

HABEAS CORPUS Nº 567.277 - SC (2020/0070038-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RENATA MOURA TUPINAMBÁ - RJ196895
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ANDERSON RODRIGUES MACHADO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ANDERSON RODRIGUES MACHADO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 155, § 1º, do Código Penal.

Interposta apelação, o TJSC negou provimento ao recurso da defesa, mantendo a sentença condenatória por seus próprios fundamentos. O aresto restou assim ementado:

“APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO MAJORADO PELO REPOUSO NOTURNO (CP, ART. 155, § 1º) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA MODIFICAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O ABERTO – RÉU CONDENADO À PENA INFERIOR A 04 ANOS – NÃO ACOLHIMENTO – QUANTUM DA PENA QUE SE MOSTRA INSUFICIENTE PARA DETERMINAR A FORMA DE RESGATE DA SANÇÃO CORPORAL – RÉU MULTIRREINCIDENTE ESPECÍFICO – REGIME ABERTO QUE SE OLVIDA DOS OBJETIVOS DA PENA E DO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO – SÚMULA N. 269 DO STJ INAPLICÁVEL – SENTENÇA MANTIDA.

Ainda que se observe ao enunciado sumular n. 269 do STJ, não se pode ignorar a multirreincidência específica do acusado ao ponderar sobre o início prisional de resgate da reprimenda, em conformidade ao princípio da individualização da pena, bem como aos objetivos da sanção corporal, dentre eles a ressocialização do apenado e a retribuição da pena.

RECURSO DESPROVIDO.” (e-STJ, fl. 140).

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que, tendo a pena-base do paciente sido imposta no mínimo legal, deve-lhe ser fixado o regime prisional semiaberto para o cumprimento da reprimenda, em atendimento ao disposto nas Súmulas 269 e 440/STJ, tendo em vista a quantidade da pena imposta e a reincidência do paciente.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja fixado o regime semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos do acórdão da apelação:

"[...] Compulsando a dosimetria aplicada na origem, colhe-se que não foram valoradas circunstâncias negativas na primeira fase da pena ao réu, vindo somente a sofrer acréscimos em decorrência de sua reincidência – a qual foi compensada com a confissão espontânea – e da majorante de repouso noturno.

Por mais que compensada na segunda fase, a sanção corporal não pode ignorar essa condição expressamente prevista no art. 61, I, do CP, em atenção aos princípios da isonomia e da individualização da pena, constitucionalmente garantidos, pois representa a maior reprovabilidade da conduta do réu ao ponto de afastar sua pretensão voltada para a fixação do regime prisional aberto para o resgate da pena privativa de liberdade.

Isso porque, ainda que se observe ao enunciado sumular n. 269 do STJ, o qual nos conduz 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", a multirreincidência do acusado considerada na sentença – autos n. 00008360-30.2012.8.24.0075 (fl. 144, por crime de desobediência), n. 0000501-84.2017.8.24.0075 (fl. 145, por furto qualificado) e n. 0000049-40.2018.8.24.0075 (fl. 151, por furto qualificado), as quais as últimas ainda denotam a habitualidade em crimes contra o patrimônio do réu, constitui motivação idônea para ensejar o afastar do regime mais brando e decretar o mais gravoso.

Assim, em atenção aos objetivos da sanção corporal, dentre eles a ressocialização do apenado e a retribuição da pena, não se vê impropriedade técnica do julgador de origem em decretar o regime mais gravoso, porquanto não se pode considerar o ora acusado como um mero reincidente previsto na Súmula, sua recorrência, além de específica, é reiterada." (e-STJ, fls. 142-143).

De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Outrossim, consoante o disposto na 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".

Na hipótese, malgrado o réu seja reincidente, o Juízo sentenciante considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sem que tenha sido declinado fundamento concreto a justificar a fixação do regime prisional fechado. Assim, considerando que a reprimenda imposta não supera os 4 anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal.

A seguir, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO SIMPLES (ARTIGO 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE APENAS NA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA 269/STJ. MODO SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Fixada a reprimenda em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e observada a favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se cabível a mitigação do regime inicial para o semiaberto, nos termos da Súmula 269/STJ.

2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto." (HC 383.680/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017, grifou-se)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO UTILIZADA COMO ELEMENTO PARA A CONDENAÇÃO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PACIENTE REINCIDENTE, COM PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. REGIME SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua

admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial (AgRg no REsp 1412043, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

- Pela leitura da sentença, confirmada pelo Tribunal de origem, constata-se que a confissão foi utilizada expressamente como elemento probatório para a condenação do paciente. Além disso, o fato de a confissão, ter sido parcial não afasta a atenuante em questão, motivo pelo qual configurado está o constrangimento ilegal.

- Com o reconhecimento da atenuante da confissão, de rigor sua compensação com a agravante da reincidência, nos termos do decidido no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), segundo o qual é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

- **Não obstante as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao paciente, que foi condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência em crime doloso constitui fundamento suficiente para o estabelecimento do regime inicial semiaberto e negativa de substituição, na esteira do disposto nos arts. 33, § 2º, alínea b, e 44, inciso II, ambos do Código Penal, e no enunciado da Súmula 269/STJ.**

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente."

(HC 347.245/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/3/2016, DJe 11/3/2016, grifou-se.)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 24 de março de 2020.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator