

**HABEAS CORPUS Nº 495.512 - SP (2019/0057554-3)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
LUCAS MATHEUS MOLINA - SP329364  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ANDRE PRADO DOS SANTOS (PRESO)

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO TENTADO. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. ATOS EXECUTÓRIOS. CARACTERIZAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. VALORAÇÃO DE REGISTROS CRIMINAIS DISTINTOS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. PRESCINDIBILIDADE DE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PERCENTUAL DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ANDRÉ PRADO DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0000780-44.2017.8.26.0583.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 8 (oito) dias-multa, no piso, por infração ao art. 155, § 4º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, negado o apelo em liberdade, por tentar furtar, mediante escalada e rompimento de obstáculo, bens materiais existentes na residência da vítima.

Irresignada, a Defesa apelou pugnando pela absolvição por atipicidade material da conduta, sob o argumento de que foram praticados somente atos preparatórios, ou porque o conjunto probatório é frágil para a condenação.

Subsidiariamente, requereu a redução da pena, alegando *bis in idem* nos aumentos tanto pelos maus antecedentes como pela reincidência. Ademais, argumenta que a agravante da reincidência não pode ser baseada exclusivamente na folha de antecedentes, por ser documento que não goza de fé pública. Por fim, requer a fixação de regime inicial mais brando.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo, em acórdão assim ementado (fl. 55):

*"FURTO QUALIFICADO TENTADO. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante confirmada em Juízo. Condenação e penas mantidas. Negado provido."*

Neste *writ*, a Impetrante, em suma, repisa a tese de ausência de prova da materialidade do crime. Defende a atipicidade da conduta, porque o Paciente praticou meros atos preparatórios e *"não há objeto material, de tal sorte que não se pode presumir se trate de coisa de alto valor. Assim, não se vislumbra lesão suficiente que possa justificar uma reprimenda de natureza penal"* (fl. 7).

Aduz que foi indevida a consideração dos maus antecedentes para elevar a pena-base, uma vez que *"embora conste de sua folha de antecedentes condenação anterior, não foram trazidas aos autos as respectivas certidões que atestassem a data do trânsito em julgado"* (fl. 11). Da mesma forma, conclui que *"da folha de antecedentes trazida ao processo não é possível aferir ser o réu efetivamente reincidente"* (fl. 12). Conclui, assim, que *"não é de se considerar o réu reincidente, por falta de informações suficientes para tanto, de tal sorte que tanto a pena quanto o regime inicial merecem ser readequados"* (fl. 13).

Afirma que o crime não chegou próximo de sua consumação e, *"por ausência de fundamentação, a pena deve ser diminuída em seu patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços), na forma do artigo 14, II, do Código Penal"* (fl. 15).

Busca, assim, a concessão liminar da ordem *"para cassar o acórdão e redimensionar a pena aplicada, readequar o regime inicial de cumprimento de pena e substituir a reprimenda corporal por restritiva de direitos"* (fl. 20).

Indeferi o pedido liminar às fls. 63-67.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 72-95, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 97-115, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

O Tribunal de origem, ao dosar as penas do Paciente, manifestou-se nos seguintes termos (fls. 57-59), *in verbis*:

*"A palavra da ofendida e do policial, em conjunto, fornecem certeza sobre a materialidade e autoria delitivas, não havendo que se falar em insuficiência de provas.*

*Ainda, a alegação de atipicidade, porque os fatos seriam meros atos preparatórios, não comporta guarida.*

*Há relevância penal na conduta do agente que invade a residência alheia para furtar bens, tendo inclusive praticado duas qualificadoras do furto, havendo verdadeiro início da execução do delito e não meramente atos preparatórios.*

*[...]*

*A pena-base foi aumentada de 1/6 com base nos maus antecedentes (Processo CNJ nº 7007332-54.2013.8.26.0482 fls. 106) e, na segunda etapa, foi agravada em mais 1/6 pela reincidência (Processo CNJ nº 7002964-57.2014.8.26.0482 fls. 106/107).*

*Com efeito, verifica-se que foram utilizadas condenações diversas em cada uma das fases da dosimetria, não havendo que se falar em bis in idem.*

*[...]*

*Ademais, destaco que a análise do passado do réu, para fins de aplicação de pena, dispensa a juntada de certidões cartorárias, contentando-se com documentos idôneos e dotados de fé-pública, como é a folha de antecedentes ou a certidão de execução criminal. Nesta esteira: 'A folha de antecedentes criminais é documento idôneo para comprovação da reincidência, sendo desnecessária a juntada de certidão da sentença condenatória transitada em julgado para o reconhecimento da agravante. Precedentes.' (STF, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 18.380/SP, Rel. Ministro Teori Zavascki, 2ª Turma, j.04/02/2014).*

*Na terceira fase, a pena foi diminuída de 1/3 pela tentativa, de acordo com o iter criminis percorrido.*

*Mantenho o regime inicial fechado.*

*Merece regime mais drástico aquele que, resistindo em se submeter à ordem legal, revela que as reprimendas anteriores não foram suficientes ao cumprimento de suas finalidades.*

*O próprio Código Penal prescreve o regime inicial fechado para o caso (art. 33, § 2º). Ainda, a Súmula nº 269 do C. STJ flexibiliza a literalidade da lei ao permitir a imposição do regime semiaberto aos reincidentes, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais, o que não se evidencia neste caso concreto em face dos maus antecedentes."*

*In casu*, o Tribunal *a quo*, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu que existem nos autos elementos de prova suficientes para embasar a condenação do Réu pelo delito de furto qualificado pela escalada e rompimento de obstáculo, confirmando a sentença condenatória proferida pelo Juiz de primeiro grau.

Portanto, a pretendida absolvição do Paciente não é cabível nos limites estritos do *habeas corpus*, remédio constitucional de rito célere e de cognição sumária, pois tal providência depende do reexame aprofundado de matéria fático-probatória, imprópria na via eleita. O mesmo ocorre no tocante ao pleito de reconhecer a atipicidade material da conduta porque só houve atos preparatórios.

No ponto, esclareço que o julgado está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que se inicia a execução do crime quando "*os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto.*" (REsp 1.252.770/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 26/03/2015).

No mesmo sentido:

**"HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 2 ANOS E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMI-ABERTO, E MULTA, PELA PRÁTICA DE FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA, A UMA AGÊNCIA BANCÁRIA (ART. 155, § 4º., I E IV, C/C ART. 14, II, TODOS DO CPB), CONCEDIDO O BENEFÍCIO DO APELO EM LIBERDADE. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUTORIA E MATERIALIDADE QUE RESTARAM COMPROVADAS, SEGUNDO O TRIBUNAL A QUO. NÃO OCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL. SISTEMA DE VIGILÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ. INADMISSIBILIDADE DA INCIDÊNCIA DA FORMA PRIVILEGIADA TRATANDO-SE DE FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRECEDENTES DO STJ. PENA-BASE, REGIME DE CUMPRIMENTO E NÃO SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS: FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS AMPLAMENTE DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE (CULPABILIDADE INTENSA, CONDUTA SOCIAL DESAJUSTADA, PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES, MOTIVOS INDESCULPÁVEIS, QUALIDADE DA VÍTIMA, DANOS AO PATRIMÔNIO PRIVADO). OPINA O MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.**

*1. Não se mostra a via do Habeas Corpus adequada à pretensão*

*de absolvição do paciente, seja pela não ocorrência da prática delituosa, seja pela ocorrência de somente atos preparatórios, porquanto demandaria revolvimento do quadro fático construído durante a fase instrutória do feito, providência inadmitida na via eleita. Ademais, consignou o Tribunal a quo estarem amplamente demonstrados a autoria e materialidade do delito.*

[...]" (HC 121.257/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2009, DJe 28/09/2009.)

Outrossim, observa-se que os fundamentos utilizados para a exasperação da pena-base não se mostram, desarrazoados ou ilegais, haja vista que é pacífico o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal.

O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância, ao que se tem dos autos, não evidenciada na hipótese, de modo que não se verifica ofensa ao enunciado da Súmula n.º 241 do Superior Tribunal de Justiça.

Como se vê, o Tribunal local referiu-se a registros criminais distintos para majorar a reprimenda na primeira fase (maus antecedentes) e na segunda fase (reincidência), , pois compreende esta Corte que "[i]nexiste bis in idem na majoração da pena-base por maus antecedentes, na primeira fase dosimétrica, e pela reincidência, como agravante, desde que as anotações criminais sejam diversas" (HC 418.706/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018.).

Frise-se que: "A jurisprudência desta Corte tem posicionamento firme no sentido de considerar a folha de antecedentes criminais documento hábil e suficiente para comprovar os antecedentes maculados, dispensando a apresentação de certidão cartorária." (HC 463.482/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018).

A propósito:

"[...] CONDENAÇÃO. AGRAVANTE. ART. 61, I, DO  
CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO. RÉU  
COMPROVADAMENTE REINCIDENTE. CERTIDÃO CARTORÁRIA.

**PRESCINDIBILIDADE.**

1. A jurisprudência dessa Corte tem posicionamento firme no sentido de considerar a folha de antecedentes criminais documento hábil e suficiente para comprovar os antecedentes criminais maculados e a reincidência, dispensando a apresentação de certidão cartorária.

2. Agravo Regimental não provido." (AgRg no AREsp 974.499/SE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe de 14/11/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SUFICIÊNCIA DA PROVA PARA CONDENAÇÃO. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. REINICIDÊNCIA. DEFICIÊNCIA DAS RAZÕES RECURSAIS. SÚMULA 284/STF.

[...]

5. É assente neste Sodalício o posicionamento de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente à comprovação da existência de maus antecedentes e reincidência, não sendo, pois, imprescindível a apresentação de certidão cartorária.

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.716.998/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe de 16/05/2018.)

Quanto ao pedido de redução da pena pela tentativa à razão máxima, verifica-se que as instâncias ordinárias concluíram "que a conduta do réu se aproximou ao máximo da consumação" (fl. 50), pois apesar de não ocorrer subtração houve invasão da residência da vítima.

De acordo com o critério objetivo consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, a aferição do *quantum* de pena a ser reduzido não decorre da culpabilidade do agente, mas, sim, da maior ou menor proximidade da conduta ao resultado almejado. Logo, para se modificar o entendimento acerca da maior ou menor proximidade do cometimento do crime, adotado na instância ordinária, far-se-ia necessário proceder a exame minucioso do conjunto fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via eleita.

Confira-se, por todos, o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REEXAME. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

4. Fundamentada a escolha da fração de diminuição em razão da proximidade de consumação do delito, alterar a fração

*correspondente à tentativa demandaria o reexame do iter criminis percorrido pelo agente, procedimento vedado na via do habeas corpus. Precedente.*

5. Agravo interno improvido." (AgRg no HC 495.964/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 24/05/2019.)

Quanto ao regime prisional mais gravoso, nos termos do entendimento jurisprudencial pacífico, não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao Réu reincidente que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal, ainda que condenado a pena inferior a quatro anos, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

De igual modo, verifica-se, *primo ictu oculi*, que o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos foi procedido de maneira adequada, em respeito ao art. 44 do Código Penal, diante do entendimento judicial pacificado de que a medida não é socialmente recomendável quando o Réu ostentar condenações anteriores.

No mesmo sentido:

*"PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EMENDATIO LIBELLI. QUALIFICADORA DESCRITA NA DENÚNCIA. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DAS DUAS QUALIFICADORAS. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. VÍTIMA IDOSA. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE MANTIDA. PROPORCIONALIDADE DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO CABÍVEL. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. WRIT NÃO CONHECIDO.*

[...]

9. Conquanto tenha sido definida reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, as circunstâncias do crime implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a reincidência do réu, o que denota o cabimento do regime prisional fechado, conforme o reconhecido pelas instâncias ordinárias, não havendo se falar em negativa de vigência à Súmula 269/STJ.

10. Conforme a dicção do art. 44 do Código Penal, malgrado tenha sido imposta ao paciente reprimenda inferior a 4 anos de reclusão,

*a sua reincidência e a valoração negativa das circunstâncias do crime indicam a insuficiência da conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, conforme o reconhecido na sentença condenatória.*

11. Writ não conhecido." (HC 427.179/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 05/03/2018.)

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de junho de 2019.

Ministra LAURITA VAZ  
Relatora

