



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

Rua Riachuelo, 115, 9º andar, sala 906, São Paulo – SP – CEP 01007-904

Tel: (11) 3119-9689 – Fax: (11) 3119-9677 – email: recursospecial@mpsp.mp.br

OBS: Na jurisprudência citada, sempre que não houver indicação do tribunal, entenda-se que é do Superior Tribunal de Justiça.

Índices
Ementas – ordem alfabética
Ementas – ordem numérica
Índice do “CD”

Tese 536

PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – SUBSTITUIÇÃO –
CONDENADO REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO –
CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS –
DESCABIMENTO. O condenado reincidente em crime doloso, em
relação a quem as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal
foram valoradas negativamente, não faz jus à substituição da pena
privativa de liberdade por restritivas de direitos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

2

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DA
SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, nos autos de **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1501317-90.2019.8.26.0616**, em que figura como apelante **WILLIAN ROBERTO DE JESUS**, vem perante Vossa Excelência, com fundamento no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, art. 255 do RISTJ, art. 1.029, do Código de Processo Civil, interpor **RECURSO ESPECIAL** para o Colendo **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, contra o v. acórdão de fls. 411/421, proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelos motivos adiante aduzidos:

1 – RESUMO DOS AUTOS

O réu Josivan dos Santos Martins foi condenado à pena privativa de liberdade de 02 anos e 09 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, no patamar de piso, e o corréu Willian Roberto de Jesus foi condenado à pena privativa de liberdade de 03 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 dias-multa, no patamar de piso, por terem incorrido no artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, c.c. artigo 29, “caput”, 60, “caput”, e 49, §§ 1º. e 2º., todos do Código Penal (fls. 283/315).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

3

Não conformados, os réus recorreram. Buscou o réu Josivan a aplicação do princípio da insignificância ou a absolvição por fragilidade probatória, invocando a presunção de inocência e destacando a negativa de autoria, a não localização do bem em poder do acusado, a parcialidade das testemunhas ouvidas e a ausência das imagens das câmeras mencionadas na denúncia. Subsidiariamente, requereu o afastamento da qualificadora, o reconhecimento da tentativa, a rejeição do aumento desmotivado das penas e incidência do privilégio, com fixação do regime inicial aberto, suspensão da pena ou substituição por restritivas de direitos (fls. 343/358). Já o réu objetivou o reconhecimento da insignificância da conduta ou afastamento da qualificadora, em virtude do alcoolismo do agente, ou ainda, a incidência da previsão contida no artigo 29, §1º, CP (fls. 359/367).

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 388/407).

Todavia, a Egrégia 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu a seguinte decisão: **"Deram parcial provimento aos apelos para reduzir as penas impostas a JOSIVAN DOS SANTOS MARTINS, por infração ao artigo 155, caput e §§ 1º e 4º, inciso IV, do Código Penal a 01 (um) ano 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 07 (sete)dias-multa, no piso, em regime inicial aberto, e para reduzir as penas de WILLIAN ROBERTO DE JESUS a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, no piso, impostas por infração ao artigo 155, caput, e §4º,inciso IV, do Código Penal, fixando o regime inicial semiaberto e para deferir a substituição para ambos os recorrentes, nos termos constantes do acórdão. Expeça-se alvará de**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

4

soltura clausulado a WILLIAN, considerando a substituição por restritivas de direitos. V. U.”, de conformidade com o voto do relator, Des. Otávio de Almeida Toledo (fls. 411/421), assim prolatado:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

5

fs. 4/1



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2020.0000640679

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 1501317-90.2019.8.26.0616, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que são apelantes WILLIAN ROBERTO DE JESUS e JOSIVAN DOS SANTOS MARTINS, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram parcial provimento aos apelos para reduzir as penas impostas a JOSIVAN DOS SANTOS MARTINS, por infração ao artigo 155, caput e §§ 1º e 4º, inciso IV, do Código Penal a 01 (um) ano 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 07 (sete) dias-multa, no piso, em regime inicial aberto, e para reduzir as penas de WILLIAN ROBERTO DE JESUS a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, no piso, impostas por infração ao artigo 155, caput, e §4º, inciso IV, do Código Penal, fixando o regime inicial semiaberto e para deferir a substituição para ambos os recorrentes, nos termos constantes do acórdão. Expeça-se alvará de soltura clausulado a WILLIAN, considerando a substituição por restritivas de direitos. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores NEWTON NEVES (Presidente sem voto), GUILHERME DE SOUZA NUCCI E CAMARGO ARANHA FILHO.

São Paulo, 14 de agosto de 2020.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
Relator
Assinatura Eletrônica



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

6

fs. 412



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

16ª Câmara Criminal

APELAÇÃO CRIMINAL nº 1501317-90.2019.8.26.0616

Comarca: MOGIDAS CRUZES

Apelantes: WILLIAN ROBERTO DE JESUS e JOSIVAN DOS SANTOS MARTINS

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO

VOTO nº 38519

FURTO QUALIFICADO. Art. 155, caput e §4º, IV, do Código Penal. Configuração do delito. Materialidade e autoria demonstradas. Prisão em flagrante. Apreensão dos bens. Depoimento dos guardas municipais. Negativa isolada. Princípio da insignificância. Não incidência em razão do valor da res furtiva e de sua natureza. Causa especial de aumento bem demonstrada pela prova oral. Delito cometido em concurso de agentes. Culpabilidade penal. Não demonstração da inimputabilidade do acusado. Penas exacerbadas sem fundamento válido. Redução. Concessão de regime mais brando e da substituição por restritivas de direitos. Apelo parcialmente provido.

1. WILLIAN ROBERTO DE JESUS e JOSIVAN DOS SANTOS MARTINS foram denunciados como incurso no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, porque no dia 31 de maio de 2019, por volta da 08h30, na Rua Padre João, Centro da comarca de Mogi das Cruzes, agindo em concurso de agentes e unidade de desígnios, subtraíram para eles, coisas alheias móveis, consistentes em 23 metros de cabo elétrico bipolar, utilizados para a iluminação de uma passarela de pedestres sobre a linha férrea pertencentes ao Município de Mogi das Cruzes.

Pela r. sentença de fls. 283/315, a ação foi julgada procedente para o fim de condenar, nos termos da denúncia, WILLIAN a três (3) anos, seis (6) meses e vinte (20) dias de reclusão e ao pagamento de dezessete (17) dias-



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

7

fs. 413



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

multa, no piso mínimo legal e JOSIVAN a dois (2) anos e nove (9) meses de reclusão e ao pagamento de treze (13) dias-multa, no piso mínimo legal, fixado para ambos o regime inicial fechado.

Inconformados, apelaram pugnando pela reforma do julgado.

Em razões apresentadas pela Defensoria Pública, JOSIVAN requer a aplicação do princípio da insignificância ou a absolvição por fragilidade probatória, invocando a presunção de inocência e destacando a negativa de autoria, a não localização do bem em poder do acusado, a parcialidade das testemunhas ouvidas e a ausência das imagens das câmeras mencionadas na denúncia. Subsidiariamente, requer o afastamento da qualificadora o reconhecimento da tentativa, a rejeição do aumento desmotivado das penas e incidência do privilégio, com fixação do regime inicial aberto, suspensão da pena ou substituição por restritivas de direitos (fls. 343/358).

WILLIAN, por sua vez, requer apenas o reconhecimento da insignificância da conduta ou afastamento da qualificadora, em virtude do alcoolismo do agente, ou ainda, a incidência da previsão contida no artigo 29, §1º, CP (fls. 359/367).

Contrarrazoados os recursos (fls. 370/373), a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento (398/407).

É o relatório.

2. A condenação era medida de rigor.

A autoria e materialidade delitivas são certas e se encontram bem demonstradas pelo boletim de ocorrência de fls. 09/11, autos de exibição,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

8

fs. 414



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

apreensão e de entrega de fls. 12/13 e 14, auto de avaliação de fl. 17, auto de prisão em flagrante delito (fls. 01/08), laudo pericial do local do crime (fls. 240/244) e depoimento dos guardas municipais responsáveis pela prisão em flagrante delito.

Com efeito, narra a inicial acusatória que no contexto espaço-temporal já descrito, câmeras da Ciemp - Central Integrada de Emergências Públicas do Município de Mogi das Cruzes flagraram os réus na passarela de pedestres disposta sobre a linha férrea da Rua Padre João subtraindo cabos condutores de energia elétrica que alimentavam a iluminação no local, ocasião em que Guardas Municipais se dirigiram ao referido ponto, sabendo das características físicas e vestes dos furtadores, e assim surpreenderam os denunciados e os abordaram. A princípio, nada de ilícito foi encontrado com os denunciados, porém, dentro da mochila que estes arremessaram passarela abaixo, fora encontrada a fiação elétrica subtraída.

Em juízo, os guardas municipais Adriano Barbosa Simões de Andrade e Thiago Azzone Xavier confirmaram, em síntese, os termos da denúncia, ou seja, de que receberam a informação de que dois agentes estariam furtando parte da fiação pública. Dirigiram-se à passarela e identificaram os agentes flagrados nas câmeras de segurança, porém nada de ilícito encontraram com eles. Durante a diligência, foi-lhes informado pela central de monitoramento que os réus arremessaram uma mochila sobre um muro pouco antes da abordagem. De fato, encontraram a mochila e dentro dela os fios subtraídos. As testemunhas relataram que os réus negaram a prática delitiva, mas que elas assistiram às imagens das câmeras de segurança e por meio delas reconheceram, com segurança, os acusados como autores do delito (fls.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

9

fs. 415



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

221/222).

Em juízo, WILLIAM fez uso do direito constitucional ao silêncio e JOSIVAN negou a prática delitiva, alegando ter apenas se pendurado nos fios (fls. 216/219).

Eis a prova arrecadada e, diante dela, imperativa a procedência da ação penal, nos termos estabelecidos pelo juízo *a quo*.

Não bastasse a prisão em flagrante delito dos réus na passarela retratada à fl. 242 e apreensão da *res furtiva*, os guardas municipais declararam que verificaram pessoalmente as imagens das câmeras de segurança municipais e assim confirmaram a autoria delitiva pelos agentes.

A ausência das imagens das câmeras de segurança, embora lamentável, foi suprida pelo depoimento dos guardas municipais. A fiação foi encontrada depois de já cortada, quando os agentes já haviam dispensado a mochila, tentando ocultar o delito praticado. Nítido, portanto, que o crime de consumou, pois o simples corte da fiação já demonstra ter sido a *res* retirada de modo permanente (dada a natureza do bem subtraído – fios elétricos cortados), passando à posse dos acusados, que a acondicionaram em uma mochila e depois tentaram ocultá-la, assim invertida a posse do bem.

A circunstância de a mochila com os fios não ter sido encontrada na posse direta dos acusados não provoca dúvida quanto à autoria delitiva, na medida em que os réus também foram flagrados dispensando o objeto e tal informação foi passada aos guardas municipais que assim puderam encontrar a *res furtiva* e restituí-la à vítima.

Não foi constatado nenhum interesse das testemunhas em forjar uma falsa incriminação contra os acusados, merecendo credibilidade seus



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

10

fs. 416



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

testemunhos, porque prestados em consonância com as demais provas produzidas.

Frise-se existir nos autos elemento informativo, colhido na fase inquisitiva e não negado em juízo, pois quando interrogado pela autoridade policial, WILLIAN declarou que: *"juntamente com Josivan tomaram pinga. Na manhã de hoje já "cachaçados" (bêbados) resolveram subtrair fios da passarela sobre a linha do trem, para com o dinheiro da venda comprar mais cachaça. Quando avistaram os Guardas jogaram a mochila onde estavam dos fios subtraídos da passarela"* (fl. 05).

Embora o réu tenha permanecido em silêncio em juízo, não contradisse ou desmentiu a versão anteriormente apresentada, motivo pelo qual ela deve ser considerada como mais um elemento do conjunto probatório que confirma a responsabilidade de ambos os acusados pelo delito.

Neste passo, os relatos dos policiais foram firmes em sustentar que ambos os acusados foram vistos (por câmeras) furtando os fios de iluminação pública. A mera divisão de tarefas entre eles não provoca o reconhecimento de participação de menor importância ou justifica redução das penas.

De ausência de tipicidade formal também não há que se cogitar.

O valor da *res furtiva* era superior ao décimo do salário mínimo vigente à época do delito. Ademais, a natureza do bem (fio de iluminação), retirado de passarela destinada ao trânsito público de pedestres, evidencia maior prejuízo à municipalidade, que suportou encargos com o restabelecimento do serviço público, bem como aos munícipes, em virtude dos impactos da conduta sobre a segurança do local, e assim, não é possível se reconhecer a baixa reprovação da conduta.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

11

fs. 417



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A respeito da culpabilidade de WILLIAN, nada a se acrescentar quanto ao que já foi exposto pelo juízo *a quo*, pois a embriaguez voluntária e preordenada não é causa de exclusão da pena.

Nenhuma prova foi produzida, por outro lado, pela defesa a fim de comprovar a hipótese dos artigos 45 e 46 da Lei de Drogas, um ônus que lhe cabia.

Assim, a versão defensiva restou isolada nos autos, não cabendo seu acolhimento, porque inverossímil e afastada pelas provas da subtração, arrecadadas pelo órgão acusador.

As penas, por sua vez, compo rtam pequeno reparo.

Ao realizar a análise na primeira fase da dosimetria, o juízo sentenciante expôs que *"Atendendo à culpabilidade exasperada, ao comportamento da vítima (vítima ideal), que em nada contribuiu para o crime, à conduta social não recomendável, e aos demais elementos nortadores do art. 59, caput, do Código Penal, fixo a pena base, para o denunciado Willian Roberto de Jesus, majorada a mínima de um terço (1/3), em dois (2) anos e oito (8) meses de reclusão e treze (13) dias-multa"*

"Atendendo à culpabilidade exasperada, ao comportamento da vítima (vítima ideal), que em nada contribuiu para o crime, à conduta social não recomendável lembrando que o réu não tardou delinquir, uma vez que usufruía liberdade provisória nestes autos, quando preso, novamente, em 23/02/2020 (fls. 258), e aos demais elementos nortadores do art. 59, caput, do Código Penal, fixo a pena base, para o denunciado Josivan dos Santos Martins, majorada a mínima de três oitavos (3/8), em dois (2) anos e nove (9) meses de reclusão e treze (13) dias-multa" (fl. 303).

Ao longo de sua fundamentação, o juízo *a quo* expôs que as circunstâncias do delito, praticado à plena luz do dia, e a conduta social



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

12

fs. 418



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

reprovável pela falta de ocupação lícita dos acusados, que fazem do crime seu meio de vida, eram prejudiciais aos agentes (fls. 293).

Afasto, entretanto, a valoração negativa sobre a ocupação dos réus, pois ambos declararam suas profissões (WILLIAN disse ser atendente e JOSIVAN pedreiro) e a falta de emprego na atual conjuntura nacional não pode ser relacionada unicamente à vontade dos agentes.

Observo que, quanto a JOSIVAN, ao justificar a conduta social não recomendável, o juízo *a quo* invocou ter o réu praticado novo delito após obter aliberdade provisória nestes autos.

Reconheço, entretanto, que o fundamento utilizado é inidôneo, pois processos criminais e inquéritos policiais em curso não podem justificar o aumento da pena-base, nos termos da Súmula nº 444 do STJ.

Deste modo, reconhecida apenas uma circunstância do delito como prejudicial aos agentes, reduzo a pena-base de ambos a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias de multa.

Na segunda etapa, além da reincidência comprovada de WILLIAN, reconheço que a confissão extrajudicial foi utilizada para fundamentar a condenação criminal (fl. 284) e assim deve ser considerada na segunda fase da dosimetria.

Ademais, não se nota a prevalência da recidiva sobre a atenuante, porque ambas expressam a personalidade do agente. No mesmo sentido:

“VI - A jurisprudência deste Tribunal Superior é pacífica no sentido de que a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral, parcial, qualificada, meramente



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

13

fs. 419



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. VII - A Terceira Seção deste e.g. Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT, firmou entendimento no sentido de que "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência" (STJ, HC 460831/SP, Rel.: Min. Felix Fischer, Quinta Turma, Julgamento: 18/09/2018).

Assim, mantenho a pena de ambos os réus inalteradas na segunda etapa.

Na terceira fase, não encontro motivo para negar o privilégio a JOSIVAN, que é primário e subtraiu bem avaliado em menos de um salário mínimo. Tampouco vislumbro óbice à concessão do privilégio aos casos de furto qualificado, adotando entendimento já sumulado:

"Súmula nº 511 do STJ: É possível o reconhecimento do privilégio previsto no § 2º do art. 155 do CP nos casos de crime de furto qualificado, se estiverem presentes a primariedade do agente, o pequeno valor da coisa e a qualificadora for de ordem objetiva".

"4 Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, consolidada na Súmula/STJ 511, é viável a incidência do privilégio na hipótese de furto qualificado, desde que a qualificadora seja de caráter objetivo. Em verdade, a única qualificadora que inviabiliza o benefício penal é a de abuso de confiança (CP, art. 155, § 4º, II, primeira parte)." (STJ, HC 386992/SC, Rel.: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgamento: 16/05/2017).

E assim, considerando que o sujeito passivo do delito foi a população da comarca de Mogi das Cruzes, havendo ofensa a bem e serviços



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

14

fs. 420



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

público, aplico a redução mínima de 1/3, tornando as penas de JOSIVAN definitivas em 01 (um) ano, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 07 (sete) dias-multa, no piso.

Para o réu primário, a despeito da circunstância judicial desfavorável, o *quantum* fixado e o privilégio autorizam a fixação do regime inicial aberto, pois o fato de o crime ter sido praticado durante o dia não tem a força necessária para a justificar regime mais gravoso. Também cabível a substituição da privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, em benefício de instituição a ser determinada pelo juízo da execução.

Para o acusado reincidente, que teve circunstância judicial valorada em seu desfavor, condenado à pena inferior a 04 anos, seguindo mesmo critério aplicado ao corréu (deixo de agravar o regime com base no artigo 59, III, CP), fixo o regime inicial semi-aberto, mas deiro a substituição por restritivas de direitos com fundamento no artigo 44, §3º do CP, por reconhecer que a reincidência é específica e o novo crime foi menos grave. Assim, deiro a substituição por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo, em benefício de instituição a ser determinada pelo juízo da execução.

Deixo de fazer expedir alvará de soltura a JOSIVAN, pois respondeu solto ao processo.

3. Isto posto, pelo meu voto, dou parcial provimento aos apelos para reduzir as penas impostas a JOSIVAN DOS SANTOS MARTINS, por



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

15



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

fs. 421

infração ao artigo 155, caput e §§ 1º e 4º, inciso IV do Código Penal a 01 (um) ano 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 07 (sete) dias multa, no piso, em regime inicial aberto, e para reduzir as penas de WILLIAN ROBERTO DE JESUS a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 11 (onze) dias multa, no piso, impostas por infração ao artigo 155, caput, e §4º, inciso IV do Código Penal, concedido o regime inicial semiaberto e deferida a substituição para ambos os recorrentes, nos termos acima estabelecidos.

Expeça-se alvará de soltura clausulado a WILLIAN, considerando a substituição por restritivas de direitos.

OTÁVIO DE ALMEIDA TOLEDO
Relator



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

16

Assim decidindo, a Corte Paulista contrariou o disposto no art. 44, incisos II e III, e §3º, do Código Penal, e dissentiu de anterior julgado do Superior Tribunal de Justiça na sua interpretação, justificando a interposição do presente recurso especial, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da CF, com a seguinte tese:

O condenado reincidente em crime doloso, que teve as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, valoradas negativamente, não faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

2. CONTRARIEDADE À LEI FEDERAL

O v. acórdão, apesar de reconhecer expressamente a reincidência do acusado e a circunstância judicial valorada em seu desfavor (fls. 420), concedeu ao réu Willian a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, de modo a contrariar o art. 44, incisos II e III, e §3º, do Código Penal.

Com efeito, o Código Penal determina:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

17

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II - o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III - 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. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º. (VETADO) (Incluído e vetado pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º. Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º. Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

18

§ 4º. A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Da atenta análise do inciso II, do artigo 44, do Código Penal, verifica-se que é vedada a substituição da pena privativa de liberdade ao réu reincidente em crime doloso.

Já o §3º. dispõe que: Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

A única interpretação possível e que concilie os dois dispositivos legais é no sentido de que a norma do § 3º refere-se a crime não doloso, ou seja, crime culposo ou contravenção penal, posto que o inciso II, que é anterior, de forma clara e taxativa veda a concessão da benesse na hipótese de reincidência em crime doloso.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

19

Veja-se, a esse respeito, a docência de Victor Eduardo Rios Gonçalves:

“É preciso salientar que o art. 44, §3º., do Código Penal excepcionalmente admite a substituição desde que se verifique a presença de dois requisitos: 1) que a medida seja recomendável no caso concreto em face da condenação anterior; 2) que a reincidência não se tenha operado em virtude da prática da mesma modalidade delito (reincidência específica). Este dispositivo, todavia refere-se apenas a quem não é reincidente em crime doloso, pois, caso contrário, ficaria sem sentido a vedação do art. 44, II. Aplica-se, pois, aos reincidentes específicos em contravenções penais ou quando um dos crimes for culposos. A respeito do tema assim se manifestou Fernando Capez:

Entendemos que o §3º. Do art. 44 não tem o condão de revogar a letra expressa de seu inciso II; portanto, ao se referir ao “condenado reincidente”, está fazendo menção ao não reincidente em crime doloso, pois, do contrário, tornaria letra morta a proibição anterior. A conclusão a que se chega, enfim, é a de que nem o reincidente em crime doloso nem o reincidente específico têm direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa”

Realmente, nem sequer faria sentido negar a substituição a quem foi condenado duas vezes por furto (reincidência específica) e admiti-la para quem foi condenado inicialmente por roubo, latrocínio ou



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

20

estupro e agora se vê condenado por furto. Se essa interpretação fosse a correta, o legislador teria sido benevolente com as hipóteses mais graves, e mais severo com as de menor gravidade.

O fato de o acusado ser reincidente em crime doloso inviabiliza as penas restritivas de direitos, ainda que a condenação anterior tenha sido exclusivamente a pena de multa, na medida em que não há, para as penas restritivas, regra similar à do art. 77, §1º, do CP, que permite o *sursis* ao reincidente em crime doloso, se a condenação anterior referir-se somente a pena de multa.” (Curso de Direito Penal – parte geral, Saraiva, 2015, págs. 267/268).

No sentido do texto, vejamos:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE RECEPÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RECUPERAÇÃO DO BEM COM AVARIAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ELEMENTO PRÓPRIO AOS DELITOS PATRIMONIAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

21

ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Mostra-se ilegítima a exasperação da pena-base pela valoração negativa das consequências do delito, por ter sido recuperada a coisa com avarias, porquanto a não recuperação ou a recuperação parcial da res furtiva é decorrência comum dos delitos patrimoniais. Precedentes. 3. Não obstante a redução implementada no presente writ, com a pena-base fixada no mínimo legal e a pena final não superar quatro anos, cabível a fixação do regime semiaberto, por se tratar de réu reincidente, razão pela qual também não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o não atendimento aos requisitos legais do art. 44 do CP. 4. Habeas Corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, a ser cumprida a pena reclusiva em regime semiaberto.” (STJ - HC: 353685 SP 2016/0098219-6, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 13/09/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2016)

HABEAS CORPUS Nº 337.320 - SP (2015/0244540-3)
RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ADVOGADA: FERNANDA COSTA TEIXEIRA IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO PACIENTE : PAULO ROGERIO DE OLIVEIRA SILVA HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PENA APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Writ



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

22

a que se nega seguimento. DECISÃO Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em benefício de Paulo Rogério de Oliveira Silva, apontando-se como autoridade coatora a Primeira Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do de São Paulo. Narra-se que o paciente foi denunciado como incurso no art. 155, § 4º, II e IV, do Código Penal e, ao final do procedimento, em sentença proferida pelo Juiz da 5ª Vara Criminal da comarca de Guarulhos/SP, foi a Ação Penal n. 3020410-84.2013.8.26.0224 (Controle n. 1509/13) julgada procedente a fim de condená-lo ao cumprimento de 2 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 1 dia-multa. Irresignada, a defesa recorreu, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento à Apelação n. 3020410-84.2013.8.26.0224, fixando regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, mantendo, no mais, a sentença de primeiro grau. Foi negado o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Alega-se neste writ, em suma, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porquanto a Corte local não procedeu à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, afirmado que a reincidência do recorrente indicaria a insuficiência da benesse. Sustenta-se que, conforme amplamente demonstrado nos autos, o paciente tem excelente conduta social e não apresenta personalidade envergada para a senda criminosa. Além disto, confessou espontaneamente a prática da infração, demonstrando arrependimento e vontade de emenda. Acresça-se que a reprovabilidade da conduta do paciente é mínima. Isto porque os bens subtraídos não ultrapassaram nem mesmo o valor do salário mínimo. A infração sob análise foi praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa. Trata-se, inegavelmente, de crime de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

23

baixíssimo potencial lesivo. A pena aplicada é inferior a 04 (quatro) anos de reclusão. Nesse contexto, seria de rigor a substituição da pena corporal por restritivas de direitos (fl. 3). Aduz-se, ainda, não estar configurada a reincidência específica, o que não impede a substituição, nos termos do art. 44, §3º, do Estatuto Repressivo. Requer-se, seja concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, §3º, do Código Penal. Liminar indeferida (fls. 55/57). O Ministério Público Federal ofereceu parecer pela denegação da ordem (fls. 69/76). É o relatório. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. O Tribunal a quo, no julgamento do recurso de apelação afirmou (fl. 41- grifo nosso): [...] Considerando que ficaram comprovadas duas qualificadoras, uma delas foi usada como circunstância judicial desfavorável, já que representa maior gravidade na conduta do agente, de modo que mantenho o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto), nos moldes do fixado na r. sentença recorrida; sem alterações na segunda fase, já que compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea (cf. certidão de fls. 09 do segundo apenso, mídia digital de fls. 104, além dos artigos 61, inciso I, e 65, inciso III, alínea "d", ambos do Código Penal); permanecendo a sua pena, em definitivo, em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no piso legal, não comportando, portanto, qualquer reparo. [...] **Pela comprovada reincidência em crime doloso, ele não faz jus à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, como postulado subsidiariamente pela Defesa (cf. artigo 44, II,**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

24

do Código Penal). [...] A substituição só poderá ocorrer se forem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal, quais sejam: pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente em crime doloso e circunstâncias judiciais favoráveis. Assim, aplicada a pena base acima do mínimo legal e evidenciada a reincidência do paciente, não há ilegalidade no indeferimento da substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Neste sentido: HC 254.395/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/03/2014; AgRg no AREsp n. 476.484/SP, Ministro Walter de Almeida Guilherme, Desembargador convocado do TJ/SP, Quinta Turma, DJe 29/10/2014; AgRg no AREsp 618.303/GO, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 6/2/2015; e, AgRg no REsp 1.229.970/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 3/12/2015. Ante o exposto, nego seguimento ao habeas corpus. Publique-se. Brasília, 09 de dezembro de 2015. Ministro Sebastião Reis Júnior Relator” (STJ - HC: 337320 SP 2015/0244540-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 11/12/2015) (grifo nosso)

Demais a mais, como já observado, uma vez que as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, foram valoradas negativamente, não há como se reconhecer ser a medida socialmente indicada, o que, também por si, afasta a possibilidade de aplicação da substituição da reclusiva por restritivas de direitos.

Em conclusão, tratando-se de réu reincidente em crime doloso, sendo certo que as circunstâncias judiciais foram valoradas



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

25

negativamente, inviável a substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos.

3. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL

DECISÃO PARADIGMA

No julgamento do AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.970 - SP, Sexta Turma, j. 19.11.2015, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1467678&tipo=0&nreg=201002187538&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20151203&formato=PDF&salvar=false>, que se oferece como **paradigma** e está publicado na revista eletrônica de jurisprudência, assim decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

26

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.970 - SP (2010/0218753-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : JEFFERSON CÉSAR HANINEC (PRESO)
ADVOGADO : DANIELA MUSCARI SCACCHETTI - DEFENSOR PÚBLICO
DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. PENA EXTINTA. PERÍODO DEPURADOR. MAUS ANTECEDENTES. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ART. 44, II E III, DO CP. AGRAVO IMPROVIDO.

1. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem o reconhecimento dos maus antecedentes.
2. Não se substitui a pena privativa de liberdade por pena restitutiva de direitos, quando o réu for reincidente em crime doloso ou desfavoráveis as vetuais do art. 59 do Código Penal, a indicar que não se mostre suficiente para a repressão do delito.
3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Mariano (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schiatti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de novembro de 2015.(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

27

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.970 - SP (2010/0218753-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : JEFFERSON CÉSAR HANINEC (PRESO)
ADVOGADO : DANIELA MUSCARI SCACCHETTI - DEFENSOR PÚBLICO
DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de recurso de agravo oposto em face de decisão, proferida para Ministra Aldenita Ramos de Oliveira, que negou seguimento ao recurso especial.

O agravante argumenta, em síntese, que o recurso especial interposto pela DPU tem o condão de mostrar a negativa de vigência aos artigos 44 e 59 do Código Penal, atos normativos encarregados respectivamente de analisar a 1ª fase do cálculo trifásico da pena e de estabelecer os requisitos necessários para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (fl. 973).

Argumenta também que a questão controvertida nos autos cinge-se justamente à averiguação do preenchimento ou não do requisito subjetivo de dita substituição, sem que, para tanto, seja necessário qualquer intromissão em matéria fática nessa fase processual. No caso em comento, o Juízo de Primeiro Grau indeferiu o pleito defensivo, invocando existir uma circunstância judicial desfavorável, antecedentes criminais (fl. 974).

Afirma, por fim, que o juízo sentenciante ao analisar as circunstâncias judiciais asseverou que os antecedentes criminais eram desfavoráveis. Todavia, para tanto, valeu-se apenas da informação de existir em desfavor do agravante inquéritos policiais arquivados e um processo criminal transitado em julgado, na qual já estava extinta a punibilidade. Sobremais, não é demasiado salientar que a folha de antecedentes de fl. 637, ao revés de quantificar o quantum de eventual condenação, atestou a ocorrência de extinção de punibilidade no processo judicial com manto da coisa julgada (e-STJ fl. 975).

É o relatório.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

28

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.229.970 - SP (2010/0218753-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão agravada, proferida pela Ministra Aklénia Ramos de Oliveira, encontra-se assim fundamentada:

O Tribunal a quo reconheceu a autoria do recorrente com base no conjunto de provas constante dos autos. A modificação deste entendimento demandaria o reexame de matéria fático-probatória, inviável na via do recurso especial.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CO-AUTORIA E PARTICIPAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DE CO-AUTORIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO REMETIDA. IDENTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ENTRE CO-RÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. SÚMULA Nº 443 DESTE TRIBUNAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Uma vez que o acórdão recorrido considerou suficientes as provas de autoria e materialidade para a condenação dos Recorrentes, infirmar tais fundamentos, com o escopo de serem absolvidos por insuficiência probatória, inclusive pela aplicação do princípio in dubio pro reo, é inviável no âmbito desta Corte Superior de Justiça, pois implicaria o reexame fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula n.º 07 desta Corte.

[...]

10. Recurso parcialmente provido, com a concessão de habeas corpus de ofício, a fim de, mantida a condenação, reduzir as reprimendas impostas aos Recorrentes João Gomes Pereira de Carvalho e Graciano Carvalho dos Santos para, respectivamente, 06 (seis) anos e 08



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

29

Superior Tribunal de Justiça

(oito) meses de reclusão, em regime fechado, e 40 (quarenta) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo; e 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 60 (sessenta) dias-multa, no valor de 2/30 (dois trigésimos) do salário mínimo.

(REsp 1.266.758, PE, Rel. Min. LAURITAVAZ, Quinta Turma, DJe 19.12.2011).

**RECURSO ESPECIAL DESPRONÚNCIA
AUSÊNCIA DE ELEMENTOS INDICIÁRIOS DA AUTORIA. MATÉRIA
PROBATÓRIA SÚMULA 7.**

A Corte de origem, ao desvendar a inexistência de indícios mínimos de autoria, tornou a controvérsia somente apurável em nível de cotejo probatório, o que recomenda a aplicação da Súmula 7 desta Corte.

Não se é de verificar a prevalência do princípio do in dubio pro societate, no juízo de pronúncia, se nem ao menos restaram comprovados indícios suficientes de autoria, circunstância a ser considerada para permitir a despronúncia.

Recurso não conhecido.

(REsp 1.010.570, DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 29.11.2010).

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semi-aberto, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal, por "tentar subtrair, mediante arrombamento de uma caixa coletora da EBCT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, as correspondências que estavam depositadas em seu interior" (fl. 743).

Incôformado, o recorrente interpôs apelação perante o Tribunal de origem, tendo sido mantido o cálculo da pena-base, ao seguinte fundamento:

A pena-base fixada em três anos de reclusão não merece ser redimensionada, não prosperando a alegação de configuração de bis in idem.

A Magistrada elevou a pena-base acima do mínimo legal em consideração à vasta ficha criminal do apelante, consistente em diversos inquéritos arquivados e um processo cuja punibilidade foi extinta (fls. 637, 639 e 642), fatos que não geram reincidência, porém, apontam para a sua personalidade voltada à prática criminosa, razão pela qual está justificada a elevação, nos termos do artigo 59 do Código Penal (fl. 757).

Do trecho anteriormente transcrito, verifica-se que a Corte estadual conclui pela desfavorabilidade da circunstância judicial dos antecedentes com base apenas em uma condenação anterior cuja punibilidade fora extinta e em inquéritos arquivados, elementos que, no entanto, não poderiam ter sido sopesados para a exasperação da pena-base, uma vez que, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do colendo Supremo Tribunal Federal, inquéritos policiais ou processos penais em



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

30

Superior Tribunal de Justiça

andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade de sajustada, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado deste Tribunal:

PENAL. FURTO. PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SAÚDE PÚBLICA.

1. A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima aumento da pena-base pelo veio dos antecedentes e da personalidade. Aplicação da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

[...]

3. Ordem concedida para reduzir a pena ao mínimo legal (05 anos de reclusão).

(HC 132.491, MS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 08.11.2010).

Aliás, essa é a orientação trazida pela Súmula 444/STJ, que assim dispõe: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base".

Todavia, no caso dos autos, o julgador utilizou como parâmetros, além de inquéritos arquivados, condenação cuja punibilidade já havia sido extinta, mas que teve trânsito em julgado (fl. 637) – o que autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

Mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos, uma vez que o recorrente não apresentou fundamentos aptos a desconstituir as premissas fáticas e jurídicas nela assentadas.

A decisão agravada, que manteve a circunstância judicial dos maus antecedentes, reportou-se à condenação transitada em julgado, mas que a punibilidade já havia sido extinta. Da certidão referida no acórdão (fl. 749), extrai-se que, transitada em julgado a condenação, por fato anterior ao apurado no presente recurso especial, sobreveio a declaração da extinção da pena do recorrente, em 25/2/2002.

Nos termos da orientação firmada pelo STJ, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas. (AgRg no AREsp 508.791/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015).



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

31

Superior Tribunal de Justiça

Mantida a pena-base acima do mínimo legal e reconhecida a reincidência pelo Tribunal *a quo* (fls. 749 e 796), não há ilegalidade na decisão que indeferiu a substituição da pena por ausência de preenchimento do requisito do art. 44, II e III, do CP.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

32

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEXTA TURMA

Número Registro: 20100218753-8

AgRg no
REsp 1.229.970 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200161810069290 200503000613984

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

El. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : JEFFERSON CÉSAR HANINEC (PRESO)
ADVOGADO : DANIELA MUSCARIS CACCHETTI - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
CORREU : JAIRO JOSÉ APARECIDO CYRINO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

A GRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JEFFERSON CÉSAR HANINEC (PRESO)
ADVOGADO : DANIELA MUSCARIS CACCHETTI - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

33

Como se vê, exsurge a divergência jurisprudencial pela prolação do v. julgado da Corte Estadual.

COMPARAÇÃO ANALÍTICA

O caso dos autos e também o paradigma abrigam a hipótese de réu reincidente em crime doloso, que teve as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, reconhecidas desfavoravelmente. Diversas, contudo, as decisões.

Para a decisão recorrida:

Para o acusado reincidente, que teve circunstância judicial valorada em seu desfavor, condenado à pena inferior a 04 anos, seguindo mesmo critério aplicado ao corréu (deixo de agravar o regime com base no artigo 59, III, CP), fixo o regime inicial semiaberto, mas defiro a substituição por restritivas de direitos com fundamento no artigo 44, §3º do CP, por reconhecer que a reicidiva não é específica e o novo crime foi menos grave. Assim, defiro a substituição por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA

Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

34

um salário mínimo, em benefício de instituição a ser determinada pelo juízo da execução.

Para a decisão paradigma:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. PENA EXTINTA. PERÍODO DEPURADOR. MAUS ANTECEDENTES. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ART. 44, II E III, DO CP. AGRAVO IMPROVIDO. 1. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem o reconhecimento dos maus antecedentes.

2. Não se substitui a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, quando o réu for reincidente em crime doloso ou desfavoráveis as vetoriais do art. 59 do Código Penal, a indicar que não se mostre suficiente para a repressão do delito.

3. Agravo regimental improvido.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

35

Em síntese, enquanto para a decisão recorrida:

Para o acusado reincidente, que teve circunstância judicial valorada em seu desfavor, condenado à pena inferior a 04 anos, seguindo mesmo critério aplicado ao corréu (deixo de agravar o regime com base no artigo 59, III, CP), fixo o regime inicial semiaberto, mas defiro a substituição por restritivas de direitos com fundamento no artigo 44, §3º do CP, por reconhecer que a reicidiva não é específica e o novo crime foi menos grave.

Para a decisão paradigma

“Não se substitui a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, quando o réu for reincidente em crime doloso ou desfavoráveis as vetoriais do art. 59 do Código Penal...”

Melhor, sem dúvida, a solução adotada pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que deve também prevalecer no presente feito.

4 – PEDIDO



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA
Setor de Recursos Extraordinários e Especiais Criminais

36

Diante do exposto, demonstrada a negativa de vigência à lei e o dissídio jurisprudencial, aguarda o **Ministério Público do Estado de São Paulo** o processamento do presente recurso especial por essa E. Presidência e a remessa dos autos para o C. Superior Tribunal de Justiça, para conhecimento e provimento, cassando-se em parte o v. acórdão para, mantida a condenação do sentenciado **WILLIAN ROBERTO DE JESUS**, afastar a substituição da pena reclusiva por penas restritivas de direitos.

São Paulo, 09 de setembro de 2020.

SALMO MOHMARI DOS SANTOS JR.
PROMOTOR DE JUSTIÇA DESIGNADO
(PORTARIA 17.549 – 28/11/19)