

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.483.307 - SP (2019/0110581-0)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
AGRAVANTE : ANTONIO MARCOS ANTUNES (PRESO)
ADVOGADOS : HAMILTON NETO FUNCHAL - DEFENSOR PÚBLICO -
MG114541
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006). MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. CONDUTA PRATICADA DURANTE O REPOUSO NOTURNO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME INICIAL: SEMIABERTO. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por ANTONIO MARCOS ANTUNES contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu recurso especial fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal na Apelação n.º 0010115-21.2016.8.26.0196.

Consta nos autos que o Juízo de primeiro grau, com fulcro no inciso VII do art. 386, do Código de Processo Penal, absolveu o Agravante quanto ao delito previsto no art. 155, §§ 1.º e 4.º, inciso I, do Código Penal (fls. 181-183).

Irresignada, a Acusação interpôs apelação, à qual a corte de origem deu provimento para condenar o Réu às penas de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, no mínimo legal, nos termos da seguinte ementa (fl. 258):

"PENAL. APELAÇÃO. FURTOS QUALIFICADOS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Pretendida a condenação do réu nos termos da denúncia. Cabimento. Restou demonstrada a realização do crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e durante o repouso noturno,

conforme depoimento de testemunhas e palavra da vítima, contra quem nada foi apresentado. Ainda, o réu contava com várias ferramentas, que possibilitaram adentrar no local mediante rompimento de obstáculo (fez um buraco na cerca de proteção) e pôde subtrair os fios de cobre.

Provimento."

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, além da existência de dissídio pretoriano, contrariedade aos arts. 28 da Lei n.º 11.343/2006 e ao art. 155, §§ 1.º e 4.º, inciso I, do Código Penal.

Pondera que condenação anterior com fundamento no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 não pode ser considerada para a exasperação da pena-base com esteio na valoração negativa dos antecedentes do Acusado.

Alega que é incompatível com o furto qualificado a incidência da majorante atinente à prática do citado delito durante o repouso noturno.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 310-321). O recurso especial não foi admitido (fl. 324). Foi interposto agravo (fls. 331-336).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo conhecimento do agravo e desprovimento do apelo nobre (fls. 358-362).

É o relatório. Decido.

No que diz respeito à pena-base, o aresto atacado possui a seguinte fundamentação (fls. 268-269; sem grifos no original):

"Pena deve partir da base (02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa) e, na presença de 03 (três) reincidências (fls. 98, 151 e 152), uma será considerada como mau antecedentes (fls. 151 – processo nº 0025011-84.2007.8.26.0196 – fato ocorreu 08/08/2007, condenado pelo art. 28 da Lei 11.343/06 à pena de advertência, com trânsito em julgado para o réu em 14/12/2009). E em assim sendo, acresço a base em 1/6, o que resulta em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, para a primeira fase."

Com efeito, no RE n.º 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal afirmou a natureza criminal da conduta de posse de drogas para uso próprio. No entanto, há, na Suprema Corte, discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, tendo sido reconhecida a Repercussão Geral do tema versado no RE n.º 635.659, para decidir sobre a tipicidade da conduta.

Ademais, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o

condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio não deve gerar tal efeito – sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade –, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo".

Nesse sentido, cito precedentes recentes da Quinta e Sexta Turmas:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. NEGADO PROVIMENTO.

1. Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada. Em outras palavras, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio poderia configurar, em tese, reincidência.

2. Contudo, as condenações anteriores por contravenções penais não são aptas a gerar reincidência, tendo em vista o que dispõe o art. 63 do Código Penal, que apenas se refere a crimes anteriores. E, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não geram reincidência, mostra-se desproporcional o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 configurar reincidência, tendo em vista que nem é punível com pena privativa de liberdade.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EDcl no REsp 1.774.124/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019.)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Consoante o posicionamento firmado pela Suprema Corte, na questão de ordem no RE n. 430.105/RJ, a conduta de porte de substância entorpecente para consumo próprio, prevista no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, foi apenas despenalizada pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizada, vale dizer, não houve abolitio criminis. Desse modo, tratando-se de conduta que caracteriza ilícito penal, a condenação anterior pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio pode configurar a reincidência e também macular os antecedentes do acusado.

III - De outro lado, a Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.672.654/SP, consignou que se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo'.

IV - Na hipótese, considerando a reincidência genérica do paciente, referente à condenação pelo delito do artigo 28 da Lei de Drogas, o qual sequer é punido com pena privativa de liberdade, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento da pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

V - Preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo a quo." (HC 478.757/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019.)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (art. 28 da lei n.º 11.343/2006). REINCIDÊNCIA NÃO CONFIGURADA. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. No RE n.º 430.105/RJ, o Supremo Tribunal Federal consignou a natureza criminal da conduta tipificada no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. No entanto, se contravenções penais, puníveis com prisão

simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade, não deve gerar tal efeito, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção desta Corte Superior.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) autoriza o agravamento do regime prisional, nos termos do art. 33, § 3.º, c.c. art. 59 do Código Penal.

3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para o fim de reduzir a pena privativa de liberdade para 3 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto." (HC 469.705/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 01/02/2019.)

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. CARACTERIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE.

1. À luz do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na questão de ordem no RE nº 430.105/RJ, julgado em 13/02/2007, de que o porte de droga para consumo próprio, previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, foi apenas despenalizado pela nova Lei de Drogas, mas não descriminalizado, esta Corte Superior vem decidindo que a condenação anterior pelo crime de porte de droga para uso próprio configura reincidência, o que impõe a aplicação da agravante genérica do artigo 61, inciso I, do Código Penal e o afastamento da aplicação da causa especial de diminuição de pena do parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

2. Todavia, se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que conquanto seja crime, é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas', 'prestação de serviços à comunidade' e 'medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo', mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas.

3. Há de se considerar, ainda, que a própria constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, que está cercado de acirrados debates acerca da legitimidade da tutela do direito penal em contraposição às garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal, que admitiu Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 635.659 para decidir sobre a tipicidade do porte de droga para consumo pessoal.

4. E, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência.

5. *Recurso improvido.*" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018.)

E, se a condenação não se presta para configurar reincidência, também não pode, pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável.

Nesse entendimento:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA SOB OS MESMOS FUNDAMENTOS. NÃO PREJUDICIALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA E CONDENAÇÕES PELO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. APELO EM LIBERDADE DEFERIDO MEDIANTE A IMPOSIÇÃO DE OUTRAS CAUTELARES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. CONDENAÇÕES ANTERIORES PELO DELITO DE PORTE DE DROGA PARA USO PRÓPRIO. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

3. Segundo recente entendimento deste Tribunal Superior, as condenações anteriores pelo delito de posse de droga para uso próprio não servem para configurar reincidência ou antecedentes criminais. Sendo este o único argumento utilizado para agravar a situação do paciente, impõe-se a readequação da sanção inicial ao mínimo legal e o reconhecimento do tráfico privilegiado.

[...]

6. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no HC 539.720/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

ANTECEDENTES DESFAVORÁVEIS. POSSE DE ENTORPECENTE. DECURSO DE LARGO LAPSO TEMPORAL. DESCONSIDERAÇÃO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. *Ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior posicionaram-se no sentido de que a avaliação dos antecedentes deve ser feita com observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em consideração o número de condenações anteriores, a gravidade do fato pretérito e o lapso temporal transcorrido desde a prática criminosa.*

4. *Ademais, a atual jurisprudência deste Tribunal Superior está firmada no sentido de que, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio, punível com medidas muito mais brandas, não deve gerar tal efeito. Nesse passo, se a condenação não se presta para configurar reincidência, também não pode, pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável.*

5. *Dessa forma, adequado o decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o lapso temporal transcorrido entre o cometimento dos crimes e a data da prática do delito de tráfico de drogas em comento.*

6. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no HC 520.646/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/10/2019, DJe 21/10/2019.)

No tocante à incidência da majorante do repouso noturno, o acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fl. 269; sem grifos no original):

"[...] Após, pela presença da causa de aumento do repouso noturno (§1º, do artigo 155 do Código Penal), aumento a pena em 1/3, o que perfaz 03 (três) anos, 08 (oito) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, no patamar mínimo [...]"

Como se vê, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem está em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a causa de aumento de pena prevista no § 1.º do art. 155 do Código Penal, relativa à prática de furto durante o repouso noturno, incide na forma simples e na qualificada do delito.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. REPOUSO NOTURNO. FURTO QUALIFICADO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 155, § 2º, do CP, constatada a reincidência do réu, mostra-se descabido o reconhecimento do furto privilegiado, bem como a consequente redução de pena dele decorrente. *Precedentes.*

2. Segundo jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, **a causa de aumento de pena referente ao repouso noturno pode incidir tanto no furto simples quanto no qualificado, inexistindo incompatibilidade entre os institutos.** *Precedentes.*

3. *Recurso parcialmente provido.*" (REsp 1.724.648/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018; sem grifos no original.)

"PENAL. FURTO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO NO CASO DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. MATÉRIA DE DIREITO. SÚMULA N. 7/STJ. INAPLICABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA. FURTO PRATICADO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. MAJORANTE DO REPOUSO NOTURNO. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

1. A discussão travada nos autos diz respeito à matéria de direito (compatibilidade da incidência da causa de aumento da pena – repouso noturno – nos casos de furto qualificado), não havendo necessidade de nova incursão no acervo fático-probatório para julgamento do caso. *Inaplicável o óbice da Súmula n. 7/STJ.*

2. A decisão agravada que deu provimento ao recurso especial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais adotou tese prequestionada na origem, motivo pelo qual não há que se falar em supressão de instância.

3. Segundo o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, **a majorante do período noturno pode incidir nas hipóteses de furto qualificado.**

4. A majorante do § 1º do art. 155 do Código Penal deve ser reconhecida mesmo nas hipóteses de furto praticado em estabelecimento comercial, tendo em vista a maior vulnerabilidade do patrimônio no período de repouso noturno. *Precedentes.*

5. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no REsp 1.724.452/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018; sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo a redimensionar a pena do Agravante.

1.^a Fase – Afastado desvalor atribuído aos

antecedentes do Réu, a pena-base é reduzida ao mínimo legal, isto é, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa;

2.^a Fase – Conforme estabelecido no acórdão recorrido, as reincidências reconhecidas elevaram em 1/5 (um quinto) as sanções intermediárias, as quais alcançam 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa; e

3.^a Fase – De acordo com o delineado no aresto atacado, não há causas de redução de pena a considerar, mas foi consignada a atinente à prática do delito durante o repouso noturno, à razão de 1/3 (um terço). Assim, as penas são estabelecidas em **3 (três) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, no mínimo legal.**

No que concerne ao regime prisional, o Tribunal de origem assim se pronunciou (fl. 270; sem grifos no original):

*"Ainda, pelos mesmos motivos (reincidência e maus antecedentes), impossível a fixação de regime aberto, devendo, no caso, iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, com vistas ao montante de 0 d pena estabelecido e com base no artigo 33, §3º, do Código Penal, que propiciará melhor fiscalização por parte do Estado, de seu comportamento, **ressaltando não ser possível aplicação, no caso, da Súmula 269 do C. Superior Tribunal de Justiça, pelos 'maus antecedentes' e pela reincidência específica.**"*

Com efeito, como corolário do afastamento do desvalor atribuído à única circunstância judicial – antecedentes –, a existência de reincidência não afasta a possibilidade de fixação do regime semiaberto.

Com efeito, na hipótese, embora o *quantum* final da reprimenda imposta ao Agravante seja inferior a 4 (quatro) anos e a pena-base tenha sido estabelecida no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais negativas (conforme consignado nesta decisão), a manutenção do regime inicial fechado tão somente em razão da reincidência específica ofenderia a orientação contida na Súmula n.º 269 do STJ.

A esse respeito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. RÉ REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA

INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. No caso dos autos, ainda que a paciente seja reincidente específica, as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, com pena-base fixada no mínimo legal, e a pena total inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sendo possível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no enunciado n. 269 da Súmula do STJ, segundo o qual 'é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.'

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto." (HC 368.697/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 07/04/2017.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCENTE ESPECÍFICO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269 DO STJ. REGIME SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Ao réu reincidente específico é possível a aplicação da Súmula n. 269 do STJ, diante da quantidade de pena estabelecida (no caso, 2 anos de reclusão), se favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 354.544/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016.)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial, a fim de, afastando o desvalor atribuído aos antecedentes do Agravante, redimensionar as reprimendas aos patamares de **3 (três) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e**

Superior Tribunal de Justiça

pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, no mínimo legal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora