HABEAS CORPUS Nº 487.899 - SP (2019/0000491-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LUIZ ANTONIO FELIPE FRANCHITO - SP0308521
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	OSVALDIR DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de OSVALDIR DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0000077-31.2018.8.26.0599.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 155, *caput* (por duas vezes), na forma do art. 71, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, por no dia 14/01/2018, ter "*subtraiu, para si,* [...] *trinta e duas barras de chocolate da marca 'Garoto', avaliadas em R$ 6,00 cada* [...] *em prejuízo do estabelecimento comercial Pão de Açúcar, e,* [...] *uma peça de carne 'filé Mignon', avaliada em R$ 86,00* [...] *em prejuízo do Supermercado OBA*" (fl. 9).

Irresignada, a Defensoria Pública interpôs apelação perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento ao recurso.

Nas razões deste *writ*, sustenta que o Paciente sofre constrangimento ilegal devido à aplicação do regime fechado apenas pelo fato de ser reincidente, o que não é "*suficiente para embasar o regime mais gravoso*". Alega, ainda, "*que seu delito não foi praticado com agressão real ou moral, sendo, portanto, de menor gravidade*.

Requer, a concessão da liminar para que o Paciente aguarde em liberdade até o julgamento definitivo do presente *writ*. No mérito, que seja "*fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena*" (fl. 7).

O pedido liminar foi indeferido pelo Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, no recesso forense (fls. 44-46).

As informações foram prestadas (fls. 49-80).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 84-87).

É o relatório. Decido

O magistrado de origem, na sentença condenatória, fixou o regime inicial de cumprimento da pena o fechado, com base na reincidência e nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, maus antecedentes, afastando, assim, a incidência da Súmula n.º 269. Foi concedido ao Acusado o direito de recorrer em liberdade (fls. 31-32; sem grifo no original):

> "[...] *Na dosagem da pena, as diretrizes do artigo 59 do Código Penal devem ser consideradas.*
>
> ***O réu possui vários antecedentes criminais*** *(certidão de fls. 149 Processo nº 0026034-81.2004-8.26.0451; certidão de fls. 149/150 Processo nº 0026851-48.2004.8.26.0451; certidão de fls. 151- Processo nº 0028063-31.2009.26.0451; certidão de fls. 151/152 Processo nº 0028453-74.2004.8.26.0451; certidão de fls. 152 Processo nº 0031271-86.2010.8.26.045), de forma que a pena-base deve ser calculada acima do mínimo legal: reclusão de 01 ano e 02 meses, e 11 dias-multa, para cada crime.*
>
> ***A reincidência específica*** *(certidão de fls. 147 Processo nº 0000028- 92.2015.8.26.0599; certidão de fls. 147/148 Processo nº 0000626-75.2017.8.26.0599; certidão de fls. 156 Processo nº 0072866-12.2003.8.26.0451; certidão de fls. 156 Processo nº 3012770-28.2013.8.26) se compensa com a confissão, mantendo-se a pena- base.*
>
> *O crime continuado fará com que se tome uma das penas, porque idênticas, acrescentando-se um sexto, em razão da quantidade de crimes (dois): reclusão de 01 ano, 04 meses e 10 dias. As penas de multa devem ser somadas: 22 dias-multa.*
>
> *Não há outras agravantes, atenuantes, ou causas de aumento e diminuição a serem consideradas.*
>
> **o *regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, em razão de diversos maus antecedentes e reincidências específicas, que demonstram que o réu é useiro e vezeiro na prática delitiva. Além disso, a pena anteriormente fixada não foi suficiente para afastar o réu da prática delitiva.***
>
> *Pena final: reclusão de 01 ano, 04 meses e 10 dias, em regime inicial fechado, e 22 dias-multa, diária mínima.*
>
> *Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação pena e o*

faço para CONDENAR OSVALDIR DOS SANTOS, qualificado nos autos, como incurso nas penas do artigo 155, caput, por duas vezes, na forma do artigo 71, do Código Penal, à pena de reclusão de 01 ano, 04 meses e 10 dias, em regime inicial fechado, e 22 dias-multa, diária mínima.

O réu é reincidente específico, de forma que não tem direito à substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos

***O réu encontra-se em liberdade e assim poderá continuar caso deseje recorrer desta sentença.* [...]"**

O Tribunal *a quo* manteve o entendimento do Juiz de primeiro grau, sob o seguinte fundamento (fls. 37):

"*Diante dos elementos de prova coligidos, de absolvição não era mesmo de se cogitar, estando plenamente justificada a condenação imposta a OSVALDIR pelos dois furtos que cometeu.*

Verifico que a pena-base imposta a OSVALDIR ficou assentada acima do mínimo legal, ou seja, em 1 ano e 2 meses de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa, no piso.

Em seguida, por conta da continuidade delitiva, a reprimenda foi aumentada em 1/6, perfazendo, em definitivo, 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 22 dias multa, no limiar.

No mais, registro que o regime prisional imposto a OSVALDIR não poderia ser outro senão o fechado, dado que ele é reincidente, quer dizer, o seu modus vivendi *demonstra que ele não está apto para viver livremente em sociedade.*"

Como se vê, o entendimento adotado pelas instâncias ordinárias está em harmonia com a jurisprudência da Suprema Corte e desta Corte Superior sobre a questão. Com efeito, não há ilegalidade na fixação de regime inicial mais gravoso de cumprimento de pena caso a pena-base tenha sido fundamentadamente fixada acima do mínimo legal por conta do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal. De fato, a fixação do regime prisional não está condicionada somente ao *quantum* da pena, mas também ao exame das circunstâncias judiciais, além da reincidência. Nesse sentido:

"*EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. REGIME PRISIONAL. DECISÃO FUNDAMENTADA.*

1. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao* quantum *da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais *do art. 59 do Código Penal, conforme remissão do artigo 33, § 3º, do referido diploma legal. Precedentes.*

2. Agravo regimental conhecido e não provido." (HC 146.119

AgR, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 26-09-2018 PUBLIC 27-09-2018, sem grifos no original.)

"*AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. REGIME INICIAL ABERTO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

[...]

2. A despeito do* quantum *de pena definitivamente imposta ao réu, a reincidência e os maus antecedentes justificam a fixação do modo fechado para o início do seu cumprimento. Súmula n. 269 do STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 439.368/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018, sem grifos no original.)

"*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, E § 3º, DO CP. DOSIMETRIA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO VALOR DAS* RES FURTIVA *RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 3º, DO CP.*

[...]

6. ***Ainda que a quantidade de pena fixada recomende o arbitramento de regime prisional mais brando, o respectivo recrudescimento se mostra adequado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, se estabelecido com fundamento nas circunstâncias judiciais desfavoráveis extraídas dos autos*** *(AgRg no AREsp n. 763.859/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 28/8/2017).*

7. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1.699.788/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018, sem grifos no original.)

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora