HABEAS CORPUS Nº 541.989 - SP (2019/0321070-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	MARIANA ZAKIA CAVALCANTI - SP236436 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ADILSON DE OLIVEIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDENTE. REGIME FECHADO. CABIMENTO. PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ADILSON DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0034956-69.2015.8.26.0114.

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado como incurso no art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, porque, no dia 28/10/2015, subtraiu para si, mediante escalada, "*uma britadeira da marca* 'Makita', *duas serras elétricas das marcas* 'Makita' *e* 'Bosch', *bem como o* 'rabicho de um vibrador' *de concreto, pertencentes ao proprietário do imóvel*" (fl. 33).

Em 26/06/2017, o Ministério Público ofereceu ao Acusado proposta de suspensão condicional do processo, que foi aceita, sendo suspenso o andamento do feito nos termos do art. 89 da Lei n.º 9.099/1995.

Entretanto, em virtude do não cumprimento da condição imposta, o benefício foi revogado em 26/06/2017 e, em 23/04/2018, o Paciente foi condenado às penas de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 (doze) dias-multa, sendo-lhe permitido apelar em liberdade.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação Criminal, que foi desprovida pela

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: FCE3131B-B2E9-4385-A900-C43A15B0FA4A

Corte de origem.

Nas razões deste *writ*, a Impetrante alega, em síntese, que, "*em razão da **quantidade** de pena aplicada ao paciente, qual seja 02 anos e 08 meses de reclusão, ainda que reincidente, ele faz jus à obtenção de regime **SEMIABERTO** para início de cumprimento de pena, à luz do que dispõe a **súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça***" (fl. 7).

Requer, em liminar e no mérito (fl. 8), seja cassado "*o acórdão paulista no que tange ao capítulo impugnado, para o fim de que lhe seja concedido o regime semiaberto para cumprimento da reprimenda, com a consequente progressão do regime para o aberto, expedindo-se, por consequência, com urgência, o alvará de soltura clausulado, visto que se encontra preso há mais de dois anos e sete meses*".

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 48-50.

As informações da Autoridade Impetrada foram prestadas às fls. 57-93.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 95-98, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório. Decido.

O Juízo sentenciante estabeleceu o regime fechado para o inicial cumprimento da pena mediante os fundamentos a seguir transcritos (fl. 39):

> "*Reincidente e portador de maus antecedentes, deverá o réu iniciar o cumprimento da pena no regime fechado (artigo 33, §2º, letra* 'c'*, c.c. o § 3°, deste mesmo artigo do Código Penal.*"

A Corte estadual, por sua vez, manteve o regime inicial mais gravoso, consignando, *in verbis* (fls. 44-45):

> "*As circunstâncias judicias do CP, art. 59, que ensejaram aumento na primeira fase da dosimetria, bem como a recidiva, corretamente impediram a concessão do privilégio e das benesses do CP, art. 44, até porque não seriam socialmente recomendáveis, pois useiro e vezeiro na prática de delitos patrimoniais, o que, igualmente recomendou a fixação do regime inicial fechado, em nítida exceção à Súmula/STJ, nº 269 (inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização ou violação às Súmulas/STF, nºs 718 e 719 e STJ, nº 440).*
>
> *No tocante à detração penal, impossível qualquer apreciação do sobredito instituto neste âmbito recursal, sob pena de supressão da instância, ofensa ao duplo grau de jurisdição e ao princípio do juiz natural, pois, a despeito de, em tese, já ter cumprido o requisito objetivo*

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: FCE3131B-B2E9-4385-A900-C43A15B0FA4A

(permaneceu preso de outubro de 2015 a julho de 2016 – quando foi expedido alvará de soltura), inexistem elementos concretos à apreciação do subjetivo, também necessário para qualquer deliberação sobre modalidade prisional menos rigorosa – LEP, art. 112."

Segundo o entendimento desta Corte, mesmo com a pena fixada em patamar inferior a quatro anos de reclusão, tratando-se de Réu reincidente e presente circunstância judicial que justifica validamente a majoração da pena-base (no caso, maus antecedentes), mostra-se cabível a fixação do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, §§ 2.º e 3.º, e 59 do Código Penal.

A propósito:

"*PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM* HABEAS CORPUS. *PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.*

1. Nos moldes do reconhecido pela Corte de origem, o ora agravante ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos sob apuração, o que implicou aumento da pena-base pelos maus antecedentes, assim como a exasperação da reprimenda, na segunda fase, pela reincidência. Para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do writ.

2. Quanto ao meio prisional de desconto reprimenda, ***tratando-se de réu reincidente e que ostenta maus antecedentes, deve ser mantido o regime prisional fechado, conquanto tenha sido definida reprimenda em patamar inferior a 4 anos de reclusão***.

3. O art. 44 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, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, em razão das circunstâncias concretas da conduta, sem que possa inferir bis in idem ou arbitrariedade em tal conclusão.*

4. Agravo desprovido." (AgRg no HC 474.984/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019; sem grifos no original.)

"*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO.*

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: FCE3131B-B2E9-4385-A900-C43A15B0FA4A

RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais é que há a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao reincidente com pena inferior a 4 (quatro) anos (Súmula n. 269/STJ).

4. Neste caso, não obstante a pena aplicada seja inferior a quatro anos, a presença de circunstância judicial desfavorável – maus antecedentes – impede o abrandamento do regime inicial, em face da inaplicabilidade do enunciado sumular mencionado.

5. Agravo regimental não provido." (AgInt no AREsp 1.082.097/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 18/10/2018.)

Por fim, quanto ao pedido de progressão ao regime semiaberto, observa-se que a matéria não foi examinada pelo Tribunal de origem, de modo que a análise originária do tema por esta Corte configuraria indevida supressão de instância.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE da impetração e, nessa extensão, DENEGO a ordem.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora

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: FCE3131B-B2E9-4385-A900-C43A15B0FA4A