**HABEAS CORPUS Nº 499.589 - SP (2019/0078383-8)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO RIBEIRO DANTAS** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | JENISON TEODORO GALVAO (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JENISON TEODORO GALVAO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 1 mês de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, no mínimo legal, como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, incisos IV, do Código Penal.

Da sentença, a defesa apelou ao Colegiado de origem, tendo o recurso sido desprovido, nos moldes da seguinte ementa:

> "FURTO QUALIFICADO (CONCURSO DE AGENTES). Recursos defensivos. Pedido de liberdade provisória que, a esta altura, está prejudicado pelo julgamento desse Colegiado. Pretendido reconhecimento da tentativa. Inversão da posse da res, o que se afigura suficiente à consumação. Inteligência da Súmula/STJ, nº 582, mutatis mutandis. Bem totalmente danificado (perda total).
> DOSIMETRIA. Penas e regime preservados.
> Inaplicabilidade das benesses do CP, art. 44. Detração penal que descabe pois, a teor do que dispõe a LEP, art.
> 112, depende de requisito subjetivo (bom comportamento carcerário), inaferível em âmbito de apelação criminal.
> Além disso, por ser matéria de competência do Juízo da Execução, sua análise, neste Tribunal, fatalmente, suprimiria a instância e ofenderia o duplo grau de jurisdição. Improvimento" (e-STJ, fl. 62).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "o MM. Juízo de Primeiro Grau elevou a pena-base aplicada ao Paciente em ¼ (um quarto), em razão de o Paciente estar cumprindo suspensão condicional do processo na época dos fatos, além de possuir outro processo em curso, bem como com fundamento no prejuízo causado à vítima"; b) "a pena-base deveria ter sido fixada no mínimo legal, já que o Paciente é primário e não há circunstâncias judiciais desfavoráveis"; c) "com fundamento na Súmula nº 444 deste Colendo Superior Tribunal de Justiça, não podem ações penais em curso ser utilizadas para agravar a pena-base"; d) "com a aplicação da pena nos moldes acima mencionados, a fixação de regime semiaberto contraria de forma patente os Princípios da Isonomia, da Razoabilidade e a Individualização das Penas"; e) "o Acusado era primário na época dos fatos e foi condenado a pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, estando preenchidos os requisitos para que inicie o cumprimento da pena a ele aplicada no regime aberto" (e-STJ, fls. 3-19).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja reduzida a pena-base ao piso legal, bem como seja estabelecido o regime prisional aberto para o início do desconto da reprimenda.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fls. 70-71), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem a fim de redimensionar a pena (e-STJ, fls. 112-117).

**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.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória:

> "[...] Já no que pertine à Jenison, embora tecnicamente primário, não há como deixar de reconhecer que possui personalidade voltada para a prática delitiva, tanto que na data dos fatos, estava cumprindo benefício de suspensão condicional do processo em razão de processo de furto de veículo, além de ter sido preso em flagrante por outro furto de veículo menos de dois meses antes dos fatos apurados neste processo, delito pelo qual já foi condenado, conforme atesta a certidão e fls. 241. Ademais, sua conduta gerou considerável prejuízo à vítima, eis que o veículo furtado sofreu perda total, conforme afirmado pela testemunha ouvida e pode ser constatado pelo laudo do veículo. Assim, diante das consequências do delito e personalidade do acusado, nos termos do artigo 59 do Código Penal, acresço as penas de ¹/4 (um quarto), fixando as penas-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.
>
> Na segunda fase, ausentes agravantes. Presente a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual reduzo suas penas de 1/6 (um sexto), fixando-as em 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, penas que torno definitivas para o acusado Jenison, diante da ausência de causas de aumento ou diminuição de pena a serem analisadas.
>
> O valor do dia-multa, em face da ausência de maiores esclarecimentos nos autos quanto à situação econômica dos réus, será calculado no valor unitário mínimo. O valor da multa deverá ser atualizado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 49 do Código Penal, desde a data da infração (TACrSP, RT 628/338).
>
> Considerando a quantidade da pena fixada, e o fato do réu Rodrigo ser reincidente específico, enquanto Jenison possui personalidade voltada para a prática de crimes deste jaez, fixo regime semiaberto.
>
> Diante da reincidência de Rodrigo, incabível a substituição de pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para ele. Jenison apesar de tecnicamente primário, ostenta personalidade voltada para a prática delitiva, tanto que praticou o delito destes autos enquanto cumpria suspensão condicional do processo por

> delito da mesma espécie, além de menor de dois meses antes dos fatos ora apurados ter sido preso em flagrante por outro furto de veículo, delito pelo qual já foi condenado, circunstâncias que revelam a inadequação da aplicação de penas alternativas.
> Considerando as condições subjetivas dos acusado, reincidência de Rodrigo e personalidade voltada para o crime de Jenison, entendo que se faz necessária a manutenção da prisão cautelar dos acusados para garantia da ordem pública. Logo, não poderão recorrer em liberdade" (e-STJ, fls. 47-48).

Com efeito, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO (ART. 158, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. **Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte).**
> 2. A jurisprudência deste Sodalício entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada, circunstância não verificada no caso em exame, na medida em que utilizadas considerações abstratas e inerentes ao tipo penal violado para justificar a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal.
> 3. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 765.504/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 11/10/2017, grifou-se).

Por outro lado, em relação às consequências do crime, que devem ser

entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o prejuízo suportado pela vítima deve ser reconhecido como superior ao ínsito aos delitos contra o patrimônio, considerando se tratar de roubo de automóvel, o qual sofreu perda total após colisão, admitindo-se, por consectário, a elevação da pena-base pelas consequências do crime.

Nesse sentido:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO REDUÇÃO DA PENA-BASE. EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. INVIABILIDADE. SIGNIFICATIVO PREJUÍZO FINANCEIRO SUPORTADO PELA VÍTIMA. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL À GRAVIDADE DA CONDUTA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE PELO USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ENTENDIMENTO QUE ESTÁ EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DESSA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> - A dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.
>
> - **As consequências do crime de roubo foram negativadas, em virtude do significativo prejuízo econômico suportado pela vítima, que era estudante e não teve sua motocicleta recuperada. Esse argumento é idôneo para fundamentar a exacerbação da pena-base a título de consequências do delito, nos termos da remansosa jurisprudência dessa Corte Superior.**
>
> - Em respeito à discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena-base aplicada - 5 anos de reclusão -, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado.
>
> - A incidência da majorante pelo uso de arma de fogo foi lastreada em vasto acervo probatório, consubstanciado no testemunho da vítima e nos depoimentos prestados pelos policiais. Diante disso, a conclusão pela exclusão da majorante, como pretendido, demandaria a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, providência incabível na via processual eleita.
>
> - Mesmo após a superveniência das alterações trazidas, em 24/5/2018, pela Lei n. 13.654/2018, essa Corte Superior, no que tange à causa de aumento do delito de roubo prevista no art. 157, § 2º, I , do Código Penal - nos casos em que utilizada arma de fogo -, manteve o entendimento exarado por sua Terceira Seção, no sentido de ser desnecessária a apreensão da arma utilizada no crime e a realização de

> exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva, uma vez que seu potencial lesivo é in re ipsa.
> - As pretensões formuladas pela impetrante encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo manifestamente improcedentes.
> - Agravo regimental não provido.
> (AgRg no HC 473.117/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2019, DJe 14/2/2019, grifou-se).
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
> 1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.
> **2. No caso, o acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, valorando negativamente as consequências do delito. Com efeito, a Corte estadual apontou elementos concretos aptos a justificar a exasperação da pena-base em razão dessa circunstância judicial, sobretudo diante do prejuízo econômico sofrido pela vítima, consignando tratar-se de veículo de alto valor (Toyota/Corolla) que ficou seriamente avariado.**
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no REsp 1736063/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 17/9/2018, grifou-se).

Nesse passo, deve ser afastada a valoração negativa do vetor "personalidade", ficando mantido, porém, o incremento da título de "consequências do crime".

Passa-se, portanto, à nova dosagem da pena.

Na primeira fase, a pena não merece ser alterada, pois, considerando o intervalo de apenamento do crime de furto qualificado, o qual corresponde a 72 meses, chega-se ao incremento de 9 meses por vetorial desabonadora, ou seja, a 2 anos e 9 meses de reclusão, patamar bastante inferior ao estabelecido no decreto condenatório. Ainda, pela atenuante da confissão espontânea, a reprimenda merece redução de 1/6, totalizando 2 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, dado o óbice da Súmula 231/STJ, a qual torno definitiva, à míngua de circunstâncias a serem valoradas na etapa derradeira da dosimetria.

Por derradeiro, 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, tratando-se de réu primário, condenado à pena de 2 anos de reclusão, mas tendo sido valorada negativamente circunstância judicial do art. 59 do CP, deve ser mantido o regime prisional semiaberto, nos moldes do estabelecido na sentença.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda para 2 anos de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 13 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator