

HABEAS CORPUS Nº 543.757 - RS (2019/0331924-3)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
YARA NASARIO - RS014162
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL
PACIENTE : MARCIO CRISTIANO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARCIO CRISTIANO DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, nos autos da apelação criminal n. 0080586-53.2019.8.21.7000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 12 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, § 1º, do Código Penal.

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo e proveu o recurso ministerial para **afastar** a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 214-231.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no afastamento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como no aumento injustificado da pena-base.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja reduzida a pena imposta nos moldes acima delineados, com consequente substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 242-244.

Informações prestadas à fl. 248.

O Ministério Público Federal, às fls. 295-298, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. MEDIDA INSUFICIENTE E SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. EXISTÊNCIA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO COM TRANSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Parecer pela denegação" (fl. 295).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Para a adequada delimitação das questões, colaciono, a seguir, excerto do v. acórdão impugnado, no ponto:

"Efetivamente o acusado registra antecedentes (fls. 47/52).

Havendo duas condenações transitadas em julgado, utiliza-se uma (processo nº 164/2080000454-7) para esta valoração desfavorável.

Já no que diz com as circunstâncias que envolveram a infração, deve ser mantida a valoração negativa, pois o agente demonstrou audácia ao adentrar no quarto em que pernoitava a vítima com sua esposa. Também, insta salientar que o ofendido não conseguiu reagir, porque temeu pela segurança de suas duas filhas que dormiam no quarto do lado.

Por fim, a defesa pediu a valoração do comportamento da vítima a favor do réu, porém ela em nada contribuiu, pois foi surpreendida dentro de sua residência com o acusado em seu quarto enquanto dormia, o qual adentrou pela janela.

Conforme posicionamento já manifestado em casos análogos, a pena-base deve se afastar do patamar mínimo, na proporção em que as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal forem desfavoráveis, tendo como teto o termo médio.

Sendo, no caso de furto, a pena mínima de 01 (um) ano e havendo duas circunstâncias desfavoráveis, mantenho a pena-base em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão.

Pena provisória:

Acertada a compensação da agravante da reincidência (processo n.º 164/2110000221-3) com a atenuante da confissão espontânea. Assim, permanece a pena provisória em 01 (um) ano e 03 (três) meses.

Pena definitiva:

Em razão da majorante do repouso noturno, inalterado o acréscimo de 1/3, ficando a pena definitivizada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

O regime inicial para o cumprimento da privativa de liberdade é o semiaberto, forte o art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, em razão da reincidência, ou seja, aquele imediatamente mais gravoso ao que faria jus se primário fosse.

Considerando a análise do artigo 59 do Código Penal e a situação econômica do réu, mantenho a pena pecuniária fixada na sentença.

O Ministério Público postulou o afastamento da substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas direitos, o que deve ser acolhido.

Por se tratar de réu reincidente em crime doloso, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do diploma repressivo" (fls. 263-265).

De início, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de

habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

Nos termos do art. 59 do Código Penal, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no aludido artigo, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, **motivadamente**, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Na hipótese, entendo que as **circunstância do crime** não se inferem ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o **modus operandi** do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes desta natureza, visto que *"[...]o agente demonstrou audácia ao adentrar no quarto em que pernoitava a vítima com sua esposa. Também, insta salientar que o ofendido não conseguiu reagir, porque temeu pela segurança de suas duas filhas que dormiam no quarto do lado"* (fls. 263-264).

Quanto ao critério numérico de aumento para cada **circunstância judicial negativa**, insta consignar que *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto."* (AgRg no REsp 143071/AM, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 6/5/2015).

Assim, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada,

uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais e dos antecedentes do paciente, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, **ausente, portanto, notória ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de ofício.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Em relação à dosimetria, cumpre registrar que a via do writ somente se mostra adequada, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se tratar de flagrante ilegalidade. De acordo com a r. sentença, a pena-base dos pacientes foi exasperada em dez meses de reclusão, lastreando-se na natureza e na diversidade das drogas apreendidas, quais sejam, 24,37 g (vinte e quatro gramas e trinta e sete centigramas) de maconha e 16,55 g (dezesseis gramas e 55 centigramas) de crack. Nesse compasso, mostra-se idônea a fundamentação, uma vez que o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006.

III - Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que "A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão

somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto." (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015). In casu, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, ausente, portanto, notória ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

[...]

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 433.211/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 26/03/2018, grifei)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES POR FATOS ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. AGRAVANTE GENÉRICA. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A condenação por fato anterior, mas com trânsito

em julgado posterior ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

4. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

5. Verifica-se que o quantum de aumento na fixação da pena-base (01 ano) revela-se proporcional e fundamentado, em se considerando a existência de dois antecedentes negativos e a pena abstratamente prevista para o delito em questão, que é a de reclusão de 02 (dois) a 06 (seis) anos.

6. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão da configuração de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais.

*7. Ordem de habeas corpus não conhecida." (HC 281.662/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 03/04/2014, grifei)*

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. APLICADA A FRAÇÃO DE 1/6. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DISTINTAS. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 126.315/SP (julgado em 15.9.2015, Rel. Min. Gilmar Mendes, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e in casu, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal.

4. **É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.** Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente e, por conseguinte, exaspera a pena em 1/6 (um sexto), o que não revela constrangimento ilegal.

5. Não há falar em bis in idem, no que diz respeito à primeira e segunda fases da dosimetria, tendo em vista que as condenações anteriores - utilizadas para valorar negativamente os antecedentes e caracterizar a agravante da reincidência - são distintas.

6. *Habeas corpus não conhecido.*" (HC 356.274/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 24/06/2016, grifei)

Verifica-se, portanto, que a exasperação da pena-base, no patamar de **3 (três) meses acima do mínimo legal**, revela-se proporcional e fundamentada, tendo em vista a maior **reprovabilidade das circunstâncias do crime e dos maus antecedentes** e a pena abstratamente prevista para o delito em questão, que é a de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

No tocante a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, o art. 44, do Código Penal, dispõe que:

"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 4 (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 culposo;

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" (grifei).

Constata-se do dispositivo supra mencionado que, para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos, **o que não se verifica na hipótese dos autos.**

De fato, a **reincidência** do paciente, reconhecido na condenação, não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento de requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Hipótese em que a ausência de emprego lícito e de

considerações genéricas acerca da gravidade abstrata do delito não são dados idôneos para se inferir a habitualidade delitiva do paciente, sobretudo quando certificada a sua primariedade e os seus bons antecedentes, razão pela qual cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

4. Aplicada a sanção corporal em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa das circunstâncias judiciais (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

5. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 167 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 440.706/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 03/09/2018, grifei).*

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

P. e I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator