

**HABEAS CORPUS Nº 549.125 - SP (2019/0359095-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : ADRIANA TESTI TIRELLI - SP199940  
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : APOLONIO VITURINO DA SILVA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Apolonio Viturino da Silva**, em que se aponta como autoridade coatora a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 1501367-78.2019.8.26.0564 – fls. 23/29).

Consta dos autos que o paciente, denunciado pela suposta subtração, com o emprego de chave falsa, de um veículo, foi, após regular instrução criminal, condenado como incurso no art. 155, § 4º, III, do Código Penal, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 12 dias-multa (fls. 16/22).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida pelo Tribunal de origem, para reduzir as penas aplicadas para 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa, mantido o regime fechado (fls. 23/29).

Nesta impetração, sustenta a parte impetrante ilegalidade na sentença condenatória, ratificada pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça paulista.

Contesta a dosimetria da pena, aduzindo a ausência de fundamentação idônea para a elevação da pena, na segunda fase, em 1/4, em razão da reincidência específica do paciente.

Alega que a elevação em 1/4, pela existência de uma única decisão condenatória definitiva, mostra-se desproporcional, sendo *necessário o aumento de apenas 1/6 em virtude da reincidência e a compensação com a reconhecida atenuante da confissão* (fls. 3/8).

Igualmente impugna o regime inicial de cumprimento da pena, asseverando que, *ainda que se trate de réu reincidente, nada obsta que lhe seja fixado o regime*

*semiaberto* (fls. 8/9).

Liminarmente requer a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial *semiaberto* (fl. 9).

É o relatório.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários ou de índole extraordinária, tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Como se sabe, para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível a comprovação de ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confira-se: HC n. 509.238/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/6/2019.

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.

O Juízo monocrático, ao condenar o paciente, asseverou (fls. 20/21):

[...] Passo à dosimetria das penas. Tendo em vista as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, e considerando que o acusado não ostenta antecedentes criminais, que não aquele que será levado em conta para fins de reincidência, conforme comprova certidão de págs. 92/93, bem como considerando, ainda, sua culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime, tendo ele agido com dolo normal para o tipo penal, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, tendo em vista que ele é reincidente específico, conforme certidão de págs. 92/93, reconheço a existência da agravante prevista no artigo 61, inciso I, do Código Penal, e aumento sua pena em um quarto, uma vez que ao incidir na mesma prática criminosa, demonstrou nada ter aprendido com a punição anterior, o que enseja uma reprimenda mais severa como forma de desestimulá-lo na reiteração desse tipo de conduta, o que perfaz dois anos e seis meses de reclusão, e 12 (doze) dias-multa. Não há circunstâncias atenuantes para serem reconhecidas. Por fim, não há causas de aumento ou diminuição da pena para serem reconhecidas, de modo que torno a pena acima definitiva. A pena de multa é fixada no valor unitário mínimo legal devido à situação econômica do réu, retratada nos autos. Impossível aplicar no caso destes autos o quanto disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 12.736/12, dada a ausência de elementos concretos para aferir os requisitos objetivos e subjetivos necessários para a progressão de regime e detração penal, remanescendo, assim, a possibilidade desta consideração dar-se em momento posterior, na Vara de Execuções Criminais. Por fim, a despeito da quantidade de pena aplicada, ele deverá iniciar o seu cumprimento em regime fechado, nos

termos do que dispõe o artigo 33, § 2º, letra "a", do Código Penal, uma vez que é reincidente, tendo cometido esse delito logo após ter cumprido sua pena anterior, em que foi fixado regime inicial mais brando, a evidenciar que a punição em regime menos severo não surtiu efeito, razão pela qual a fixação novamente de regime inicial mais brando, no caso em tela, não será suficiente para a reprovação de sua conduta, pois tal regime pressupõe a existência de senso de responsabilidade, qualidade essa que ele já demonstrou não possuir, pois não hesita em cometer crimes quando em liberdade, não, merecendo, assim, a confiança desse juízo. [...]

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao apreciar a apelação interposta, redimensionou a reprimenda corporal imposta ao paciente nos seguintes termos (fls. 27/28 - grifo nosso):

[...] Passa-se, então, à análise das penas.

**As básicas foram majoradas em um quarto diante da reincidência específica** (fls. 92/93), perfazendo dois anos e seis meses de reclusão e doze dias-multa, de valor unitário mínimo.

E não se falar em afastamento da agravante em foco, conforme proposto no parecer, uma vez que foi reconhecida a prescrição da pretensão executória, o que não tem o condão de afastar os efeitos secundários da condenação, inclusive a reincidência.

Ocorre, contudo, **ser necessária a compensação parcial entre a agravante da reincidência específica e a atenuante da confissão extrajudicial**, já que esta também foi utilizada pela douta magistrada para fundamentar a condenação (“a versão dada pelo acusado em juízo não encontrou o menor amparo nas provas produzidas, até mesmo porque na delegacia de polícia, confessou a subtração”), **aplicando-se acréscimo tão somente de um sexto**, totalizando as penas, assim, dois anos e quatro meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, de valor unitário mínimo.

**Em razão da pena imposta e considerando-se a reincidência específica do acusado, adequada e suficiente à reprovação e prevenção do crime a estipulação do regime fechado.**

[...]

É certo que, nos termos da Súmula n. 719/STF, *a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*. De igual modo, a Súmula n. 440/STJ, estabelece que, *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*.

Deste modo, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Na espécie, verifica-se que a sentença fixou a pena-base no mínimo legal.

# Superior Tribunal de Justiça

Ora, conforme o teor da Súmula n. 269/STJ, o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior à 4 anos, com circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime semiaberto. Veja-se o HC n. 509.192/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 11/6/2019 e o AgRg no AREsp n. 1.380.057/GO, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 21/3/2019.

Assim, tomando por conta a pena final estabelecida ao ora paciente – 2 anos e 4 meses de reclusão –, não se afigura **razoável** e **proporcional** a imposição do regime prisional mais gravoso, mostrando-se mais adequado para o resgate da reprimenda o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal. Nesse sentido: HC n. 457.254/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 26/10/2018 e HC n. 383.666/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 2/5/2017.

Sob essa moldura **defiro** a liminar para fixar o regime prisional **intermediário**, ou seja, o semiaberto, para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente, até o julgamento de mérito do presente *writ*.

Comunique-se com urgência.

Solicitem-se informações à autoridade apontada como coatora e ao Juízo de primeiro grau.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 02 de dezembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator