

HABEAS CORPUS Nº 548.640 - SP (2019/0357061-4)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RICARDO LOBO DA LUZ - SP284486
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO LUIZ FERREIRA FERNANDES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIEGO LUIZ FERREIRA FERNANDES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação Criminal n.º 0012450-54.2016.8.26.0635.

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 171, *caput*, c.c. o 29, *caput*, do Código Penal, por fraudar "*inúmeros cartões de bilhete único, os quais carregavam com créditos virtuais ilícitos, e depois os revendiam aos usuários das linhas de transporte, desviando o dinheiro destinado a SPTrans*" (fl. 23).

Em primeiro grau o Paciente foi absolvido, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Contudo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso da acusação, para condenar o Réu como incurso no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal, aplicando a pena de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e o pagamento de 12 (doze) dias-multa.

A Defensoria Pública Impetrante afirma que, apesar de o Paciente ser reincidente não específico, tendo condenação anterior por tráfico de drogas, tal circunstância não obriga a imposição de regime inicial fechado, nos termos do entendimento enunciado pela Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Aduz, ademais, "*que o STJ já entendeu em casos análogos pela possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos diante de reincidência não específica*" (fl. 10).

Busca, assim, em liminar e no mérito, "*seja concedida a medida liminar para determinar a imediata modificação do regime inicial do paciente, bem como a*

Superior Tribunal de Justiça

substituição da sua pena de reclusão pela restritiva de direitos, já que haverá reflexos para o seu cumprimento de pena" (fl. 13).

É o relatório inicial.

Decido o provimento urgente.

Na hipótese, não está presente o *fumus boni iuris* indispensável ao deferimento da medida liminar.

Em juízo de cognição sumária, verifico que o acórdão do Tribunal de origem não se mostra, *primo icto oculi*, desarrazoado ou, muito menos, carente de fundamentação, quanto à fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda e à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sobretudo por ter fixado a pena-base acima do mínimo legal e destacado que **o Paciente é reincidente**, conforme se verifica dos excertos a seguir transcritos (fls. 65-67):

"Na primeira fase e com observância à regra estabelecida pelo artigo 59 do Código Penal, cabe considerar a ocorrência de duas qualificadoras (emprego de fraude e concurso de pessoas), o que justifica a exasperação da pena-base em 1/6 (um sexto), de modo que o patamar inicial é fixado acima do mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

[...]

Na segunda fase, verifico que somente o réu DIEGO é reincidente (fls. 727), o que justifica o aumento da pena-base em relação a ele, em 1/6 (um sexto), perfazendo 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, mantendo-se a reprimenda básica para os demais corréus.

Na última fase, a pena torna-se definitiva devido à inexistência de outras circunstâncias ou causas modificadoras.

[...]

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em relação ao réu DIEGO LUIZ FERREIRA FERNANDES, já que se trata de réu reincidente e não preenche, desse modo, os requisitos necessários para a concessão da referida benesse; e imponho a ele o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda corporal, nos termos do artigo 33, § 2º, 'b', c.c. o artigo 59, ambos do Código Penal.

É firme a orientação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou a reincidência justificam a fixação do regime prisional mais gravoso relativamente ao *quantum* da pena aplicada, nos termos

dos arts. 33, § 3.º, e 44, incisos II e III, do Código Penal.

Vejam-se precedentes:

"CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. WRIT QUE OBJETIVA A APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO - ÚNICO CABÍVEL AO CASO (CP, ART. 33, § 2º, B). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

02. Conquanto ao réu, condenado pela prática do crime de furto (CP, art. 155), tenha sido aplicada pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, o fato de haver circunstâncias judiciais desfavoráveis e de ser reincidente não lhe confere o direito de cumpri-la, desde logo, em regime aberto.

03. Habeas corpus não conhecido." (HC 303.757/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 01/12/2014.)

Do mesmo modo, as instâncias ordinárias, considerando a reincidência do Paciente, entenderam que a substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos não se mostrou, na hipótese, recomendável.

Assim, também não verifico, na hipótese, o constrangimento ilegal sustentado pela Defesa, ainda mais porque a reincidência do Paciente decorre da prática de crime doloso de tráfico ilícito de drogas (fls. 33-34), que é mais grave do que o crime de furto qualificado.

Nesses termos:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES EM CONTINUIDADE DELITIVA. RÉ REINCENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO, PELO TRIBUNAL A QUO, DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA. AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO QUE DEVE SER MANTIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o

conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- O acórdão impugnado está em consonância com o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, segundo o qual é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao reincidente, condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

- Outrossim, quanto à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o entendimento da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, embora a pena definitiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se insuficiente quando há reincidência e a medida não se mostra recomendável (art. 44, II e § 3º, do CP) (AgRg no Resp. 1.716.907/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/5/2018, DJe 30/5/2018).

- Habeas corpus não conhecido." (HC 458.714/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 01/10/2018; sem grifos no original.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 180, CAPUT, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Não se observa a existência de constrangimento ilegal na negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando há reincidência em crime doloso, ainda que não seja específica, e entender a Corte de origem que a medida não se mostra recomendável (art. 44, § 3º, do CP). Precedentes.

2. Decidir em sentido contrário demandaria necessário revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, providência vedada em habeas corpus.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 464.952/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe de 29/08/2019; sem grifos no original.)

Assim, a espécie em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável no presente exame perfunctório e singular.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Superior Tribunal de Justiça

Dispenso as informações.

Remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora