

HABEAS CORPUS Nº 538.435 - SP (2019/0303319-8)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIELA MONI MARINS - SP343394
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIO CESAR JORGE PEDROSO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **JULIO CESAR JORGE PEDROSO** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 09 (nove) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 155, parágrafo 4º, inciso I, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 51-64.

No presente **writ**, o impetrante alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 e 269 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para fixar o regime semiaberto, para início de cumprimento da pena (fls. 3-18).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 68-69).

As informações foram prestadas às fls. 77-111 e 112-160.

O Ministério Público Federal, às fls. 162-170, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. CONDENAÇÃO A 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA.- TENTATIVA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. DELITO QUE SOMENTE NÃO SE CONSUMOU EM RAZÃO DA ATUAÇÃO DA FORÇA POLICIAL. - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCENTE. PENA ABAIXO DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. PARECER PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM."

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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

O impetrante alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 e 269 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Ainda, conforme o teor da **Súmula n. 269/STJ**, o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior à 04 (quatro) anos, com circunstâncias judiciais

totalmente favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em **regime semiaberto**.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Agiu corretamente a M.M. Magistrada a quo, ao fixar o regime fechado como modalidade inicial de cumprimento da pena, posto que medida mais branda não seria compatível com o caráter coercitivo da medida imposta.

Eis que, no caso em tela, o apelante é reincidente específico (consoante à Certidão de fls. 91/93), fazendo da prática de crimes seu meio de subsistência, em total descaso para com a justiça pátria, não assimilando nada da terapêutica criminal e optando por perpetuar a atividade criminosa, indicando completo desinteresse em se reintegrar à sociedade como um membro contribuinte desta."

Na presente hipótese, o Tribunal de origem incorreu em constrangimento ilegal, pois violou o enunciado da Súmula n. 269 desta Corte, a qual dispõe que *"é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."*

Sobre o tema, colaciono os seguintes arestos:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. TESE DE INOCORRÊNCIA DO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENAS-BASE. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DOS VETORES DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PENAS REDUZIDAS. REGIME FECHADO.

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em

substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Tratando o caso de delitos autônomos, não se aplica o princípio da consunção na hipótese vertente, pois as instâncias de origem consideraram que a falsidade ideológica não se encontrou na linha de desdobramento causal do delito de uso de documento falso. Ademais, a tese defensiva de que inexistiu a ocorrência do delito de uso de documento falso importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- A premeditação constitui elemento idôneo a justificar o desvalor da ação, pois denota maior gravidade da infração penal. Contudo, na espécie, ao vincular a premeditação com o fato de o paciente ter um histórico criminal, o qual já foi valorado na segunda fase da dosimetria, as instâncias de origem impuseram constrangimento ilegal ao paciente, de modo que deve ser excluída a valoração negativa do vetor da culpabilidade.

- Quanto às circunstâncias do delito, observa-se que é inidôneo o argumento utilizado para considerar dito vetor desfavorável ao paciente, uma vez que o fato de ter praticado o crime com o fim de ludibriar as autoridades de segurança pública integra os tipos penais violados, já sendo punido pela própria tipicidade dos crimes contra a fé pública. Precedentes.

- Quanto ao regime de cumprimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

- Consoante a Súmula n. 269 desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

- No caso, embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis e o novo montante da pena (3 anos e 6 meses de reclusão) comporte, em princípio, o regime inicial aberto, a reincidência do paciente justifica o estabelecimento do regime

intermediário, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e da Súmula n. 269 desta Corte. Precedentes.

- *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir as penas do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 22 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*" (HC 322.702/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 30/06/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGAÇÃO DE ERRO NA ANÁLISE DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. APENADO REINCENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL E SÚMULA 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. *Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

2. *A questão atinente à nulidade da sentença quanto à dosimetria da pena, pois teria tido erro na análise da certidão de antecedentes criminais, não foi submetida ou apreciada pelo Tribunal de origem, o que obsta a sua análise por esta Corte Superior, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância.*

3. *Embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão (7 meses e 5 dias de detenção) e as circunstâncias judiciais serem favoráveis, o regime inicial semiaberto foi fixado em razão de tratar-se de paciente reincidente, em observância ao enunciado da Súmula n. 269 desta Corte Superior, segundo o qual dispõe que "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

4. *A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos exige o preenchimento dos requisitos*

objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal - CP. A Corte estadual negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por entender que a substituição não seria recomendável, nos termos do que dispõe o art. 44, inciso II, e § 3º, do CP.

Habeas corpus não conhecido." (HC 379.554/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 18/05/2017).

Ainda, de ofício, é possível estabelecer o regime inicial de cumprimento da pena aberto, com lastro em entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 123.108/MG, de relatoria do Ministro Roberto Barroso.

No presente caso, **excepcionalmente**, diante do furto de coisa de diminuto valor, a sanção privativa de liberdade deverá ser resgatada em regime inicial aberto, de modo a paralisar a incidência do art. 33, § 2º, alínea c, do CP, em observância ao princípio da proporcionalidade.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, concedo a ordem de ofício, para **fixar o regime aberto**, para o início do desconto da reprimenda, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

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

Relator