

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 541.608 - SP (2019/0318506-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS JOSE MENEZES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

LUCAS JOSÉ MENEZES alega sofrer coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça de São Paulo**, no âmbito da Apelação n. 1500002-61.2019.8.26.0540.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de **2 anos e 26 dias de reclusão**, em **regime semiaberto**, pela prática do delito de furto qualificado.

O Tribunal estadual negou provimento à apelação defensiva, para manter a sentença em todos os seus termos.

Neste *writ*, a defesa aponta ilegalidades na dosimetria da pena e requer, a aplicação da fração máxima pela tentativa, além da fixação do regime aberto e a substituição da reprimenda.

A liminar foi indeferida (fls. 47-48) e o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do habeas corpus.

Decido.

A sentença penal condenatória, no que concerne à dosimetria da pena, foi assim fundamentada (fls. 39-40, grifei):

[...] As qualificadoras do concurso de agentes e do rompimento de obstáculo estão comprovadas pela prova oral colhida e pelo laudo pericial (fls. 169-77). Do mesmo modo, deve incidir a causa de aumento do repouso noturno. Neste sentido: "A causa de aumento prevista no § 1º do art. 155 do Código Penal, que se refere à

prática do crime durante o repouso noturno - em que há maior possibilidade de êxito na empreitada criminosa em razão da menor vigilância do bem, mais vulnerável à subtração -, é aplicável tanto na forma simples como na qualificada do delito de furto" (STJ. 6ª Turma. HC 306.450-SP, Rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/12/2014). Dentro deste espectro, de rigor a condenação do réu. **Passo à dosagem das penas.** Tendo em vista as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, **fixa-se a reprimenda do réu Lucas, no mínimo legal, em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa.** Todavia, aumenta-se a pena do réu Anderson em 1/6, face aos maus antecedentes (fl. 65 - Execução nº 2), perfazendo 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa. **Na fase intermediária, procede-se aumento de 1/6 na reprimenda dos acusados em razão da reincidência (fls. 136-9), atingindo-se 02 anos, 08 meses e 20 dias de reclusão e 12 dias-multa para o réu Anderson e 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa para o acusado Lucas. Na fase derradeira, majora-se a reprimenda em mais 1/3, considerando-se o repouso noturno, perfazendo 3 anos, 07 meses e 16 dias de reclusão, além de 16 dias-multa, em relação a Anderson e 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e 14 dias-multa no que diz respeito a Lucas. Em razão da tentativa, observado o iter criminis percorrido, os acusados já estavam com parte da res separada quando foram presos, procede-se a diminuição da pena do furto em 1/3, definindo-se a condenação em 02 anos e 26 dias de reclusão e 09 dias-multa para Lucas e 02 anos e 05 meses de reclusão e 10 dias-multa para Anderson. O valor do dia multa será o unitário mínimo. Os réus, portadores de reincidência, deverão iniciar o cumprimento da pena sob regime inicial semiaberto, tendo em vista sua tendência à iteração criminosa. Regime mais brando não seria suficiente para prevenção e reprovação da conduta. Pela mesma razão incabíveis benesses legais. Do mesmo modo, a reincidência impede a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a ação, para CONDENAR LUCAS JOSE MENEZES, qualificado nos autos, às penas de 02 anos e 26 dias e reclusão, sob regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 09 dias-multa, no unitário mínimo [...]**

No que diz respeito à fração referente à tentativa, pela leitura

Superior Tribunal de Justiça

do acima transcrito, observo que esta foi devidamente fundamentada, pois o magistrado entendeu que os acusados já estavam com parte da *res* separada quando foram presos.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça entende que "o *quantum* de diminuição da pena pela tentativa deve considerar o *iter criminis* percorrido pelo agente, ou seja, a redução de pena deve ser menor se o agente chegou próximo à consumação do delito" (HC n. 174.261/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 27/2/2012). Portanto, no caso dos autos, inverter a decisão proferida pelas instâncias ordinárias demandaria, necessariamente, incursão no acervo fático-probatório, o que é vedado na via estreita do habeas corpus.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, estão elencados no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal os critérios para a sua imposição, de modo a determinar que deve ser feita com a observância dos critérios temporais do § 2º, bem como das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Dentro desses parâmetros, o STJ entende que, "ainda que os pacientes sejam reincidentes, é possível **a aplicação do regime intermediário**, tendo em vista a quantidade das penas aplicadas – inferiores a 4 anos – e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis [...] consoante dispõe o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte Superior" (HC n. 313.902/SP, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 30/6/2017).

Por conseguinte, **ante a quantidade de pena (não excedente a 3 anos), a ausência de vetoriais consideradas negativas e a reincidência do insurgente, revela-se a necessidade de imposição do regime inicial semiaberto.**

A decisão impugnada, portanto, está em perfeita sintonia com a jurisprudência do STJ.

No que tange à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

Superior Tribunal de Justiça

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - 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.

Na espécie, verifico que a substituição foi inviabilizada com base na reincidência do agente (art. 44, II, do Código Penal). Assim, acertada a decisão impugnada ao reconhecer que é impossível substituir a reprimenda por pena restritiva de direitos.

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **denego a ordem**.

Publique-se. Intimem-se

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**