HABEAS CORPUS Nº 484.845 - SP (2018/0337945-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	JEFFERSON SA VALENCA CLEMENTE MACHADO
ADVOGADO	:	JEFFERSON SÁ VALENÇA CLEMENTE MACHADO - SP194787
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EDSON LUIZ DE OLIVEIRA MAIN

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDSON LUIZ DE OLIVEIRA MAIN, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 41):

> ALEGAÇÕES MINISTERIAIS DE QUE O APELADO JÚLIO HÁ QUE SER CONDENADO NOS TERMOS DA DENÚNCIA, COM EXASPERAÇÃO DE SUAS REPRIMENDAS, FAZENDO-SE O MESMO COM OS DEMAIS PROCESSADOS.
> EM PROL DOS CORRÉUS EDSON ALMEIDA E EDSON LUIZ, QUANTO A DEVEREM SER ABSOLVIDOS POR FALTA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LOS.
> CONDENAÇÕES DOS APELANTES EDSON ALMEIDA E EDSON LUIZ ESTRIBADAS NO ART. 155, § 4º, I E IV, DO CP. ABSOLVIÇÃO DO RECORRIDO JÚLIO COM FUNDAMENTO NO ART. 386, VII, DO CPP CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO NO SENTIDO DE INCRIMINAR OS IMPUTADOS EDSON ALMEIDA E EDSON LUIZ, COM EXASPERAÇÃO DE SUAS REPRIMENDAS, MANTIDA A ABSOLVIÇÃO DO CORRÉU JÚLIO.
> Recurso ministerial parcialmente provido e defensivo desprovido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado no art. 155, § 4º, I e IV, do CP, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, mais 12 dias-multa, em regime aberto (fl. 38).

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo da defesa, mas proveu parcialmente o recurso ministerial, fixando a pena do paciente em 3 anos, 2 meses e 3 dias de reclusão, em regime fechado, mais 14 dias-multa, expedindo-se, desde logo, mandado de prisão (fl. 52).

Sustenta o impetrante, em suma, que não se pode utilizar para dosagem da pena base a reincidência após o período depurador e, ainda, que não há fundamentação para aplicação de regime inicial mais severo, qual seja o fechado.

Requer, assim, em sede liminar e no mérito, o redimensionamento da pena base e a fixação de regime inicial aberto.

A liminar foi indeferida (fl. 62).

Prestadas as informações (fls. 67/110).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para correção de erro material (fl. 113/117).

É o relatório

DECIDO

Conforme relatado, a defesa requer readequação da pena-base, bem como estabelecimento de regime inicial intermediário.

O Tribunal de origem, ao readequar o *quantum* e o regime prisional, asseverou (fl. 51/52):

> [...].Recepcionado o concurso de três agentes e o rompimento de obstáculo, **servindo uma das agravantes para qualificar o crime, e a outra para exasperar suas penas básicas**, ficando as de Edson Almeida, na primeira fase, aumentadas em 1/5, ainda **pelos maus antecedentes** (fl. 247), e as de **Edson Luiz em 1/6 exaspera-se-as para ambos por serem reincidentes, em 1/6 para Edson Luiz (fl. 256) e Edson Almeida (fl.171)**, resultando, assim, em três anos, dois meses e três dias de reclusão, mais a paga de quatorze dias-multa, ao corréu Edson Luiz, e três anos, três meses e seis dias de reclusão, mais a paga de quinze dias-multa, ao condenado Edson Almeida, por incursos nas sanções do artigo 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, **fixado a ambos o regime prisional inicial fechado, único compatível com sua reincidência criminosa, com o emprego de três agentes na empreitada biqualificada e ainda com os maus antecedentes do condenado Edson Almeida.**
> Isto posto, nega-se provimento aos apelos ajuizados em prol de Edson Almeida Dias e de Edson Luiz de Oliveira Main, e **dá-se parcial provimento ao apelo ministerial para que, mantida no mais a r. sentença,** cumpram, cada qual, respectivamente, 03 (três) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão, e paga de 15 (quinze) dias-multa, e 03 (três) anos, 02 (dois) meses e 03 (três) dias de reclusão, mais o pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, ambos em regime prisional inicial fechado, por infração aos ditames do artigo 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, mantida a absolvição de Júlio César Faria Pulgar como promovida na r. sentença. Providencie-se o necessário para a expedição de mandados de prisão contra os condenados Edson Almeida e Edson Luiz, nos termos do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP, reafirmado pelas decisões que indeferiram, por maioria de votos, as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs. 43 e 44.[...].

O *quantum* de pena e regime prisional foram estabelecidos na sentença com os seguintes termos (fl. 37/38):

> [...].O réu possui condenação transitada em julgado, conforme certidão de objeto e pé de fls. 256/257. Apesar de constar nesta certidão no movimento 19/01/2009 - solto (em virtude de livramento condicional), no movimento 31/07/2008 consta pena privativa de liberdade cump. ou julg. extinta – of. de 07/03/2012 da Comarca e Ibiúna. A data do cometimento deste delito é

> 04/09/2013. **Assim, não há certeza de que o delito foi cometido dentro de 5 (cinco) anos da extinção da pena, para que a condenação anterior seja utilizada como caracterizador da reincidência.**
> Na primeira fase de aplicação da pena, atento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, **verifico a existência de circunstância desfavorável ao réu apta a majorar a pena base, maus antecedentes** revelado pela certidão de objeto e pé de fls. 256/257, bem como, verificando-se que o crime de furto foi duplamente qualificado, servindo o rompimento de obstáculo para esta caracterização, o concurso de pessoas (três) pode ser usado e fica assim sendo, como caracterizador das circunstâncias negativas em que o delito ocorreu, razão pela qual aumento a pena em 2/8 (dois oitavos), fixando-a em 2 (dois) anos e 6 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 12 (doze) dias multa, no piso, diante das circunstâncias econômicas do réu revelada nos autos.
> Na segunda fase, nada existindo a justificar a alteração da pena anteriormente fixada, esta deve ser mantida.
> Na terceira fase, não se verificando causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas, a pena anteriormente fixada deve ser tornada definitiva.
> Regime inicial de cumprimento da pena.
> O regime inicial de cumprimento da pena, no tocante ao réu Edson Almeida Dias, face à pena fixada, às circunstâncias judiciais negativas e à reincidência, é o semi- aberto, nos termos do art. 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal.
> O regime inicial de cumprimento da pena, no tocante ao réu Edson Luiz de Oliveira Main, face à pena fixada e às circunstâncias judiciais negativas, é o aberto, nos termos do art. 33, parágrafo 2º, alínea “c”, do Código Penal.[...].

Insurge-se a impetrante, inicialmente, que não se pode utilizar para dosagem da pena base a reincidência após o período depurador e, ainda, que não há fundamentação para aplicação de regime inicial mais severo, qual seja o fechado.

Em regra, não se presta o *habeas corpus* à revisão da dosimetria da pena estabelecida pelas instâncias ordinárias. Admite-se, contudo, o reexame quando configurada manifesta violação dos critérios dos arts. 59 e 68 do CP, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

No que se relaciona à reincidência, vê-se que a tese de alcance do período depurador não merece prosperar pois na data do fato, 4/9/2013, não havia ocorrido o transcurso de 5 anos, tendo sido extinta a condenação anterior em 07/03/2012 .

No tocante ao regime inicial, apesar de o acusado ter sido condenado à 3 anos, 2 meses e 3 dias de reclusão, verifica-se que foi indicada, além da reincidência, a existência de circunstância judicial valorada negativamente

para exasperar a pena-base, referente ao *emprego de três agentes na empreitada biqualificada*, razão pela qual não há qualquer ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, o fechado, nos termos dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Neste sentido: HC 456.927/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 28/03/2019 e HC 488.621/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019.

De outro lado, assim como demostrado pelo *Parquet, há erro material no cálculo da pena, como afirma o impetrante. A pena-base foi fixada em 2 anos e 4 meses (à pena mínima legal de 2 anos, somou-se a fração de 1/6). Na segunda fase, o Tribunal aplicou a fração de 1/6, relativa à agravante da reincidência, resultando em 2 anos, 8 meses e 20 dias. Na terceira fase, não foram verificadas causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas* (fl. 115), motivo pelo qual a pena deve ser redimensionada.

Desse modo, seguindo os parâmetros utilizados pelo Tribunal de origem, tratando-se de delito previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, a pena-base, com aplicação do aumento de 1/6, deve ser fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão, além de 11 dias-multa, e, na segunda fase, aplicada fração de 1/6, relativa à agravante da reincidência, deve totalizar 2 anos, 8 meses e 20 dias, além de 12 dias-multa, por não haver mais atenuantes, agravantes, minorantes ou majorantes.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus*, para fixar a pena do paciente em 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa, mantendo-se, no mais, o acórdão impugnado.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator