HABEAS CORPUS Nº 468.286 - SP (2018/0232805-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	GABRIEL VICTOR DA SILVA STEFFENS
ADVOGADO	:	GABRIEL VICTOR DA SILVA STEFFENS - SP360224
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCIANO APARECIDO RODRIGUES DE SA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de LUCIANO APARECIDO RODRIGUES DE SA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002860-25.2015.8.26.0300).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 7 meses de detenção, em regime fechado, como incurso no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante).

Em apelação da defesa, o Tribunal fixou o regime semiaberto.

No presente *writ*, o impetrante aduz que a confissão espontânea, embora utilizada como elemento de convicção do magistrado, não foi aplicada. Alega também que estão presentes os requisitos para a fixação do regime aberto e a substituição da pena por restritivas de direitos.

Requer, em liminar e no mérito, o reconhecimento da confissão e sua compensação com a reincidência, bem como a alteração do regime prisional e a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 46/47.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (Fls. 51/55).

É o relatório.

Decido.

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.

Conforme relatado, busca-se com a presente impetração o reconhecimento da confissão e sua compensação com a reincidência, bem como a alteração do regime prisional e a substituição da reprimenda por medidas restritivas de direitos.

O paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 7 meses de detenção, em regime fechado, como incurso no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante).

Em apelação da defesa, o Tribunal de origem deu provimento para fixar o regime semiaberto, consoante os seguintes trechos:

> ***Em que pese o réu ter negado estar alcoolizado, fato é que o mesmo admitiu ter ingerido duas latas e cerveja, bem como o fato de estar dirigindo com velocidade incompatível com a via pública.***
>
> *Os policiais informaram que o mesmo apresentava sinais claros de embriaguez, estando exaltado e com odor etílico quando da abordagem. Ademais, relataram que o mesmo vomitara nos corredores do distrito policial, tendo apresentado verdadeiro estado de descontrole, o que fez inclusive com que tentasse se furtar da autoridade policial em duas oportunidades.*
>
> *Ainda, o relato dos policiais no sentido de que o apelante havia colidido seu veículo juntamente à guia da via pública restou comprovado pelo laudo pericial acostado aos autos 12 , o qual atestou escoriações nas faces externas das rodas dos pneus do lado direito, fato esse também confirmado pelo depoimento de David.*
>
> *Assim, não há motivos que permitam duvidar da veracidade dos depoimentos prestados.*
>
> *Inicialmente destaca-se que, nos termos do artigo 202 do Código de Processo Penal, toda pessoa pode servir de testemunha, sendo que o disposto no artigo 206 (primeira parte) do mesmo Diploma Legal prevê que a testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor, excluindo-se as hipóteses legais.*
>
> *Logo, fica claro que todos têm a obrigação de colaborar com a Justiça, funcionando como testemunha, excetuando-se as hipóteses previstas no artigo 206 (segunda parte) e artigo 207, ambos do Código de Processo Penal.*
>
> *Neste sentido não há porque excluir-se, ab ovo, o depoimento prestado por agente público.*
>
> *(...).*
>
> ***Por todo o exposto, restaram plenamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, sendo de rigor a condenação do apelante.***
>
> *(...).*
>
> *A sentença fixou o regime fechado para início do*

cumprimento de pena.

Contudo, observado o disposto no artigo 33, caput, em se tratando de pena de detenção, o regime inicia de cumprimento não poderá ser o mais gravoso.

Desse modo, com base na reincidência do apelante, bem como nas circunstâncias judiciais desfavoráveis envolvendo o delito em tela, fixo o regime semiaberto, deixando de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos uma vez que não preenchidos os requisitos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal.

De início não há falar em constrangimento ilegal ante o não reconhecimento da confissão espontânea do paciente, tendo em vista que, segundo acima disposto, o paciente não só não confessou a prática da conduta delituosa, como negou expressamente estar alcoolizado, bem como o fato de estar dirigindo com velocidade incompatível com a via pública.

Sendo assim, a formação do convencimento do magistrado sentenciante acerca da procedência da acusação foi lastreada nos demais objetos probatórios colhidos nos autos, como o depoimento dos policiais. Não incide, portanto, o enunciado sumular n. 545 do STJ.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO UTILIZADA PARA CONDENAÇÃO. ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. ***É firme a jurisprudência deste Sodalício em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.***

2. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao recurso especial, mantendo a sentença condenatória (EDcl no AgRg no REsp 1668315/RO, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 29/6/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO NÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DO CRIME DE ROUBO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3.

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

[...]

5. Nos termos do enunciado n. 545 da Súmula desta Corte: Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

6. ***No caso, o Tribunal local entendeu que o convencimento do julgador não foi embasado em eventual confissão do acusado, assim, o paciente não faz jus à atenuante.***

[...]

8. Na hipótese dos autos, foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3, não em razão do número de majorantes, mas tendo em vista o número de agentes na empreitada criminosa, no caso três, que se utilizaram de arma de fogo, inclusive, havendo efetivo disparo da arma de fogo em direção às vitimas 9. Habeas corpus não conhecido (HC 411.168/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/10/2017)

No tocante ao regime prisional, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Registro que o paciente foi beneficiado com a fixação do regime intermediário, porquanto em casos em que o réu é reincidente e há circunstâncias judiciais desfavoráveis, esta Corte Superior de Justiça entende que o regime aplicado deve ser o fechado.

A propósito:

HABEAS CORPUS. *ART. 155,* CAPUT, *DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR SENTIMENTAL DO OBJETO MATERIAL PARA A VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (3) PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REINCIDÊNCIA. (4) AGRAVANTE. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. AUMENTO EXACERBADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. (5)* ***REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. REGIME***

SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. *(6) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.*

[...]

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se as instâncias de origem apontam motivos concretos para exasperação da pena-base no tocante as consequências do delito, apresentando-se estas estranhas aos elementos já aquilatados pelo legislador infraconstitucional no tipo penal violado. In casu, o magistrado sentenciante destacou que o objeto material do crime de furto, não restituído, ostentava elevado valor econômico, além do que possuía apreço sentimental para a vítima.

3. A simples menção à personalidade do infrator, desprovida de elementos concretos, não se presta à negativação da circunstância judicial a que se refere, impossibilitando o acréscimo da pena-base.

4. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

No caso, o acréscimo da pena se deu em 1/3 (um terço), sendo que o Juiz promoveu a referida exasperação apenas pela presença da reincidência genérica, sem apresentar justificativa para respaldar o incremento.

5. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.

6. Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.* (HC 340.007/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/12/2015)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO EMBARGO DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE. PLEITO DE DE HABEAS CORPUS *DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENADO REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. INSIGNIFICÂNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. [...]*

No caso, a imposição do regime fechado ao apenado, ainda que a pena seja menor que quatro anos, decorreu da presença de circunstâncias judiciais negativas e da reincidência, sendo inaplicável a Súmula 269 do STJ. [...]

4. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 648.240/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA

TURMA, DJe 17/03/2016)

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REDUÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. MANUTENÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPROCEDÊNCIA. RÉU REINCIDENTE. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. [...]*
>
> *2. Não há que se falar em incidência da Súmula 269/STJ, a justificar o regime semiaberto, porquanto, além de ser o réu reincidente, há circunstância judicial negativa, o que impõe a fixação do regime fechado, bem como impossibilita a substituição da pena.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 1.130.774/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 2/5/2014)

No que pertine à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com razão o acórdão impugnado, diante da reincidência do paciente e presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator