

HABEAS CORPUS Nº 526.658 - SP (2019/0237702-0)

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
RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE MACEDO MOREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de FELIPE MACEDO MOREIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0089812-73.2018.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 11 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 16, inciso IV, da Lei n. 10.826/03 (fls. 29-34).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

"EMENTA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, § ÚN., INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003) APELO DA DEFESA BUSCANDO A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 14, DA LEI Nº 10.826/2003, DEDUZINDO AINDA PLEITOS DE REDUÇÃO DAS PENAS E DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. DESCABIMENTO AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS BEM PROVADAS PORTE DE ARMA DE NUMERAÇÃO SUPRIMIDA NA VIA PÚBLICA, SEM JUSTIFICATIVA DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL, OBSERVADO O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA DESPROPORCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSAGEM DAS PENAS QUE NÃO MERECE

REPAROS REGIME FECHADO ADEQUADO, INVIÁVEIS QUAISQUER BENESSES RECURSO DESPROVIDO" (fls. 59).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, bem como na fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena.

Requer, assim, a concessão da ordem para diminuir a pena intermediária, com a compensação entre a confissão e a reincidência, e fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 71-73.

Informações prestadas às fls. 77-78.

O Ministério Público Federal, às fls. 104-108, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, se conhecido, pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

"EMENTA: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUBSTITUTIVO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. CONDENAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO DEFINIDA EM RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA PELO STJ. REGIME INICIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 269/STJ.

1. Não é cabível a impetração de habeas corpus em substituição a recursos próprios ou como sucedâneo de revisão criminal, salvo em situações excepcionais em que, como aponta a jurisprudência, se evidencie teratologia ou flagrante ilegalidade.

2. O STJ, ao apreciar o REsp nº 1.341.370, como representativo da controvérsia, definiu a possibilidade de compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante de confissão espontânea.

3. O fato de o apenado haver sido detido em flagrante não impede a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal. Precedentes.

4. Nos termos da Súmula 269/STJ, verbis, "[É]

admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais”.

5. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus; se conhecido, pela concessão da ordem" (fl. 104).

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**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que 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*” (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos da r. sentença, mantida pelo v. acórdão impugnado, sobre os temas:

"A confissão restou despicienda para o estabelecimento da autoria criminosa, eis que o acusado já fora identificado pela testemunha Daniel como aquele que, em data anterior, o havia roubado, bem como os

policiais, de pronto, localizaram a arma em poder do agente. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, entende o C. Superior Tribunal de Justiça, através do verbete da Súmula 545.

Assim, se o confesso somente veio depois de já descoberta a verdade e elucidados os fatos, não se cogita da atenuante de confissão, como entende o C. Supremo Tribunal Federal.

Ausentes outras condições modificadoras, torno-as definitivas.

O regime inicial de cumprimento da pena reclusiva será aquele fechado, considerando que o acusado está em reiteração delitiva, inclusive na prática de crimes praticados com violência ou grave ameaça, o que torna insuficiente o regime menos gravoso de desconto. Note-se a reincidência já apontada" (fls. 32-33).

Com efeito, o STJ entende que, segundo a orientação sumular n. 545, a confissão espontânea do réu, **desde que utilizada para fundamentar a condenação**, sempre deve atenuar a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo.

Contudo, a hipótese dos autos é outra. Segundo as instâncias ordinárias, não houve confissão, pois o acusado *"já fora identificado pela testemunha Daniel como aquele que, em data anterior, o havia roubado, bem com os policiais, de pronto, localizaram a arma em poder do agente"*. Ademais, as instâncias ordinárias asseveraram também que a suposta confissão **não foi utilizada para firma o juízo condenatório, muito menos para a elucidação dos fatos**.

Desta feita, o acolhimento a irresignação, consoante a argumentação exposta nas razões da impetração, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do **habeas corpus**.

No que tange ao regime inicial de cumprimento da pena, os requisitos para a imposição do regime aberto constam no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de **reincidência**, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

In casu, ainda que a pena tenha permanecido em patamar abaixo de 4

(quatro) anos, o paciente é **reincidente**, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos ao disposto pelo artigo **33, § 2º, alínea c, do Código Penal**.

Todavia, considerando o montante da pena, as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, bem como o disposto pela Súmula n. 269/STJ, admite-se, na presente hipótese, a aplicação do regime **semiaberto**.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO E PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE REGIME INTERMEDIÁRIO. SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- No caso, a exasperação da pena-base não deve se manter. Isso porque, não houve por parte do acusado conduta que extrapolasse as circunstâncias típicas do delito de furto, não merecendo reprovabilidade maior na sua sanção.

- Em relação ao regime, ainda que o paciente seja reincidente, teve a pena-base fixada no mínimo legal e foi condenado a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão. Dessa forma, é cabível o regime semiaberto. Súmula 269/STJ.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto" (HC n. 370.405/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 27/10/2016, grifei).

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. TENTATIVA DE ROUBO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS 269 E 440 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto

condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. De acordo com a Súmula 269/STJ, '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. O Tribunal de origem considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal. Ademais, revela-se desproporcional a fixação do regime fechado tão somente em razão da reincidência específica do agente.

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando a reprimenda em meio mais gravoso" (HC n. 357.794/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 10/10/2016, grifei).*

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

Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para fixar o regime **semiaberto** ao paciente para início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

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

Relator