HABEAS CORPUS Nº 507.434 - SP (2019/0122018-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	CARLOS ALBERTO SANTOS SOUSA
ADVOGADO	:	CARLOS ALBERTO SANTOS SOUSA - SP291952
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ADEMILSON MARTINS RODRIGUES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **ADEMILSON MARTINS RODRIGUES**, contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e quinze dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 2º, **caput** da Lei n. 12.850/13.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** à Corte de origem, que denegou a ordem, nos termos do acórdão juntado às fls. 82-86, com a seguinte ementa:

> *"Habeas Corpus. Pedido para modificação de sentença. Alteração de regime de cumprimento de pena. Decisão fundamentada. Constrangimento ilegal não verificado. Inadequação da via eleita. ORDEM DENEGADA."*

No presente **writ**, o impetrante sustenta flagrante ilegalidade na primeira fase da dosimetria, ante o decurso do período depurador, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, para a configuração dos maus antecedentes do paciente, a ensejar a exasperação da pena-base.

Igualmente, alega afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para fixar o regime semiaberto, para início de cumprimento da pena (fls. 3-10).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 91-92).

As informações foram prestadas às fls. 95-113.

O Ministério Publico Federal, às fls. 115-119, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL FECHADO. DECISÃO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus impetrado como substitutivo de recurso, cabendo, porém, a verificação da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem, de ofício. 2. O magistrado sentenciante justificou a fixação do regime inicial fechado para desconto da pena corporal de 4 anos e 6 meses de reclusão, com amparo em elementos concretos - existência de maus antecedentes e posição de destaque na organização criminosa - motivo pelo qual não se reconhece constrangimento ilegal a ser reparado pela via eleita. 3.Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus."*

É o relatório.

Decido.

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

O impetrante sustenta flagrante ilegalidade na primeira fase da dosimetria, ante o decurso do período depurador, previsto no artigo 64, inciso I,

do Código Penal, para a configuração dos maus antecedentes do paciente, a ensejar a exasperação da pena-base e a fixação do regime mais gravoso, para início de cumprimento da pena.

Na hipótese, da análise da respectiva majoração, **a sentença condenatória e o acórdão evidenciaram, com base em dados empíricos os maus antecedentes desfavoráveis ao paciente.**

Com efeito, 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, desde que as condenações sejam de fatos diversos**.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*
>
> *2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.*
>
> *3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova*

referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de habeas corpus.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

5. ***A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.***

6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.

7. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado." (HC 167.757/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, DJe 23/11/2015).

Igualmente, a jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que **as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal.**

Sobre o tema:

"DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. DECURSO DE MAIS DE CINCO ANOS ENTRE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E O NOVO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ALINHADO À JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DO DISPOSTO NA SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. ***A existência de condenação anterior transitada em julgado autoriza a valoração negativa dos antecedentes do agente, ainda que ultrapassado o período de 5 (cinco) anos previsto no inciso I do artigo 64 do Código Penal.***

2. Encontrando-se o aresto combatido em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a

pretensão defensiva esbarra no óbice previsto na Súmula n. 83/STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea 'a' do permissivo constitucional.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1.068.053/DF, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe 23/8/2017).

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena,** conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

No presente caso, **considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, utilizada para exasperar a pena-base, mostra-se adequada a adoção do regime mais gravoso sequente, qual seja, o fechado, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal.**

Sobre o tema:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 3 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO NA VIA ELEITA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ENCONTRA EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DESTA CORTE. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

- Hipótese em que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao regime semiaberto imposto, pois, embora a pena de 3 anos de reclusão comporte o regime aberto, a presença de circunstância judicial desfavorável, no caso, os maus antecedentes (fls. 54/56), que, inclusive, embasou a fixação da pena-base acima do mínimo legal, permite o recrudescimento do regime imposto, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal.

- *Habeas corpus não conhecido"* (HC n. 340.084/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/6/2016).

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

P. e I.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator