

HABEAS CORPUS Nº 542.653 - SP (2019/0324495-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JOSENALDO FERREIRA COELHO
ADVOGADO : JOSENALDO FERREIRA COELHO - SP158786
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERT NUNES DAS NEVES (PRESO)
OUTRO NOME : ROBERTO NUNES NEVES
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 **ROBERTO NUNES NEVES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 12 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 180, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 10-17).

Interposta apelação, a Corte Estadual negou provimento ao recurso da defesa, em aresto acostado aos autos às fls. 18-23, e-STJ.

Neste *habeas corpus*, o impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, e ressalta que o paciente faz jus ao regime aberto para o cumprimento da pena, além de estarem preenchidos os requisitos necessários para a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 29), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem ou por sua denegação (e-STJ, fls. 32-34).

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão da apelação, respectivamente:

"[...] Passo, portanto, à dosagem da pena.

Inicialmente, consigne-se que a receptação de veículo automotor configura delito que se reveste de muito maior gravidade que a receptação de outra coisa qualquer, como um simples aparelho de som ou um televisor. Trata-se de crime que requer muito maior ousadia do agente, e que, por sua natureza, confere sustentação à disseminação de crimes que, não raras vezes, são praticados mediante violência ou grave ameaça. A intensidade do dolo é imensamente distinta e

superior. Ora, se a pena mínima seria aplicável ao receptor de um simples aparelho de telefonia celular, razoável a fixação da pena, neste caso, acima do mínimo cominado à espécie. Além disso, o acusado estava em cumprimento de pena em regime aberto quando do cometimento do presente crime (fls. 146). Assim, desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal cominados à espécie, isto é, em um ano e dois meses de reclusão e pagamento de onze dias-multa.

Em seguida, na segunda fase da dosimetria, ausentes circunstâncias atenuantes, reconhece-se a presença da agravante da reincidência, no caso, específica, eis que condenado anteriormente por outro crime contra o patrimônio (fls. 157 – roubo). Desse modo, aumento as penas em 1/6 (um sexto), passando para um ano, quatro meses e dez dias de reclusão e doze dias-multa.

Inexistindo causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, a pena resta definida em um ano, quatro meses e dez dias de reclusão e doze dias-multa.

Em seguida, descabido cogitar-se da substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direito, em virtude da reincidência do réu (artigo 44, inciso II, do Código Penal).

O regime inicial para cumprimento da pena será o semiaberto, considerando a reincidência do acusado e o fato do objeto da receptação ser um veículo automotor (artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal).

Por derradeiro, no que tange ao regime prisional, fixa-se a modalidade semiaberta, em razão dos maus antecedentes ostentados pelo réu. Com efeito, as circunstâncias judiciais do caso concreto demandam a fixação de regime mais gravoso, em conformidade com o §3º do art. 33 do CP." **(e-STJ, fls. 15-16).**

"[...] A pena ficou no mínimo legal na base, sofreu acréscimo razoável e bem motivado por conta da natureza do bem e das circunstâncias do fato, e de outro tanto pela reincidência específica.

O regime intermediário também foi razoável, em decorrência da recidiva.

Cuidando-se de reincidência específica, não se pode cogitar da substituição da privação de liberdade por restrição de direitos, da concessão do sursis e do regime aberto.." **(e-STJ, fl. 22).**

De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso dos autos, as instâncias ordinárias estabeleceram a pena-base acima do mínimo legal, por terem sido desfavoravelmente valoradas circunstâncias do art. 59 do

Código Penal, o que, por si só, permite a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Outrossim, em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente e com circunstâncias judiciais desfavoravelmente valoradas, não há que se falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor.

A corroborar tal conclusão, trago à baila os seguintes julgados:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONDENAÇÕES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282/STF E 356/STF. REGIME PRISIONAL ABERTO. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 269/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que, em se tratando de acusado multirreincidente, as condenações pretéritas, desde que distintas, podem ser utilizadas para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como para aumentar a pena na segunda fase em vista da reincidência, não havendo que se falar em bis in idem.

2. Na espécie, verifica-se que o réu ostenta extensa ficha de condenações criminais anteriores, tendo as instâncias ordinárias valorado negativamente os antecedentes com base em 14 (quatorze) das 15 (quinze) condenações criminais transitadas em julgado ostentadas pelo acusado, sendo a remanescente utilizada para fins de configuração da reincidência. Não há óbice à manutenção do desvalor atribuído à vetorial atinente aos antecedentes, visto que utilizadas condenações distintas daquela que amparou o aumento aplicado na segunda fase da dosimetria da pena, a título de reincidência.

3. No que concerne à aduzida impossibilidade de utilização em prejuízo do acusado das condenações transitadas em julgado e já atingidas pelo quinquênio depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, tal tese não foi debatida pela Corte de origem, tampouco foi objeto de embargos de declaração, não podendo, portanto, ser enfrentada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282/STF e 356/STF.

4. Como é cediço na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais, a teor da Súmula n. 269/STJ.

5. No presente caso, o envolvido - que pleiteia a fixação de

regime inicial aberto -, além de reincidente, possui maus antecedentes, o que afasta a incidência do referido enunciado sumular e representa fundamentação idônea tanto para a imposição do regime prisional fechado quanto para a não concessão de substituição da pena. Não obstante, tendo as instâncias ordinárias fixado regime semiaberto para início do cumprimento da pena - quando o adequado seria o regime fechado - este deve ser mantido, em razão da vedação à *reformatio in pejus*, porquanto ausente recurso ministerial.

6. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 1573086/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2019, DJe 22/11/2019, grifou-se);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL - CP. FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. DEMAIS PROVAS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. O paciente, na fase inquisitorial, afirmou não se recordar de atropelar as vítimas e, em juízo, não compareceu ao interrogatório. A formação do convencimento do Magistrado se valeu nos demais elementos probatórios colhidos nos autos, não sendo o caso de aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

3. Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência justificam a fixação do regime inicial semiaberto, bem como impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.” (HC 432.947/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2019, DJe 16/4/2019, grifou-se).

Em relação à conversão da pena corporal por restritiva de direitos, o art. 44, III, do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "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".

No caso em análise, tendo sido reconhecidas circunstâncias judiciais

Superior Tribunal de Justiça

desfavoráveis ao paciente, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, não é admissível a concessão do benefício, sem que se possa inferir *bis in idem* ou arbitrariedade em tal conclusão.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator