



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 134.659 - SP (2009/0076428-2)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : PAULO ROBERTO CALDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDEMIRO PERISE

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO. FORMA TENTADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE EXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Para reconhecer que o furto deu-se na sua forma tentada e não consumada, necessário o revolvimento de todo o elenco de fatos e provas coletados no curso da persecução criminal, providência incabível na via restrita do *habeas corpus*.

DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. BENEFÍCIO NEGADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NEGATIVIDADE. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Encontrando-se a negativa de substituição da pena fulcrada na existência de circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis e na reincidência do réu, no mesmo tipo de delito ora examinado, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para o deferimento do benefício.

EXECUÇÃO. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE. REINCIDÊNCIA. IMPOSIÇÃO DO MODO INTERMEDIÁRIO JUSTIFICADO. ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL AUSENTE.

1. Embora condenado o paciente à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o modo de encarceramento imposto está conforme a sistemática do art. 33, § 3º, do Código Penal, pois o réu é reincidente na prática do mesmo tipo de crime *sub examine* e as circunstâncias judiciais foram apontadas como desfavoráveis.

2. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Felix



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fischer, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2010. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.659 - SP (2009/0076428-2)

IMPETRANTE : PAULO ROBERTO CALDO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDEMIRO PERISE

RELATÓRIO

O SR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, negando provimento ao recurso de apelação interposto em favor de CLAUDEMIRO PERISE, manteve a sentença pela qual foi condenado à pena de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e multa, imposta pela prática do crime de furto simples, determinando, ainda, a expedição de mandado de prisão em seu desfavor.

Sustenta o impetrante que o constrangimento ilegal suportado pelo paciente reside na determinação do Tribunal de origem para a expedição de mandado de prisão em seu desfavor, sem que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Alega que o paciente permaneceu em liberdade durante todo o trâmite processual, razão pela qual o magistrado singular lhe deferiu o direito de aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade.

Defende que a reprimenda teria sido desproporcional com relação ao fato praticado pelo paciente, aduzindo que o furto não teria se consumado, razão pela qual faria jus à conversão da pena em restritiva de direitos e ao regime aberto.

Requer a concessão da ordem mandamental a fim de que se proceda ao reconhecimento da tentativa ou à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a alteração do regime inicial do semiaberto para o aberto.

O pedido liminar foi indeferido.

Informações prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento parcial da impetração e, na parte conhecida, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.659 - SP (2009/0076428-2)

VOTO

O SR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se no *writ* o reconhecimento da modalidade tentada do crime de furto, com fulcro na alegação de que o crime não se consumou e a vítima não suportou nenhum prejuízo. Caso assim não se entenda, pretende abrandar o regime inicial do semiaberto para o aberto, ao argumento de que o mais gravoso mostra-se desproporcional ao fato praticado, o qual, inclusive, aponta a adequação da substituição da reprimenda imposta por restritiva de direitos, nos termos do que dispõe o art. 44 do Código Penal.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, CP, porque, segundo a sentença proferida pela Quarta Vara Criminal da comarca de Ribeirão Preto, *"subtraiu para si três facas marca Mundial, modelo Hércules, avaliadas no valor total de R\$ 34,02, pertencentes ao estabelecimento Comercial Francoi Ltda. Segundo se apurou, o acusado compareceu no aludido estabelecimento comercial, ocasião em que, aproveitando-se da distração dos funcionários, se apoderou dos bens acima mencionados e empreendeu fuga. Acionada a polícia, após diligências Claudemiro foi localizado na posse da 'res', certo que ao ser indagado admitiu a prática delitiva"* (fls. 17).

Irresignada a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido negado provimento ao recurso, mantendo-se o édito condenatório, em sua integralidade.

No que se refere à conclusão de que estaria caracterizada, na espécie, a prática de furto na sua modalidade consumada, e não tentada, colhe-se do acórdão objurgado o seguinte fundamento:

Frente o panorama, a condenação do réu era mesmo de rigor.

Obteve o réu a posse desincomodada dos bens. Mesmo que a situação tenha perdurado por pouco tempo, o crime não permanece apenas na esfera da tentativa. Pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pertinência, os seguintes arestos:

[...]

Consuma-se o crime de furto se a apreensão da res decorre de diligência policial bem sucedida, tendo o acusado, ainda que por pequeno espaço de tempo, a posse mansa e pacífica do objeto. (fls. 27-28)

Para se chegar à solução diversa, desclassificando o crime para furto tentado, a pretexto da não consumação do crime pelo agente e da falta de prejuízo da vítima, como pretendido, necessário se mostra o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, o que, consoante reiteradas decisões desta Corte Superior, é vedado na via estreita do remédio constitucional.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. FURTO. RECONHECIMENTO DE CRIME TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA.

*1. Nas instâncias ordinárias foi assentada a consumação do crime de furto, consignando-se que a **res furtiva** foi retirada da esfera de vigilância da vítima, ainda que momentaneamente.*

2. Entendimento contrário ao adotado demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, incabível em sede de habeas corpus. Precedente.

3. Ordem denegada.

(HC 141.254/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 18/12/2009)

Nesse ponto, bem observou o *Parquet Federal*, "*Ora, vê-se que o paciente obteve a posse da **res furtiva**, caracterizando, assim, a prática do delito de furto consumado. Para entendimento diverso seria necessário o exame probatório, o que inviável na via eleita*" (fls. 62).

Assim, não há o que se falar em constrangimento ilegal decorrente do reconhecimento da forma consumada na espécie, merecendo ser mantido o posicionamento adotado nas instâncias ordinárias.

No que pertine à substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, dita o art. 44, III, do Código Penal, que a pena privativa de liberdade **poderá** ser convertida em restritivas de direito somente quando "*a culpabilidade, os antecedentes, a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

Neste dispositivo, infere-se que o legislador optou por deixar ao arbítrio do julgador, dentro de seu prudente critério, a deliberação sobre a possibilidade ou não de se converter a reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, tendo como base as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal.

No caso dos autos, como visto, tem-se que as razões expendidas pelo sentenciante, e confirmadas pelo Tribunal impetrado, para manter a negativa de substituição da reprimenda por penas alternativas mostram-se suficientes.

Com efeito, da leitura da sentença, constata-se que o togado singular consignou que, diante dos maus antecedentes e da reincidência do paciente em idêntico delito ao *sub examine*, não estariam preenchidos os requisitos dispostos nos incisos II e III do art. 44 do CP, não se mostrando socialmente recomendável a substituição da sanção reclusiva por restritivas de direitos, entendimento que foi sufragado pela Corte originária, que assim consignou: *"A extensa folha de antecedentes e inúmeras certidões criminais (vide apenso) revelam o perfil criminoso do apelante e reincidência. Sem perder de vista tais aspectos negativos da personalidade do réu, a ilustre juíza sentenciante justificou, com espeque nas disposições legais atinentes à matéria, os acréscimos promovidos na pena-base, a negativa de outorga de benesses, bem como a opção pelo regime mais gravoso."* (fl. 28).

Nesse contexto, encontrando-se a negativa de substituição fulcrada na reincidência e nos diversos registros criminais do paciente, inviável acoimar de flagrantemente ilegal a decisão que entendeu não preenchidos os requisitos subjetivos exigidos pelo art. 44 do Código Penal para a concessão da benesse no caso concreto.

Por fim, no tocante ao regime de cumprimento da reprimenda, da análise do contexto da lide, verifica-se que o modo semiaberto foi adequadamente firmado ao paciente, pois, não obstante a pena ter sido dosada em patamar inferior a 4 (quatro) anos, a existência de condenações anteriores por crimes dolosos - art. 157, § 2º, I e II, e art. 155, § 4º, do CP (por nove vezes), ambos do CP (fls. 36-45) e art. 16 da Lei n. 6.368/76 (fl. 37) - e a presença de circunstâncias judiciais negativas demonstram o acerto do regime adotado, uma vez que a remansosa jurisprudência deste Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto, especialmente o contido no art. 59 do CP.

A propósito, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO POR DIRIGIR ALCOOLIZADO EM VIA PÚBLICA (ART. 306 DO CTB). PENA APLICADA: 7 MESES DE DETENÇÃO, EM REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. RECONHECIMENTO. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS DO PACIENTE. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. INADMISSIBILIDADE. EXEGESE DOS ARTS. 33, § 2o., III E 44, II, AMBOS DO CPB. ORDEM DENEGADA.

1. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no reconhecimento da reincidência específica do paciente, porquanto devidamente demonstrada por intermédio de folha de antecedentes criminais expedida pelo Instituto de Identificação do Estado do Mato Grosso do Sul, documento que, consoante precedentes desta Corte, possui valor probante para o reconhecimento da agravante.

2. O regime semi-aberto estabelecido na sentença, não obstante a pena não tenha ultrapassado 4 anos, justifica-se, uma vez que o réu é reincidente específico.

3. A reincidência em delitos da mesma espécie exclui a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à luz do disposto no parágrafo 3º, in fine, do artigo 44 do Código Penal. (HC 51.676/RS, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 04.08.08).

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada. (HC 94.412/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 20/10/2008)

Portanto, embora condenado o paciente à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão (**1 ano, 4 meses e 10 dias**), o modo de encarceramento imposto está conforme a sistemática do art. 33, § 3º, do Código Penal, pois as circunstâncias judiciais foram apontadas como desfavoráveis, não se podendo olvidar a reiteração criminosa do paciente, fatores que bem demonstram o acerto na escolha do regime semiaberto para a execução da reprimenda.

O regime aberto seria o adequado, mesmo em se tratando de réu reincidente, apenas se as circunstâncias judiciais houvessem se mostrado favoráveis.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante de todo o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0076428-2

HC 134.659 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11650713 7502006 993071115452

EM MESA

JULGADO: 05/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO ROBERTO CALDO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLAUDEMIRO PERISE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de agosto de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário