

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 528.714 - SP (2019/0249335-6)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : EVANDRO PORTO DAMASIO**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

**EVANDRO PORTO DAMÁSIO** alega sofrer coação ilegal diante do acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0011384-84.2015.8.26.0405.

Busca a defesa a fixação do regime aberto e a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos ao paciente, condenado a 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 171, *caput*, e 171, *caput*, c/c o art. 14, II, em concurso material, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A liminar foi por mim deferida apenas para sobrestar, até o julgamento final deste *mandamus*, o cumprimento da pena imposta ao réu nos autos do Processo n. 0011384-84.2015.8.26.0405, da 4ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo – Foro Central Criminal Barra Funda.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem para fixar o regime prisional inicial aberto.

### Decido.

Depreende-se dos autos que o Juiz de primeiro grau estabeleceu o regime semiaberto ao sentenciado e vedou-lhe a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, porque considerou que ele tem **duas condenações por estelionato posteriores**.

O Tribunal de origem manteve o *decisum* nos seguintes termos (fl. 41):

Não era mesmo o caso de concessão da benesse prevista no artigo 44 do Código Penal, porquanto o acusado possui condenação, posterior, pelo mesmo delito (fls.

197).

Por idêntico motivo, incensurável a fixação do regime prisional semiaberto para o início de desconto da sanção carcerária.

E, nos termos do artigo 59, inciso III, da Lei Substantiva Penal:

“Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

(...) “III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade...” (sem destaques no original).

Observo que as instâncias ordinárias consideraram devida a fixação do regime inicial mais gravoso, com fundamento, tão somente, **na existência de duas condenações por estelionatos posteriores, o que diverge da Jurisprudência desta Corte.**

Ilustrativamente:

[...]

3. Na espécie, verifica-se que foi fixado o regime inicial fechado **com base na existência de condenação posterior ao fato tratado no presente *writ***, o que não é possível, consoante entendimento desta Corte Superior de Justiça, haja vista que só podem ser considerados na dosimetria da pena e na imposição do regime inicial de cumprimento de pena elementos já existentes à época do cometimento do delito.

[...]

(HC n. 403.987/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 15/2/2018, grifei)

Logo, uma vez que o paciente era **tecnicamente primário ao tempo do delito; teve a pena-base fixada no mínimo legal, por serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal; e foi condenado à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, entendo que o regime inicial cabível é o aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c", c/c § 3º, do Código Penal.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Por outro lado, como bem colocado pelo Ministério Público Federal, "inviável [...] a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, considerando a ausência dos requisitos, diante do significativo dano causado e da manifesta reiteração delitiva a indicar que a substituição não se mostra socialmente recomendável, por ser medida insuficiente para a reprovação e prevenção da conduta" (fl. 62)

Com efeito, não há ilegalidade na utilização das duas condenações transitadas em julgado por fatos posteriores para fundamentar a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não foi atendido o requisito subjetivo. A contumácia delitiva é efetivamente circunstância que indica não ser a medida suficiente para a prevenção e a repressão de delitos.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR FATO POSTERIOR AO ILÍCITO PRATICADO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PARECER ACOLHIDO.

1. No cálculo da pena-base, é impossível a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, seja para valorar negativamente os maus antecedentes, a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes.

2. **Desatendidos os requisitos subjetivos, inadequada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

3. Ordem concedida em parte, apenas para reduzir a pena do paciente.

(HC n. 168.621/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 29/6/2012)

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, apenas para, confirmados os efeitos da liminar anteriormente deferida, **fixar o regime aberto para o início de cumprimento da reprimenda imposta nos autos do Processo n. 0011384-84.2015.8.26.0405.**

Publique-se e intimem-se

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 02 de outubro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

