

HABEAS CORPUS Nº 493.552 - SP (2019/0043495-5)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIA CAMILA AZEVEDO BARROS - SP420671
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ CARLOS FERREIRA DE MELO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de LUIZ CARLOS FERREIRA DE MELO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0006228-65.2015.8.26.0066.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 155, § 1º, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte *a quo*, que negou provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que o paciente faria jus ao reconhecimento da atipicidade material da conduta pela aplicação do princípio da insignificância, diante do ínfimo valor do bem subtraído, a saber, barras de chocolate avaliadas em R\$ 120,00 (cento e vinte reais).

Alega que a reprimenda básica não poderia ter sido exasperada com fundamento em processos arquivados ou com o trânsito em julgado em data posterior ao ilícito em questão ou atingidos pelo período depurador.

Aduz, outrossim, a ausência de fundamentação idônea a fim de justificar a imposição de regime prisional mais severo para cumprimento da reprimenda, argumentando que a reincidência não obstaría a escolha do semiaberto, nos termos do enunciado 269 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja absolvido, em razão da atipicidade da conduta ou, subsidiariamente, fixada a pena-base no mínimo legal e deferido regime semiaberto ao paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 167-168.

Informações prestadas às fls. 175-231, 234-237 e 249-250.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, contudo, pela concessão da ordem, de ofício, às fls. 240-247.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que se refere à aplicação do princípio da insignificância, sabe-se que este reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em

que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, devendo ser reconhecida a atipicidade material de perturbações jurídicas mínimas ou leves, estas consideradas não só no seu sentido econômico, mas também em função do grau de afetação da ordem social que ocasionem.

Veja-se, sobre o tema, a lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

O princípio da insignificância foi cunhado pela primeira vez por Claus Roxin, em 1964, que voltou a repeti-lo em sua obra Política Criminal y Sistema del Derecho Penal, partindo do velho adágio latino minima non curat praetor. A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade a bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedemann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado.

[...].

Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em razão ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida, como por exemplo, nas palavras de Roxin, 'mau-trato não é qualquer tipo de lesão à integridade corporal, mas somente uma lesão relevante; uma forma delitiva de injúria é só a lesão grave a pretensão social de respeito. Como força deve ser considerada unicamente um obstáculo de certa importância, igualmente também a ameaça deve ser sensível para ultrapassar o umbral da criminalidade'.

Concluindo, a insignificância da ofensa afasta a tipicidade. Mas essa insignificância só pode ser valorada através da consideração global da ordem jurídica. Como afirma Zaffaroni, "a insignificância só pode surgir à luz da função geral que dá sentido à ordem normativa e, conseqüentemente, a norma em particular, e que nos indica que esses pressupostos estão excluídos de seu âmbito de proibição, o que resulta impossível se estabelecer à simples luz de sua consideração isolada" (Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 14ª ed., Saraiva: SP, 2009, p. 21 e 22).

Por sua vez, a orientação do Supremo Tribunal Federal mostra-se no sentido de que, para a verificação da lesividade mínima da conduta, apta a torná-la atípica, deve levar-se em consideração os seguintes vetores: *a)* a mínima ofensividade da conduta do agente; *b)* a inexistência de periculosidade social na ação; *c)* o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e *d)* a inexpressividade da lesão jurídica provocada, salientando que o Direito Penal não deve se ocupar de condutas que, diante do desvalor do resultado produzido, não representem prejuízo relevante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Nesse sentido:

"PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO DELITO DE FURTO - 'RES FURTIVA' NO VALOR DE R\$ 110, 00 (EQUIVALENTE A 26,5% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO

DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.

"- O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

"O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: 'DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR'.

"- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. 'O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social' (HC n. 94.505/RS, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, j. em 16-9-2008).

Assim, a aplicação do princípio da insignificância, causa excludente de tipicidade material, admitida pela doutrina e pela jurisprudência em observância aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, demanda o exame do preenchimento de certos requisitos objetivos e subjetivos exigidos para o seu reconhecimento, traduzidos no reduzido valor do bem tutelado e na favorabilidade das circunstâncias em que foi cometido o fato criminoso e de suas consequências jurídicas e sociais, **pressupostos que, no caso, não se encontram atendidos.**

Acerca do tema que ora é trazido à discussão, assim ficou assentado no acórdão recorrido, *in verbis* (e-STJ fl. 48):

"Cabe ressaltar, ainda, ser descabido o pleito da defesa tendente a ver reconhecido o princípio da insignificância ou crime de bagatela.

Isso porque, além de não ser insignificante o valor dos bens subtraídos (avaliados em R\$ 120,00 - fls. 60), os maus antecedentes e a multirreincidência específica, comprovados pelas certidões encartadas nos autos (fls. 27, 31/36 e 39/41), denotam que o apelante faz do crime o seu meio de vida. De sorte que agraciá-lo com a benesse perseguida, seria o mesmo que encorajá-lo a seguir ofendendo o patrimônio alheio, gerando comprometimento para a segurança pública e a paz social."

No caso em exame, verifica-se que o Tribunal de origem obistou a incidência do princípio, porque o bem em questão possuía o valor de R\$ 120,00 (cento e vinte reais) (e-STJ fl. 48), o qual não se mostra insignificante, evidenciando-se necessária a aplicação da lei penal no caso, pois o resultado jurídico, ou seja, a lesão produzida, mostra-se configurada.

Ademais, verifica-se que o paciente é reincidente específico, o que evidencia a acentuada reprovabilidade do seu comportamento, incompatível com a adoção do pretendido postulado.

Destaque-se que esta Corte Superior de Justiça já decidiu que "A reiteração no cometimento de infrações penais se reveste de relevante reprovabilidade e se mostra incompatível com a aplicação do princípio da insignificância, a demandar a atuação do Direito Penal" (HC 327.356/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015).

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE FURTO. HABITUALIDADE DELITIVA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. VALOR EXPRESSIVO DO BEM SUBTRAÍDO. INAPLICABILIDADE. RESTITUIÇÃO DO BEM. RAZÃO INSUFICIENTE PARA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da

conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu reincidente.

2. Ademais, o princípio da insignificância reafirma a necessidade de lesão jurídica expressiva para a incidência do direito penal, afastando a tipicidade do delito em certas hipóteses em que, apesar de típica a conduta, não houve dano juridicamente relevante. Na presente hipótese, o bem furtado foi avaliado em R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), montante expressivo, porquanto equivalente a mais de 10% do salário-mínimo à época dos fatos. Precedentes.

3. O simples fato de o bem haver sido restituído à vítima, não constitui, por si só, razão suficiente para a aplicação do princípio da insignificância.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1283522/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 19/12/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO TENTADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DA AGENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES. TESE DE OCORRÊNCIA DE FURTO FAMÉLICO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de furto é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social.

2. Na hipótese, ressaltaram as instâncias ordinárias que a Paciente é reincidente, possuindo outras condenações pelo mesmo delito, revelando-se incompatível a sua conduta com a aplicação do princípio da insignificância.

3. Ademais, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é "incabível a aplicação do princípio da insignificância quando o montante do valor da res furtiva superar o percentual de 10% do salário mínimo vigente à época dos fatos" (AgRg no REsp 1.729.387/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 09/05/2018). No caso, a Paciente tentou subtrair, em 08/12/2015, "02 (dois) Kg de banha, 02 (duas) margarinas, marca 'Qualy', 01 (um) Kg de café em pó, marca 'Melitta', 02 (dois) pacotes de Nescau e 01 (um) Kg de salsichão, marca 'Castro'", avaliados em R\$ 98,90 (noventa e oito reais e noventa centavos) (fl. 31), valor que supera 10% do salário mínimo vigente à época (R\$ 788,00).

4. A alegação de que se tratou de furto famélico não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, não podendo, assim, ser analisada por este Superior Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Ordem de habeas corpus parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 468.113/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 01/02/2019)

Dessarte, verifica-se que a impossibilidade de aplicação do princípio da insignificância à hipótese encontra-se devidamente justificada, não havendo ilegalidade a reparar.

No que diz respeito à aplicação da pena-base, cumpre destacar que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

No que concerne à aventada ilegalidade na aplicação da pena-base pela consideração negativa dos antecedentes do réu, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fl. 51):

"Na primeira fase, as básicas foram estabelecidas 1/3 (um terço) acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes tendo em vista que o acusado ostenta diversas condenações pretéritas, transitadas em julgado, não caracterizadoras de reincidência, o que se mostra de todo adequado e proporcional, à reiterada conduta do réu. Além disso, impossível o afastamento da majoração pelos maus antecedentes, como requerido pela Defesa, porque 'o período depurador de cinco anos afasta a reincidência, mas não afasta os maus antecedentes', consoante tem proclamado a jurisprudência."

Pela leitura dos excertos supra, não se vislumbra qualquer ameaça ou coação ilegal ao direito de locomoção passível de ser remediado mediante *habeas corpus* de ofício, especialmente em se considerando que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias pela via eleita é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal, **o que não se verifica na hipótese.**

No caso em apreço, o impetrante insurge-se contra a elevação da pena-base pelo Tribunal *a quo*, ao argumento de que condenações anteriores extintas por lapso temporal superior a cinco anos não podem ser consideradas para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais a ponto de justificar a exasperação da sanção básica.

No tocante à exasperação da pena-base em razão dos maus antecedentes, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as condenações penais transitadas em julgado há mais de cinco anos não prevalecem para fins de reincidência, em observância à previsão do art. 64, inciso I, do Código Penal, contudo, podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

A propósito, confirmam-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. TRÊS REGISTROS. REGIME PRISIONAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. *Precedente.*

2. O alegado constrangimento ilegal é analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio* (artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal).

3. ***As condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes.***

4. A pena-base foi proporcional e razoavelmente elevada em 1/5, em razão de três registros de condenações com trânsito em julgado.

5. O paciente foi condenado a 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 dias-multa. O regime prisional foi estabelecido com arrimo no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP, tendo em vista o exame desfavorável das circunstâncias do art. 59 do CP e do fato de o paciente ser reincidente.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 497.166/MS, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 06/05/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. CONDENAÇÃO POR PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE AFASTADA. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. ***Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus***

antecedentes.

3. Conforme o recente entendimento deste Tribunal, "em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).

4. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu. Porém, tratando-se de réu reincidente, condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, mas que ostenta maus antecedentes, o que implicou fixação da básica acima do piso legal, deve ser reconhecida a proporcionalidade do regime prisional semiaberto.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda para 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, mais o pagamento de 13 dias-multa.

(HC 478.773/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019)

Desse modo, em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a circunstância de o réu possuir maus antecedentes é suficiente para justificar a elevação da pena-base, não havendo qualquer ilegalidade para ser sanada.

No que concerne ao regime inicial, verifica-se que o fechado foi fixado pelo Tribunal impugnado, sob o seguinte fundamento (e-STJ fls. 52-53):

*"Outrossim, escorreita a fixação do regime fechado em virtude dos **maus antecedentes** e da multirreincidência, conforme mencionado alhures. Malgrado os fatos não indiquem exacerbada gravidade e o quantum da pena seja inferior a 4 anos, verifica-se que o réu possui diversas condenações com trânsito em julgado passíveis e não passíveis de caracterizar reincidência, o que demonstra que as punições por ele experimentadas não lhe proporcionaram a necessária conscientização, de nada valendo, portanto, a prevenção especial, sem nenhum efeito intimidativo no caso concreto, a fazer despontar a periculosidade do agente e a recomendar, de conseguinte, a imposição do regime prisional fechado para o início do desconto da pena corporal, como sinal de maior reprovabilidade de sua repetida conduta censurável (arts. 33, § 3º e 59, CP)."*

Na presente hipótese é inviável a fixação de regime diverso do fechado

para o resgate da sanção corporal.

Isso porque, embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade inferior a 4 (quatro) anos, as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não lhe foram consideradas favoráveis (e-STJ fl. 51), o que afasta a incidência do enunciado 269 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

"É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

Nesse norte:

PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Em relação às condenações pretéritas, essas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, quanto para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem acarretar em bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos, conforme ocorreu no presente caso.

III - Conforme o teor da Súmula n. 269/STJ, o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior à 04 (quatro) anos, com circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto.

IV - In casu, inexistente flagrante ilegalidade, uma vez que a valoração negativa das circunstâncias judiciais indicadas na sentença (maus antecedentes), somadas à reincidência, afasta a incidência do enunciado nº 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 483.454/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DECISÃO FUNDAMENTADA. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. RÉU REINCIDENTE COM A PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO

STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. Na espécie, está correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes do sentenciado, pois existem condenações definitivas, anteriores à data do fato em análise, diferentes da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

3. Não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sua condição de reincidente, somada à análise desfavorável das circunstâncias judiciais, impede a aplicação do disposto na Súmula n. 269 desta Corte. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 335.819/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 05/04/2018)

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não conheço do habeas corpus.**

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator