HABEAS CORPUS Nº 537.704 - SP (2019/0299233-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIELE CRISTINA DO NASCIMENTO SILVA PICHININ - SP316106
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CAIQUE OLIVEIRA DOS SANTOS
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de CAIQUE OLIVEIRA DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0025140-33.2017.8.26.0554).

Consta dos autos que, em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi condenado a 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 11 dias-multa, pelo delito do art. 180 do Código Penal (e-STJ fls. 42/43).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, mas a Corte de origem negou provimento ao apelo (e-STJ fls. 11/20). Nessa oportunidade, foram negados ao paciente os pleitos relativos à fixação do regime aberto e à conversão da pena corporal em restritivas de direitos consoante estas razões (e-STJ fls. 17/18):

> A seguir, ausente o requisito do artigo 44, inciso II, do Código Penal, **em razão da reincidência do apelante** (fls. 150/151), **inviável a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, por não se mostrar socialmente recomendável, tratando-se de agente reincidente em crime contra o patrimônio (furto, além de corrupção de menores).**
>
> Relativamente ao regime prisional imponível à espécie, correta a adoção da modalidade inicial intermediária, **tendo em vista o quantum de pena aplicado, a comprovada reincidência do agente (fls. 150/151) e em consonância com o artigo 33, § 3º, do Código Penal.** (Grifei)

No presente *writ*, a impetrante pleiteia a fixação do regime aberto, "*tendo em vista a pena aplicada, apesar da reincidência. Isto porque, há que se questionar qual a proporcionalidade de uma decisão que fixa regime mais gravoso não*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 33523CA2-5F62-482F-A0D5-03C07A7B4C91

obstante a quantidade da pena aplicada justificar o regime aberto. Destaca-se, novamente, que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis" (e-STJ fl. 7).

Busca, ainda, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, pois "*foram preenchidos todos os requisitos descritos no art. 44, § 3º, do CP, não havendo falar, como já apontado, de emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, inclusive. Conquanto reincidente, a reincidência não é específica*" (e-STJ fl. 9).

Pleiteia, em caráter liminar, a manutenção da liberdade do paciente até o julgamento definitivo deste *writ* e, no mérito, "*a concessão da ordem definitiva de Habeas Corpus, para que haja a fixação do regime inicial aberto, bem como seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos*" (e-STJ fl. 10).

A liminar indeferida (e-STJ fls. 46/48).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pela denegação da ordem (e-STJ fl. 92).

É, em síntese, o relatório.

Com efeito, examinando os autos, infere-se que se fixou a pena-base no mínimo legal. Entretanto, não obstante o *quantum* da pena aplicada e o fato de terem sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, o Tribunal local, mantendo a sentença, assim se manifestou quanto ao regime para o início do cumprimento da reprimenda bem como quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ fls. 17/18):

> A seguir, ausente o requisito do artigo 44, inciso II, do Código Penal, **em razão da reincidência do apelante** (fls. 150/151), **inviável a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, por não se mostrar socialmente recomendável, tratando-se de agente reincidente em crime contra o patrimônio (furto, além de corrupção de menores).**
>
> Relativamente ao regime prisional imponível à espécie, correta a adoção da modalidade inicial intermediária, **tendo em vista o quantum de pena aplicado, a comprovada reincidência do agente (fls. 150/151) e em consonância com o artigo 33, § 3º, do Código Penal.** (Grifei)

Sobre o assunto, rememoro que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 33523CA2-5F62-482F-A0D5-03C07A7B4C91

do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que o que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Confiram-se:

> HABEAS CORPUS. WRIT *SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...].
>
> ***4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.***
>
> *5.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria* (HC 222.445/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016, grifei).

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO* WRIT. *CRIMES DE ROUBO MAJORADOS. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA DO CONCURSO FORMAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. CONSUMAÇÃO DO DELITO.* [...]. *IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PRESENÇA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> [...].
>
> ***5. Justifica-se a imposição do regime prisional mais gravoso, ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal ao réu primário, quando presentes fundamentos que desbordam da gravidade abstrata, e das circunstâncias comuns à espécie, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta praticada. Precedentes.***
>
> *6.* Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente RENE para 6 anos, 2 meses e 20 dias, de reclusão, e 15 dias-multa* (HC 209.582/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 33523CA2-5F62-482F-A0D5-03C07A7B4C91

03/12/2015, grifei).

Na espécie, as instâncias ordinárias fixaram o regime prisional semiaberto levando em conta o fato de ser o ora paciente reincidente, fundamento que entendo ser suficiente para justificar a fixação do regime semiaberto, pois, conforme se verifica das decisões proferidas, as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis de modo que a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que, consoante a Súmula n. 269 desta Corte, justifica, uma vez reconhecida a reincidência, o estabelecimento do regime intermediário, a saber:

> *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".*

Sob tal perspectiva, considerando o *quantum* da condenação (1 ano e 2 meses de reclusão) e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, é correta a aplicação do regime semiaberto, conforme o disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

No tocante à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, esta Corte Superior entende que *"a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos, não reincidente e cuja culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente"* (HC n. 353.206/RS, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016).

Verifica-se, portanto, que o indeferimento da substituição da pena foi devidamente justificado pelas instâncias de origem que entenderam não ser recomendável, no caso, a referida permuta em razão da reincidência do paciente.

Nesse mesmo sentido:

> *HABEAS CORPUS. SUCEDÂNEO DO RECURSO ADEQUADO. INADMISSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE PATRIMÔNIO DA UNIÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 33523CA2-5F62-482F-A0D5-03C07A7B4C91

IMPOSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE ERRO NA DOSIMETRIA. SUPRESSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ILEGALIDADE. DEFICIÊNCIA NA INSTRUÇÃO DOS AUTOS. AMPLA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Questão relativa à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos já foi analisada e indeferida nos autos do REsp n. 1.525.276/RS, em consonância com o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, no sentido de que, ***tratando-se de réu reincidente, não estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.***

3. Inviável a análise da alegação de que houve utilização indevida de julgado como agravante da reincidência. Questão não enfrentada na origem, vedada a supressão de instância, além de não ter sido comprovada, de plano, no presente writ, ausentes os documentos essenciais e comprobatórios. Manifesta a deficiência na instrução dos autos, sendo vedada a ampla dilação probatória em habeas corpus.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 352.111/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016, grifei)

À vista de tais pressupostos, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 33523CA2-5F62-482F-A0D5-03C07A7B4C91