

HABEAS CORPUS Nº 531.082 - SP (2019/0262943-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : **CARLOS EDUARDO NARCISO**
ADVOGADO : **CARLOS EDUARDO NARCISO - SP300755**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **JOSE BENEDITO FERREIRA**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JOSÉ BENEDITO FERREIRA** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano, 1 mês e 18 dias de detenção, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, além de 198 dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 2º, II, c/c art. 11, *caput*, ambos da Lei n. 8.137/1990 (e-STJ, fls. 176-177).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, a qual o Tribunal de origem negou provimento, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL - SONEGAÇÃO FISCAL - PRELIMINARES REJEITADAS - DENÚNCIA APTA - POSSIBILIDADE DE DEFESA DOS FATOS IMPUTADOS - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DESTINADO À APURAÇÃO DO ILÍCITO FISCAL CONCLUÍDO - PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA NEGADA - RÉUS UNICAMENTE RESPONSÁVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA, SENDO OS EXCLUSIVOS BENEFICIÁRIOS DA AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO - PENA DOSADA COM CRITÉRIO - RÉU JÁ CONDENADO POR CRIME TRIBUTÁRIO E REINCIDÊNCIA - REGIME SEMIABERTO - RÉ PRIMÁRIA COM PENA MÍNIMA, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE - PRELIMINARES REJEITADAS E RECURSO DESPROVIDO." (e-STJ, fl. 16).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 103-105).

Neste *writ*, a defesa sustenta, em suma, constrangimento ilegal consistente nos equívocos no que tange à fixação da pena e do regime de cumprimento. Afirma que na primeira fase o paciente teve a pena-base aumentada em 1/6 sem que tenha sido esclarecida a razão, pois as certidões juntadas aos autos registram feitos arquivados e que datam de 2002 e 2003, não podendo ser utilizadas como maus antecedentes.

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que seja excluído o aumento da pena na primeira fase da dosimetria, alterando-se o regime inicial para o aberto e se expedindo o contramandado de prisão.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ, fls. 152-153), a Subprocuradoria-Geral

da República manifestou-se pelo não conhecimento ou, subsidiariamente, pela denegação do *writ* (e-STJ, fls. 368-373).

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

No caso, a dosimetria da pena do paciente foi assim formulada na sentença:

"Na primeira fase, levando-se em conta os maus antecedentes criminais do acusado (processo nº 452/2011 - fls. 129/131), fixo a pena-base em 7 (sete) meses de detenção e 11 (onze) dias-multa, mínima legal acrescida de 1/6 (um sexto).

Na segunda fase, tendo em vista a reincidência do acusado (processo nº 449/2003 - fls. 126/127, não usado para gerar maus antecedentes na fase anterior), aumento a pena em mais 1/6 (um sexto), para 8 (oito) meses e 5 (cinco) dias de detenção e 12 (doze) dias-multa.

Na terceira e última fase, levando-se em conta que dezoito foram os delitos cometidos, aumento a pena corporal em 2/3 (dois terços), para tomá-la definitiva em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de detenção; quanto à pena de multa, fixo-a em 198 (cento e noventa e oito) dias-multa (pena-base aplicada cumulativamente), nos moldes do art. 72, do Estatuto Repressivo.

O valor do dia-multa será o equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, em razão da condição financeira do acusado (consta ser pessoa de baixa condição financeira, conforme interrogatório judicial).

O regime inicial de cumprimento da pena, ante os maus antecedentes criminais e a reincidência do acusado, será o semiaberto, compatível e necessário para reprovar e prevenir o crime." (e-STJ, fls. 176-177)

A Corte de origem, por sua vez, manteve o *quantum* de pena e o regime fixado nos seguintes termos:

"Adiante, a dosimetria penal aplicada é também incensurável.

JOSÉ teve a pena aumentada em 1/6 (um sexto), uma vez que já foi condenado definitivamente por crime tributário, totalizando 07 (sete)

meses de detenção e 11 (onze) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, a reprimenda tornou a ser majorada em 1/6 (um sexto), à luz da reincidência, constituída por condenação distinta, encerrando 08 (oito) meses e 05 (cinco) dias de detenção, bem como 12 (doze) dias-multa.

Por fim, a continuidade delitiva foi alçada no patamar máximo, haja vista a prática de dezoito delitos, perfazendo, em definitivo, o total de 01 (um) ano, 01 (um) mês e 18 (dezoito) dias de detenção, bem como 198 (cento e noventa e oito) dias-multa.

Em face da recalcitrância constante, o apenado foi beneficiado de sobejo com o regime intermediário, quando cabível o meio fechado." (e-STJ, fls. 22-23)

Conforme se observa da leitura dos excertos, a pena-base do paciente foi majorada em 1/6 pela valoração negativa dos antecedentes e o regime inicial foi agravado para o semiaberto por causa dos maus antecedentes e da recidiva do paciente.

Acerca dos maus antecedentes, observa-se que as instâncias ordinárias destacaram a existência de condenação criminal anterior apta a configurar como desfavorável referida moduladora. Ademais, por meio da certidão de objeto e pé, juntada às fls. 355-356 (e-STJ), constata-se, com relação à condenação questionada pelo paciente, que a extinção da punibilidade só ocorreu em 14/8/12, estando, portanto, dentro do prazo de período depurador previsto no art. 64, I, do CP. E, ainda que esse prazo fosse ultrapassado, seria possível a utilização dessa condenação para a configuração dos maus antecedentes, isso porque "A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.[...]" (AgRg no REsp 1.630.808/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 7/6/2017).

No que toca ao regime de pena aplicado, em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor.

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. SÚMULA N. 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS DO ART. 44, CP *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

II - Conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe: 'Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base

apenas na gravidade abstrata do delito.' Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*: 'A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.' 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.'

III - Para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Na hipótese, o regime semiaberto foi aplicado, dado que a paciente é reincidente, e não preenche os requisitos previstos no art. 33, parágrafo 2º, alínea c, do Código Penal.

IV - O réu reincidente, condenado a pena igual ou inferior à 4 (quatro) anos, e que ostente circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto, conforme enuncia a Súmula n. 269/STJ. Nesse compasso, salienta-se que o entendimento exarado pelo acórdão impugnado, não afronta o disposto na Súmula n. 440/STJ.

V - Considerando que o paciente é reincidente, e o Tribunal de origem entendeu que a substituição não seria recomendável, descabida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 44, inciso II e III, do Código Penal).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 439.311/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 30/8/2018, grifou-se).

Logo, não se constata qualquer ilegalidade a ser sanada, de ofício, nessa via.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator