HABEAS CORPUS Nº 502.259 - SP (2019/0094351-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAMILA UNGAR JOÃO - SP315527
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCELO TEIXEIRA DE CARVALHO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário impetrado em favor de **MARCELO TEIXEIRA DE CARVALHO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e a 15 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 70, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 28-32).

Da sentença, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, nos moldes da seguinte ementa:

> "EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO ART. 157, § 2º, inc. II, DO CÓDIGO PENAL.
> Materialidade e autoria delitivas comprovadas - réu confesso preso em flagrante - confissão corroborada pelas demais provas. Comprovada a causa de aumento:
> concurso de agentes. Redução da pena base impossibilidade réu que ostenta maus antecedentes período depurador de cinco anos que cabe apenas para a reincidência. Regime fechado é o adequado, diante da gravidade concreta do crime, da personalidade e periculosidade do agente. Sentença mantida. Recurso desprovido" (e-STJ, fl. 44).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "na primeira fase da dosimetria, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a majoração da pena base, em razão de condenações pretéritas do paciente que configurariam maus antecedentes"; b) "observando a folha de antecedentes (fls. 82-87) nota-se que os dois feitos anteriores são tão antigos que não se prestam a gerar a reincidência – e, diante disso, o o v. acórdão os considerou como maus antecedentes"; c) "com relação ao regime de cumprimento de pena, deve-se esclarecer que a imposição do regime inicial fechado ao paciente é ilegal, porquanto viola os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena"; d) "a pena imposta ao paciente é inferior a oito anos, ele é primário, sendo-lhe favorável todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, tanto que a pena base foi fixada no mínimo legal, fazendo eles jus, ao menos, ao regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea b, do CP"; e) "ao manter a fixação do regime inicial fechado, o v. acórdão desrespeitou não apenas ao disposto no artigo 33 e 59 do Código Penal, como também a jurisprudência dos Tribunais Superiores" (e-STJ, fls. 3-10).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que a pena base seja

fixada no mínimo legal e seja estabelecido o regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fl. 54), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento do *mandamus* e pela denegação da ordem postulada (e-STJ, fls. 56-62).

É o relatório.

Decido.

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

O Magistrado processante, ao dosar a pena do réu, asseverou:

> "Considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a pena mínima comporta majoração em percentual de 1/6 (um sexto), tendo em vista que o acusado ostenta antecedentes, como se extrai da sua folha de antecedentes, obtendo-se pena base correspondente a quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias-multa.
>
> Na segunda fase, sobre a pena base incide diminuição no mesmo percentual, em face da atenuante da confissão, de modo que a pena intermediária coincide com a pena mínima.
>
> Na terceira fase, presente a causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, uma vez que o crime foi praticado em concurso de agentes, a pena intermediária comporta elevação em percentual de 1/3 (um terço), obtendo-se pena de cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa. Sobre essa pena, incide nova elevação em percentual de 1/6 (um sexto), por força da incidência da causa geral de aumento do concurso formal, prevista no art. 70 do Código Penal, tendo em vista que os patrimônios de duas vítimas foram atingidos pela ação criminosa, obtendo-se reprimenda correspondente a seis anos e dois meses e vinte dias de reclusão e quinze dias-multa, que torno definitiva, ante a inexistência de outras causas que a modifiquem.
>
> Em que pese a dosimetria da pena aplicada, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o fechado, nos termos do art. 33, § 3º, c.c. art. 59, do Código Penal, tendo em vista as circunstâncias e consequências do delito, cuja gravidade não se adequa a regime inicial mais brando. Pelas mesmas razões, o acusado, que se

encontra detido, não poderá recorrer em liberdade' (e-STJ, fl. 31).

A Corte de origem, ao desproveu o apelo defensivo, reconheceu:

"Sopesadas as diretrizes do art. 59, do Código Penal, o douto Magistrado fixou a pena base acima do piso em razão da presença de maus antecedentes, devidamente comprovados pela folha de antecedentes criminais de Marcelo.
Cabe lembrar que o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento no sentido de considerar a folha de antecedentes criminais documento hábil e suficiente para comprovar os antecedentes maculados e a reincidência, dispensando a apresentação de certidão cartorária (HC 411.246/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, Dje 24/10/2017).
Inviável o acolhimento da tese de que para incidir o aumento referente aos maus antecedentes é necessário que não se tenha ultrapassado o período de cinco anos, porquanto, este prazo refere-se à reincidência, conforme se depreende do art. 64, inc. I, do Código Penal.
[...]
Vê-se que o aumento foi feito de forma motivada, não havendo qualquer razão para a fixação no piso, conforme acima delineado, não há exasperação ilegal ou desmotivada, até porque o legislador infraconstitucional não quantificou as circunstâncias judiciais, deixando a critério do julgador a tarefa de encontrar números suficientes a desestimular o agente e a própria sociedade a patrocinarem condutas análogas e, simultaneamente, a garantir a proporcionalidade entre o fato praticado e a pena (HC nº 107.626/MS, rel. Minª Carmem Lúcia, j. em 2.10.2012).
Na segunda etapa, presente a atenuante da confissão, a pena retornou para o piso, qual seja: quatro anos de reclusão, mais pagamento de dez dias multa.
Observo que, mesmo que a pena base fosse fixada no piso, o reconhecimento da confissão não resultaria em redução de pena, uma vez que inviável a diminuição da reprimenda aquém do mínimo (Súmula nº 231, do C. Superior Tribunal de Justiça).
Na terceira etapa, reconhecido o concurso de agentes, a reprimenda sofreu elevação de 1/3, o que resultou em cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa e, ainda nesta fase, constatado que o recorrente com uma única ação atingiu patrimônios diferentes, inviável o afastamento do concurso formal de crimes, de modo que a reprimenda resultou, definitivamente, em seis anos e dois meses e vinte dias de reclusão e quinze dias-multa, ante a inexistência de outras causas.
O regime fechado é o único adequado ao caso presente, à modalidade menos severa para o cumprimento da pena se mostra insuficiente e inadequada à repressão dos delitos sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tornar-se inócua.
Ademais, as circunstâncias do crime, roubo praticado por três agentes criminosos, com simulação de uso de arma, demonstram a necessidade

> da imposição de regime fechado, sem ofensa as Súmulas 718 e 719, ambas do Colendo Supremo Tribunal Federal, porquanto, a fixação do regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da simples opinião do julgador" (e-STJ, fls. 48-50).

Quanto à pena-base, razão não assiste ao impetrante.

Isso porque, 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.

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. MAUS ANTECEDENTES. PERÍODO DEPURADOR. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. E**mbora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que, decorrido o prazo de cinco anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não possa prevalecer para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes. Precedentes.**
> 2. **Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não há como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes.**
> 3. Sendo o agravante possuidor de maus antecedentes, não há como ser beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no HC 413.652/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 28/11/2017, grifou-se).

> "AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÂNSITO (ART. 306, C.C COM O ART. 298, INCISO III, DO CP). DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.
> 1. A condenação criminal, cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de cinco anos, a despeito de não implicar em reincidência, nos termos do art. 64, inciso I, do Código penal, é hábil a caracterizar maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base. Precedentes.

> 2. Agravo regimental desprovido"
> (AgRg no HC 389.558/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 08/11/2017, grifou-se).

Por outro lado, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.
> 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.**
> **2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.**
> [...]
> 2. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)
>
> "*HABEAS CORPUS*. ART. 1°, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. *WRIT* DENEGADO.
> 1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.
> 2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de**

> **liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3° e 44, III, ambos do CP.**
> [...]
> 6. *Habeas corpus* denegado."
> (HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se.)

No caso, malgrado o paciente seja primário, foi condenado ao cumprimento de pena inferior a 8 anos de reclusão, tendo a básica sido estabelecida acima do piso legal pelos seus maus antecedentes, devendo, portanto, ser mantido o regime prisional fechado.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator