



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.107 - SP (2018/0033783-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER DA SILVA ABAD
PACIENTE : TIAGO RAMOS NERIS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. TRÊS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA N. 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARGUMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL – CP. *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 próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Cumpre salientar que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

No caso dos autos, considerando o mínimo e o máximo da pena do delito de furto qualificado, de 2 a 8 anos de reclusão, e levando-se em conta os maus antecedentes do réu, decorrentes de três condenações transitadas em julgado, justificam a exasperação em 1/4, mostrando-se razoável majorá-la em 6 meses. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que *"a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação"* (HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2016).

4. As penas-base foram fixadas acima do mínimo legal, tendo em vista a valoração negativa dos antecedentes de ambos os agentes. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, uma vez que os pacientes tiveram as penas-base fixadas acima do mínimo legal em razão da valoração negativa dos antecedentes, o que justifica a vedação à substituição da pena, tendo em vista a ausência dos requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente TIAGO RAMOS NERIS para 2 anos de reclusão e 9 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, para redimensionar a pena do paciente TIAGO RAMOS NERIS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 04 de abril de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.107 - SP (2018/0033783-5)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WAGNER DA SILVA ABAD
PACIENTE : TIAGO RAMOS NERIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de WAGNER DA SILVA ABAD e TIAGO RAMOS NERIS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0001427-02.2016.8.26.0348.

Consta dos autos que Tiago Ramos Neris foi condenado à pena de 02 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 11 dias-multa, no piso mínimo, como incurso no artigo 155, § 4º, inciso II, do Código Penal – CP (furto qualificado), enquanto Wagner da Silva Abad foi absolvido da imputação por infração ao artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Estatuto Repressivo, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal – CPP.

Irresignados, a defesa e Ministério Público Estadual apelaram, tendo o Tribunal de origem 1) dado provimento ao recurso ministerial, para condenar o réu Wagner da Silva Abad à pena de 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 12 dias-multa, no piso mínimo, como incurso no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal – CP; e 2) dado parcial provimento ao recurso do réu Tiago Ramos Neris, para estabelecer o regime inicial semiaberto, ficando ele incurso no artigo 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal, mantida, no mais, a sentença monocrática. Determinou-se a expedição dos mandados de prisão (fls. 18/30).

No presente *mandamus*, aduz a impetrante que a pena-base do paciente WAGNER foi exasperada em 1/4 em razão dos seus maus antecedentes, o que não é proporcional sendo justa a redução para a fração de 1/6 acima do mínimo legal. Assevera que deixou de considerar erroneamente a confissão do paciente TIAGO na segunda fase da dosimetria da pena, pois teria sido parcial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega que não aplicada a detração prevista no art. 387, §2º, do CPP, apesar de os pacientes terem permanecido presos preventivamente por cerca de 6 meses entre a data dos fatos e a prolação da sentença condenatória, o que autoriza a fixação do regime aberto. Por fim, sustenta que os pacientes têm direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a existência de maus antecedentes não obsta referido benefício.

Requer, assim, a redução da fração de aumento na primeira fase de fixação da pena do paciente WAGNER; o reconhecimento da atenuante da confissão do paciente TIAGO; a fixação do regime inicial aberto para ambos, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 43/44.

As informações devidamente prestadas às fls. 55/102.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício, apenas para reconhecer e aplicar a atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal ao paciente TIAGO RAMOS NERIS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 437.107 - SP (2018/0033783-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida. Porém, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Consoante consignado no relatório, requer a defesa a redução da fração de aumento na primeira fase de fixação da pena do paciente WAGNER; o reconhecimento da atenuante da confissão do paciente TIAGO; a fixação do regime inicial aberto para ambos, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Quanto ao paciente WAGNER, que foi condenado pelo Tribunal de origem pela prática do crime disposto no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal, a dosimetria foi fundamentada pelo Tribunal *a quo* nos seguintes termos:

No que tange ao acusado Wagner, observadas as diretrizes do artigo 59 do CP, em especial seus maus antecedentes, comprovados pela FA de fls. 137/150 (Processos nº 737/2001, da Vara das Execuções Criminais de São Vicente; 179/2001, da 4ª Vara de Praia Grande e 17305/2001, da 3ª Vara Criminal de São Vicente), a básica é fixada em ¼ (um quarto) acima do patamar mínimo, ou seja, em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, e se torna definitiva à míngua de outras causas modificadoras.

Cumpre salientar que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Vê-se que o Tribunal Paulista fixou a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, um aumento de 6 meses, 1/4 acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes do paciente, decorrentes de três condenações transitadas em julgado.

Assim sendo, considerando o mínimo e o máximo da pena do delito de furto qualificado, de 2 a 8 anos de reclusão, e levando-se em conta os maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes do réu, justificam a exasperação em 1/4, mostrando-se razoável majorá-la em 6 meses.

A propósito:

*HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. **FURTO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES.** CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO ATINGIDAS PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO DA PENA-BASE. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE MANTEVE A COMPENSAÇÃO PARCIAL, ANTE A MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

(...).

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Nos termos da jurisprudência desta Corte, as condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

*- **Em decorrência, ao contrário do alegado pela defesa, inexistente constrangimento ilegal na fixação da pena-base em 1/5 acima do piso legal, com lastro em duas condenações pretéritas de mais de cinco anos, pois estas são aptas a configurar maus antecedentes.***

Precedentes.

- No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que 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.

- Contudo, no caso em tela, ressaí dos autos que o paciente possui três condenações definitivas utilizadas na segunda fase da dosimetria, a título de reincidência, circunstância que justifica a preponderância da agravante em tela sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo hipótese de integral compensação, tal como pleiteado no presente writ. Ademais, é proporcional e razoável o agravamento da pena em apenas 1/6 na segunda fase da dosimetria da pena, tal como feito na sentença e mantido pelo acórdão recorrido.

Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido (HC 413.693/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/10/2017).

No que tange ao paciente TIAGO, o recurso de apelação foi provido apenas para estabelecer o regime prisional semiaberto, mantendo-se a pena de 2 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa, também como incurso no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal. A irresignação da defesa diz respeito a não consideração da confissão do paciente na segunda fase da dosimetria.

Conforme consta do acórdão impugnado, entendeu a Corte Estadual que *"a confissão parcial é incapaz de beneficiar o acusado na seara penal. Realmente, não faz jus à atenuante da confissão espontânea aquele que, como o acusado, procura minimizar os reflexos da conduta, alegando em seu favor que o corréu não sabia de sua intenção criminosa"* (fls. 27/28).

O MM. juiz de primeiro grau, ao fundamentar a sentença em relação à autoria do paciente, referiu que *"o acusado Tiago confessou a autoria delitiva, aduzindo que Wagner não sabia do furto. Disse que somente contou a subtração para Wagner após estes saírem do imóvel. Com efeito, diante do conjunto probatório, verifico que a prova é clara em relação a Tiago, que confessou a autoria delitiva"* (fls. 33/34).

Observa-se que a confissão do paciente, embora utilizada para lastrear a convicção dos Magistrados acerca da procedência da acusação, não foi considerada circunstância atenuante por ter sido *parcial*. Entretanto, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que *"a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação"* (HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2016).

Confira-se, a propósito, o teor da Súmula n. 545/STJ:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados, de ambas as Turmas que julgam matéria penal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. SÚM. 182/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO NA DOSIMETRIA DA PENA. **CONFISSÃO DO RÉU QUE EMBASOU A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO. SUM. N. 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. PRESENÇA DE TRÊS MAJORANTES. CRITÉRIO QUANTITATIVO. SÚM. N. 443/STJ. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA QUE SE IMPÕE.**

1. Os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos. Não são suficientes meras alegações genéricas sobre as razões que levaram à inadmissão do agravo ou do recurso especial ou a insistência no mérito da controvérsia. Súm n. 182/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, 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, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retração em juízo (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJE 19/3/2015).

3. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea deve ser ela compensada com a agravante da reincidência, conforme decidido no julgamento do Recurso Especial n. 1341370/MT, admitido como representativo de controvérsia.

4. De acordo com a Súm. n. 443/STJ, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

5. Agravo regimental desprovido. Concessão de habeas corpus de ofício para, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência e alterar para 1/3 o aumento na terceira fase da dosimetria, reduzindo para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, em regime fechado, mais 13 (treze) dias-multa, a pena imposta ao agravante, incurso no art. 157, §2º, incs. I, II e V, c/c o art. 29, ambos do Código Penal (AgRg no REsp 1360791/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 5/10/2016).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. **CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

(...).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação. Súmula n. 545/STJ.

IV - A col. Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência." Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência (HC 337.662/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2016).

No que diz respeito ao regime inicial do cumprimento de pena, fundamentou o Tribunal a quo que, *"diante dos maus antecedentes ostentados por ambos os réus e, por outro lado, não sendo constatada a reincidência deles, fica estabelecido o regime inicial semiaberto, a teor do disposto no artigo 33, § 3º, do Estatuto Repressivo"* (fl. 29).

Assim, no caso dos autos, as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal, tendo em vista a valoração negativa dos antecedentes de ambos os agentes. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. REGIME SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. **No caso, os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal). Tratando-se de réu primário, ao qual foi estabelecida pena inferior a 4 anos de reclusão, e cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto.**

4. Habeas corpus não conhecido (HC 430.674/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 20/3/2018).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

6. **É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (in casu, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.**

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa (HC 362.559/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 12/9/2016).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CRIME CONTINUADO. FRAÇÃO. NÚMERO DE INFRAÇÕES NÃO INDICADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO. REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.

6. Ante a quantidade de pena - não excedente a 4 anos - e o registro de circunstância judicial negativa sopesada na primeira fase da dosimetria - maus antecedentes -, revela-se correta a fixação do regime inicial semiaberto à paciente, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Embora a paciente haja sido condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - maus antecedentes - é elemento que afasta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir para 1/6 a fração de aumento da reprimenda pela continuidade delitiva (HC 349.154/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 28/4/2016).

Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, também não merece reparos o entendimento consignado pelo Tribunal de origem, uma vez que os pacientes tiveram a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, o que justifica a vedação da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a ausência dos requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTELIONATO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DOS MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ANTECEDENTES QUE NÃO FORAM VALORADOS NEGATIVAMENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM APLICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- A pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da análise negativa das circunstâncias judiciais referentes aos motivos, às circunstâncias e às consequências do delito, tendo em vista a ousadia do paciente que, na condição de advogado, ludibriou o próprio Poder Judiciário, praticando conduta grave, ao integrar esquema criminoso consistente em ajuizar ações visando à apropriação indevida das indenizações concedidas pelos magistrados, induzidos em erro após a utilização de documentos falsos para fraudar o recebimento de valores devidos por instituições financeiras às vítimas. Ademais, enfatizaram as instâncias ordinárias que o delito causou dano ao erário público e movimentou toda a máquina judicial, circunstâncias que extrapolam as elementares do próprio tipo.

- **Uma vez estipulada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há constrangimento ilegal na vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a ausência dos requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.**

- Habeas corpus não conhecido (HC 346.871/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 2/5/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA EM CRIME DOLOSO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. **Não se observa a existência de constrangimento ilegal na negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando há reincidência em crime doloso, ainda que não seja específica, e entender a Corte de origem que a medida não se mostra recomendável (art. 44, § 3º, do Código Penal). Precedentes.**

2. *Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no HC 392.118/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 2/3/2018)

Dessa forma, merece reforma tão-somente a segunda fase da dosimetria da pena do paciente Tiago, que ora refeito.

Mantém-se o aumento da primeira fase em 1/6 diante da valoração negativa dos antecedentes do paciente Tiago (uma condenação com trânsito em julgado), ficando a pena em 2 anos e 4 meses de reclusão. Na segunda fase, reconhecida a confissão espontânea, ainda que parcial, incide a referida atenuante, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que diminuo a pena em 1/6, ficando a pena em 2 anos de reclusão. Ante a ausência de causas de aumento ou diminuição de pena, a pena definitiva do acusado Tiago fica mantida em 2 anos de reclusão e pagamento de 9 dias-multa.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, no entanto, concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente TIAGO RAMOS NERIS para 2 anos de reclusão e 9 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0033783-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 437.107 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014270220168260348 14270220168260348 20170000918543

EM MESA

JULGADO: 04/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WAGNER DA SILVA ABAD
PACIENTE	:	TIAGO RAMOS NERIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício para redimensionar a pena do paciente TIAGO RAMOS NERIS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.