministros do Supremo Tribunal Federal tenham se pronunciado pela necessidade de fundamentação nas

hipóteses em que o réu respondera ao processo em liberdade, não houve decisão do plenário nesse sentido, prevalecendo o entendimento acima esposado.

Assim, exaurida a instância ordinária e, na pendência de recursos especial ou extraordinário, somente casuísticos efeitos suspensivos concedidos – por cautelar ou *habeas corpus* –, impedirão a execução provisória, **ainda que concedido o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.**

Ressalto que esta Corte permanece cumprindo a decisão mencionada do precedente do plenário da Suprema Corte, inobstante as fortes razões em contrário contidas em decisões da segunda turma daquela egrégia Corte - dispensada indicação casuística de necessidade da cautelar, pois assim não exigida pelo precedente aqui seguido.

Pois bem, consoante informações prestadas pelas instâncias de origem, não obstante a apresentação de Recurso Especial (fl. 59), não há notícias de concessão de efeito suspensivos ao referido recurso.

Não há, portanto, falar, neste ponto, em constrangimento ilegal, passível da concessão de *habeas corpus,* estando o acórdão atacado em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior.

Ante o exposto, concedo em parte a ordem de *habeas corpus*, para fixar a pena em 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão e 13 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator