

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 534.222 - SP (2019/0279731-0)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE : CARLOS RUBENS ALBERTO**  
**ADVOGADO : CARLOS RUBENS ALBERTO - SP212504**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : FRANCISCO DE ASSIS DOS SANTOS DE SOUSA**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de FRANCISCO DE ASSIS DOS SANTOS DE SOUSA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0004537-64.2015.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 155, §§ 1º e 4º, incisos I e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicialmente fechado, mais 10 dias-multa, pois ele e outros indivíduos, "agindo em concurso e com identidade de propósitos, tentaram subtrair, para si, do estabelecimento comercial 'Transtrash' (razão social: Beira Rio Comércio de Sucatas Ltda.), situado na Rua Sargento Estanislau Custódio, nº 90, Vila Sônia, nesta Capital, durante o repouso noturno e mediante rompimento de obstáculo, consistente em arrombar o portão que dá acesso ao interior do imóvel, bem como um cadeado nele existente, um aparelho de som, um microfone, três aquecedores, uma batedeira, cinco ventiladores, um espremedor de fruta, dois ferros de passar roupa, três grill/fritadeira, um liquidificador, cinco panelas elétricas, um purificador de água, uma sanduicheira, um secador de cabelo, uma furadeira elétrica e três DVDs, todos da marca Mundial, só não se consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades" (e-STJ fl. 14).

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao recurso, para reduzir a pena para 1 ano e 8 meses de reclusão, mais 8 dias-multa, modificando o regime para o semiaberto.

Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 43):

# Superior Tribunal de Justiça

Furto qualificado tentado Absolvição: Insuficiência probatória - insignificância: Descabimento - comprovação segura da conduta a partir de prova oral e pericial coligida aos autos.

Repouso noturno afastamento: Inviabilidade compatibilidade com a modalidade qualificada do delito.

Redução da pena e atenuação do regime prisional: viabilidade quanto a um dos réus reincidência afastada.

Penas alternativas Impossibilidade.

RECURSO PROVIDO APENAS PARA UM DOS RÉUS.

Alega a defesa, no presente *writ*, que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Aduz ser "de rigor a conversão da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, trata de crime praticado sem violência e sem grave ameaça, pena curta" (e-STJ fl. 4).

Acrescenta que os estabelecimentos prisionais estão superlotados.

Requer a "concessão liminar da ordem para conceder ao paciente o direito de aguarda em liberdade julgamento do presente HC, uma vez que, a pena imposta comporta a substituição por pena alternativa e o paciente tem o direito subjetivo de ter sua pena substituída e não é justo que este aguarde preso por eventual modificação da r. decisão *a quo*" (e-STJ fls. 4/5). No mérito, pede a ratificação da liminar concedida.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 55/57).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pela extinção do feito sem resolução do mérito ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 134/139).

É, em síntese, o relatório.

Esta Corte Superior entende que *"a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos, não reincidente e cuja culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente"* (HC n. 353.206/RS, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016).

# Superior Tribunal de Justiça

No caso, acerca da insurgência, consta da sentença a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 38):

Os corréus são reincidentes e possuidores de péssimos antecedentes criminais, não fazendo jus à mesma substituição.

O Tribunal local, reformando parcialmente a sentença, assim se pronunciou (e-STJ fls. 48/50):

Quanto à dosimetria da pena, adequados e justos se apresentaram os acréscimos verificados na primeira fase do cômputo da pena, em 1/6 quanto ao corréu Michael em virtude de serem duas as qualificadoras e de ¼ quanto aos corréus Francisco e Rafael em atenção ainda a seus maus antecedentes (fls. 321/322 e 332/335).

[...]

Descabida, em arremate, a aplicação de penas alternativas aos corréus Rafael e Francisco por não preencherem os requisitos necessários.

Verifica-se, portanto, que o indeferimento da substituição da pena foi devidamente justificado pelas instâncias de origem que entenderam não ser recomendável, no caso, a referida permuta em razão dos maus antecedentes do paciente.

Nesse mesmo sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA OCORRERAM HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. INCIDÊNCIA DO PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 2º DO ART. 155 DO CP. VIABILIDADE. RÉU PRIMÁRIO. *RES FURTIVAE* AVALIADA EM MENOS DE UM SALÁRIO DO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. NÃO CABIMENTO. TEORIA DA AMOTIO. MERA INVERSÃO DA POSSE CONFIGURADA NA ESPÉCIE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. PLEITO DE DETRAÇÃO. INVIABILIDADE. REGIME MAIS GRAVE BASEADO NA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MAUS ANTECEDENTES. ART. 44, III, DO CP. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

**8. No que tange ao pleito de substituição da pena corporal por restritiva de direitos, os autos revelam que o réu, embora**

tecnicamente primário, ostenta maus antecedentes. O art. 44 do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente". No caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão dos antecedentes do réu, sem que possa inferir arbitrariedade em tal conclusão.

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena do paciente, reconhecendo a incidência do privilégio do art. 155, § 2º, do Código Penal e fixando o regime inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, o teor do acórdão impugnado. (HC 495.846/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 11/06/2019, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A, § 1º, DO CP. DOSIMETRIA. ELEVADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SITUAÇÃO DE CRISE FINANCEIRA DA EMPRESA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

4. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, correspondente a 1 ano e 2 meses pela valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito previsto no art. 168-A, § 1º, do CP. 5. **Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo (circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal - art. 44, III, do Código Penal).** (AgRg no AREsp 1058790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018).

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1292425/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 21/05/2019)

À vista de tais pressupostos, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator

