

HABEAS CORPUS Nº 543.369 - SP (2019/0329821-1)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP320176
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGERIO LINO TEIXEIRA CANTUÁRIO (PRESO)
PACIENTE : PETERSON LUCIANO COSTA DA ROCHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ROGÉRIO LINO TEIXEIRA CANTUÁRIO e PETERSON LUCIANO COSTA DA ROCHA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0048160-47.2016.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que, em primeiro grau de jurisdição, o paciente ROGÉRIO foi condenado às penas de 2 anos e 26 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de multa; e o paciente PETERSON foi condenado às penas de 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de multa, ambos incurso no crime previsto no art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV, do Código Penal.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir as penas impostas a ROGÉRIO para 1 ano e 4 meses de reclusão e pagamento de 6 dias-multa, e as impostas a PETERSON para 1 ano e 6 meses de reclusão e pagamento de 7 dias-multa. Eis a respectiva ementa (e-STJ fl. 44):

Apelação. Furto duplamente qualificado tentado. Autoria e materialidade demonstradas. Pena. Duas qualificadoras, uma delas utilizada como circunstância judicial desfavorável. Possibilidade. Reconhecida atenuante da confissão em relação ao acusado R.L.T.C.. Repouso noturno. Caracterizado. Tentativa. Redução na fração de metade diante do iter criminis percorrido. Regime intermediário mantido. Recursos parcialmente providos.

O recurso especial interposto foi inadmitido pelo Tribunal de origem (e-STJ fls. 69/70).

Superior Tribunal de Justiça

No presente *habeas corpus*, o impetrante sustenta que os pacientes estariam sofrendo constrangimento ilegal quanto ao regime inicial de cumprimento da reprimenda fixado, bem assim quanto à vedação de substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas.

Requer, liminarmente, que seja possibilitado aos pacientes aguardar em liberdade o julgamento definitivo do presente *writ*. No mérito, requer a concessão da ordem para "[...] *abrandar o regime inicial de cumprimento de pena e substituir a reprimenda corporal por restritivas de direito*" (e-STJ fl. 12).

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 73/75.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 84/127 e 128/179.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 181/183, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

Preliminarmente, colaciono o seguinte excerto do acórdão proferido pelo Tribunal de origem, acerca da dosimetria e regime fixado (e-STJ fls. 50/53, grifei):

ROGÉRIO:

Na primeira fase da dosimetria, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, **a pena-base foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, diante da presença de duas qualificadoras e da existência de mau antecedente** (certidão de fl. 150 – controle 1856/2006).

Cabe ressaltar que, presentes duas qualificadoras, possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e a outra como circunstância judicial desfavorável. Confira-se:

[...]

Contudo, **verifica-se que a certidão apontada pelo Juízo de piso como mau antecedente, refere-se ao corrêu Peterson. Desse modo, afasto o mau antecedente e reduzo o acréscimo para 1/8 (um oitavo), perfazendo 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias- multa.**

Já na segunda etapa, a reprimenda foi majorada em 1/3 (um terço) pela presença da agravante da reincidência (certidão de fl. 151). No entanto, analisando referida certidão, observa-se que o trânsito em julgado para a defesa deu-se em 15 de agosto de 2016, ou seja, depois

da data dos fatos tratados nestes autos (13 de junho de 2016). **Logo, tal condenação não pode ser considerada para fins de reincidência, razão pela qual, fica afastada a agravante.** Por outro lado, é caso de reconhecer a atenuante da confissão espontânea. Assim, retorno a pena ao patamar mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Por fim, na derradeira etapa, reconhecida a causa de aumento do repouso noturno, a pena foi aumentada em 1/3 (um terço), perfazendo 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Não há que se falar em redução no patamar máximo pela tentativa, uma vez que os réus foram surpreendidos pelos policiais no interior do local dos fatos e os bens já tinham sido separados. Assim, diante do iter criminis percorrido, a reprimenda foi corretamente reduzida em 1/2 (metade). A pena agora totaliza 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 06 (seis) dias-multa.

É certo que a quantidade de pena imposta autorizaria, em tese, a imposição do regime prisional mais brando, todavia, tendo em vista que se trata de tentativa de furto duplamente qualificado cometido durante repouso noturno, além disso, o acusado possui condenação definitiva pela prática do mesmo delito, a qual caracterizaria mau antecedente, fica mantido o regime intermediário.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de conceder a suspensão condicional da pena porque as circunstâncias acima indicadas demonstram que a adoção destas medidas não é socialmente recomendável.

PETERSON:

Na primeira fase da dosimetria, considerando o disposto no artigo 59 do Código Penal, **a pena-base foi fixada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, diante da presença de duas qualificadoras e da existência de mau antecedente** (Processo nº 9728011/2006, da 15ª Vara Criminal de São Paulo – folha de antecedentes de fols. 170/171).

Cabe ressaltar que, presentes duas qualificadoras, possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e a outra como circunstância judicial desfavorável. Confira-se:

[...]

Assiste razão à defesa em requerer o afastamento do mau antecedente, uma vez que a condenação indicada pela Magistrada de origem caracteriza, na verdade, reincidência, pois o início de cumprimento da pena iniciou-se em 2014, inclusive, na data dos fatos tratados nestes autos, ainda não tinha sido extinta. Assim, afasto o mau antecedente e reduzo o acréscimo para 1/8 (um oitavo), perfazendo 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Já na segunda etapa, **embora o acusado possua uma condenação**

definitiva (Processo nº 9728011/2006, da 15ª Vara Criminal de São Paulo – folha de antecedentes de fls. 170/171) que seria apta para caracterizar a reincidência, não foi ela considerada nesta fase. Assim, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, deixo de considerá-la e a pena não sofre alteração, pois ausentes atenuantes a serem consideradas.

Por fim, na derradeira etapa, reconhecida a causa de aumento do repouso noturno, a pena foi aumentada em 1/3 (um terço), perfazendo 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

Não há que se falar em redução no patamar máximo pela tentativa, uma vez que os réus foram surpreendidos pelos policiais no interior do local dos fatos e os bens já tinham sido separados. Portanto, diante do iter criminis percorrido, a reprimenda foi corretamente reduzida em 1/2 (metade). A pena agora totaliza 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 07 (sete) dias-multa.

É certo que a quantidade de pena imposta autorizaria, em tese, a imposição do regime prisional mais brando, todavia, tendo em vista que se trata de tentativa de furto duplamente qualificado cometido durante repouso noturno, além disso, o acusado é reincidente pela prática de crime patrimonial (roubo), inclusive, cometeu o delito enquanto cumpria pena no regime aberto, fica mantido o regime intermediário.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de conceder a suspensão condicional da pena porque as circunstâncias acima indicadas demonstram que a adoção destas medidas não é socialmente recomendável.

Da análise do acórdão ora impugnado, verifica-se que o entendimento do Tribunal de origem não merece reparos.

Com efeito, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Confirmam-se:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL

EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria (HC 222.445/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016, grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE ROUBO MAJORADOS. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA DO CONCURSO FORMAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. CONSUMAÇÃO DO DELITO. [...]. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PRESENÇA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

5. Justifica-se a imposição do regime prisional mais gravoso, ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal ao réu primário, quando presentes fundamentos que desbordam da gravidade abstrata, e das circunstâncias comuns à espécie, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta praticada. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente RENE para 6 anos, 2 meses e 20 dias, de reclusão, e 15 dias-multa (HC 209.582/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015, grifei).

Na hipótese, vimos, o Tribunal *a quo* estabeleceu o regime semiaberto em desfavor dos pacientes considerando que ambos possuíam circunstâncias judiciais desfavoráveis; por tratar-se de delito de furto duplamente qualificado, cometido em repouso noturno; e em virtude de ambos os pacientes já terem cometido anteriormente delitos patrimoniais, ainda que, quanto ao paciente ROGÉRIO, não apto a caracterizar a reincidência, ou, quanto ao paciente PETERSON, não ter sido tal circunstância considerada

na sentença de primeira instância.

Lado outro, no que concerne ao pedido de substituição da pena corporal por restritivas de direitos, friso que o art. 44 do Código Penal prevê a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos desde que preenchidos os seguintes requisitos, cumulativamente:

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; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

Nesse sentido, tem-se como requisitos objetivos: a) pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, sendo o crime doloso, *quantum* este não aplicado caso o delito seja perpetrado a título culposos; e b) infração cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa. Já os requisitos subjetivos são os seguintes: a) agente não reincidente e, se o é, que não seja específico, sendo a substituição socialmente recomendável e b) princípio da suficiência, o que é aferido através da análise das circunstâncias judiciais.

No caso em apreço, em que pese o cumprimento dos requisitos objetivos e do primeiro requisito subjetivo, tenho que foram negativamente valoradas as circunstâncias judiciais, o que, ao meu ver, obsta a substituição.

Ilustrativamente, o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR E USO DE DOCUMENTO FALSO. PENA NÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO PARA O ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. Na espécie, está correta a fixação do regime semiaberto para o

início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta ao agravante seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a análise desfavorável das circunstâncias judiciais impede a alteração do regime inicial para o aberto, tendo em vista o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal. Precedentes.

2. Da mesma forma, embora preenchido o requisito objetivo necessário à substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos - art. 44, inciso I, do Código Penal -, o benefício não se revela adequado à espécie, pois foram reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis, situação bastante a afastar o requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso III, do Código Penal. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 467.329/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 29/04/2019, grifei.)

Não vislumbro, portanto, nenhum constrangimento ilegal a ser sanado na espécie.

Ante o exposto, **denego a ordem.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator