

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 741.822 - SP (2022/0142579-4)

RELATOR : **MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO)**
AGRAVANTE : EZIO SOARES DE PINHO JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO : FÁBIO MENEZES ZILIOTTI - SP213669
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): — Trata-se de agravo regimental interposto de decisão que indeferiu liminarmente o *habeas corpus*.

O agravante argumenta que não impetrou o remédio heróico em razão do processo n. 2038761-03.2022.8.26.0000 (HC 2038761-03.2022.8.26.0000), mas sim diante do recurso de apelação n. 1501819-72.2019.8.26.0537, o qual já transitou em julgado.

Nessa premissa, afirma que não é o caso de afastamento do óbice previsto na súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, senão de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, motivo pelo qual pugna pela reconsideração da decisão agravada ou seu envio para apreciação do Colegiado.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 741.822 - SP (2022/0142579-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (Relator): — A decisão impugnada restou assim lançada (fls. 364-365):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em face de decisão que indeferiu a liminar no *writ* de origem.

Consta dos autos que o paciente foi condenado a uma pena de 02 anos e 04 meses de reclusão em regime inicial semiaberto, como incurso no artigo 304, combinado com o artigo 297, caput, ambos do Código Penal, encontrando-se atualmente em processo de execução por este delito.

Alega o impetrante, em suma, que deve ser realizada nova dosimetria penal, indicando que deve ser reconhecida a compensação da confissão espontânea com a reincidência, bem como o regime prisional deve ser revisto para a modalidade menos gravosa.

Requer, liminarmente e no mérito, revisão da dosimetria penal, com mudança de regime e expedição do alvará de soltura.

Nos termos da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, em regra, não se admite a impetração de *habeas corpus* contra decisão que indefere a liminar na origem, sob pena de indevida supressão de instância, ressalvadas as hipóteses em que evidenciada a presença de decisão teratológica ou desprovida de fundamentação.

A despeito de tal óbice processual, tem-se entendido que, em casos excepcionais, quando evidenciada a presença de decisão teratológica ou desprovida de fundamentação, é possível a mitigação do referido enunciado.

Consta da liminar indeferida pelo Tribunal de Justiça estadual (fls. 317-320):

Vistos.

Dárcio Cesar Marques impetra ordem de "Habeas Corpus", em favor de Ézio Soares de Pinho Junior, com pedido liminar, contra ato praticado pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo, nos autos de no 1501819-72.2019.8.26.0537, instaurado pela prática do crime de uso de documento falso.

Pleiteia liminarmente e no mérito o afastamento da agravante da reincidência, e por consequência, fixação do regime aberto, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e expedição do contramandado de prisão (fls. 01/09).

Nessa conjuntura, observa-se que a análise liminar em *habeas corpus* é excepcional, razão pela qual está reservada para casos de evidente constrangimento ilegal, o que não se verifica na hipótese.

A despeito de toda a argumentação contida na inicial, faltam elementos para a concessão da medida liminar.

O acolhimento da pretensão em caráter antecipado demandaria prova pré-constituída da existência de uma postura ilegal por parte da autoridade apontada como coatora, no sentido de se negar ou ferir o direito do paciente.

Superior Tribunal de Justiça

Essa constatação, todavia, não pode ser extraída do teor da inicial, vez que a partir da prova apresentada não é possível concluir, de maneira irretorquível, pela existência de um ato ilegal ou abusivo em prejuízo do paciente.

Além disso, verifico que a tutela liminar postulada é satisfativa, confundindo-se com o próprio mérito da impetração, o que corrobora a necessidade de uma análise mais cautelosa a ser realizada pelo órgão colegiado após a vinda das informações da autoridade indigitada coatora.

Dessa forma, sem prejuízo do ulterior pronunciamento de mérito, indefiro a liminar pleiteada e reserva-se à Col. Turma Julgadora o exame da questão em sua totalidade.

Com efeito, as pretensões aqui trazidas, de realização de nova dosimetria, com fixação do regime aberto e expedição de alvará de soltura são questões passíveis de indeferimento do pedido de liminar, por demandar análise do próprio mérito da impetração, sobretudo no caso em tela, em que afirmado pelo Relator que não se encontram cumpridos os requisitos nesta etapa cognitiva sumaríssima, bem como não está demonstrada a ilegalidade manifesta.

Com efeito, o Tribunal de origem não verificou de imediato, diante do exame sumário dos elementos que instruem o *writ*, os requisitos necessários à concessão da medida, entendendo, dessa forma, prudente a juntada das informações da autoridade apontada como coatora para análise do pedido.

Assim, tendo em vista o exposto na decisão que indeferiu o pedido de liminar, não vejo manifesta ilegalidade apta a autorizar a mitigação da Súmula 691/STF, uma vez ausente flagrante ilegalidade, cabendo ao Tribunal de origem a análise da matéria meritória.

Outrossim, o processamento do presente *writ* implicaria inevitavelmente supressão de instância.

Ante o exposto, indefiro liminarmente o *habeas corpus*.

Tem razão o recorrente, uma vez que o *writ* foi impetrado diante de acórdão do TJSP que julgou a apelação n. 1501819-72.2019.8.26.0537, pelo que é de se reconsiderar a decisão de fls. 364-365, em ordem a que se evolua para o plano do mérito.

O acórdão da apelação contestado restou assim lançado, no que pertine ao tema da compensação da confissão espontânea com a reincidência (fls. 359-361):

Por derradeiro, a reprimenda não comporta reparo.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, isto é, em dois anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa.

Reincidente (fls. 42/44), teve a reprimenda elevada em um sexto, ou seja, dois anos e quatro meses de reclusão e pagamento de onze diárias mínimas, ausentes causas de aumento ou diminuição a serem consideradas.

O apelante, apesar de confirmar ter feito o documento, afirmou em Juízo que acreditava fosse verdadeiro. Com efeito, não se reconhece a atenuante da confissão, eis que parcial e que não corroborou com a formação do convencimento para o decreto condenatório, nos termos da Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça.

Em que pese o total da reprimenda, a reincidência impede o regime mais brando, por expressa vedação legal, a teor do artigo 33, §2º, alínea "c" do

Código Penal, mantido o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se mostra socialmente recomendável, em que pese se tratar de reincidência não específica, revela a insuficiência da medida diante da reprovabilidade da conduta, observados os parâmetros do art. 44, inciso III e §3º do Código Penal.

Ressalta-se que o artigo 44, §3º do Código Penal é claro ao dispor 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", portanto, não há aplicação automática da substituição para o reincidente não específico, necessário o preenchimento de outros requisitos não atendidos no caso em tela.

Inaplicável a suspensão condicional da pena, ante o total da reprimenda e a reincidência em crime doloso, desatendidos os requisitos do artigo 77 do Código Penal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recuso, mantida a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Na sentença, por sua vez, o tema foi abordado da seguinte maneira (fls. 349-352):

A autoria também é inconteste.

Na fase policial, o réu exerceu o direito constitucional ao silêncio (fls. 08).

Em juízo, confessou parcialmente a prática do delito. Disse que, à época, sua carteira de habilitação havia sido cassada e ele estava cumprindo o prazo da penalidade imposta pelo órgão de trânsito. Contudo, como precisava trabalhar para prover o próprio sustento e de sua família, soube de uma pessoa, na Praça da Sé, em São Paulo, que resolvia problemas com a CNH. Pagou R\$ 300,00 e alguns dias depois recebeu o documento. Acreditou que documento fosse verdadeiro, pois possuía todos os requisitos de uma CNH, além de todos os seus dados pessoais. Disse que não passou por nenhum processo junto ao órgão de trânsito competente para que pudesse obter a habilitação antes de efetuar essa aquisição do documento.

A versão do acusado está isolada nos autos e não convence.

Com efeito, a testemunha Nicolas Augusto de Andrade Oliveira, policial militar, em juízo, narrou que, na data dos fatos, em fiscalização de trânsito realizada na praça de pedágio, o réu apresentou documento de habilitação "muito novo", o que despertou interesse em pesquisar os dados. Constataram divergência entre a data expedição que constava no documento e aquela indicada no banco de dados. O documento estava em nome do réu. Não se recorda da justificativa que o réu apresentou no momento da abordagem. Não conhecia o réu antes dos fatos (...).

No mesmo sentido foi o depoimento de seu colega de farda, Márcio Rodrigues dos Santos, que acrescentou que o réu disse estar com sua habilitação em processo de suspensão ou cassação. Não informou como conseguiu o documento falso. Não conhecia o réu antes dos fatos (fls. 154/155).

O depoimento dos policiais é harmônico ao prestado na fase investigativa (fls. 06/07).

[...].

Por derradeiro, não convence a alegação do acusado de que teria obtido tal

Superior Tribunal de Justiça

documento pensando tratar-se de meio legítimo. Veja-se, o documento foi adquirido de uma pessoa desconhecida, no centro da cidade de São Paulo, que, segundo o réu, apenas segurava uma "placa" informando que resolvia questões relacionadas à suspensão/cassação de CNH. O réu, conforme admitido, não se submeteu a procedimento prévio de reabilitação junto ao órgão de trânsito, como seria de rigor, e nem poderia fazê-lo à época, já que ainda estava cumprindo o período de dois anos da cassação (§2ª, art. 263, CTB). Evidente, pois, que tinha conhecimento de que o documento adquirido era falso.

[...].

Passo à dosimetria das penas:

Considerando e atendendo à sua culpabilidade, não se reveste o fato praticado de reprovabilidade anormal. No mais, o réu ostenta apenas uma condenção anterior transitada em julgado, a qual será considerada na fase seguinte, a fim de evitar o bis in idem (certidão criminal - fls. 42/44; FA - fls. 45/49); não se tem elementos nos autos para aferir sua conduta social em seu desfavor; quanto à personalidade, igualmente não se dispõe de elementos capazes de traduzir a estrutura psíquica do acusado; os motivos, circunstâncias e consequências do crime são normais à espécie; e, por fim, não há que se falar em comportamento da vítima. Assim, a pena base deve ser fixada no mínimo legal, em 02 (dois) anos de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Não existem atenuantes a serem consideradas. E aqui, deixo de considerar a confissão do acusado, já que não se tratou propriamente de confissão. O réu, em verdade, alegou que desconhecia a falsidade do documento, a fim de que fosse reconhecida eventual causa de exclusão do dolo.

Presente a agravante da reincidência (Processo nº 0050941-05.2009.8.26.0562), a pena base deve ser elevada em 1/6, fixando-a em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Não existem causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, motivo pelo qual torno definitivas as penas supra estabelecidas.

A pena de multa deve incidir no patamar mínimo, uma vez que inexistente prova acerca da condição econômica do agente.

Em razão da reincidência, e à luz do quanto preceitua o art. 33, §2º "b", do Código Penal, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o réu é reincidente em crime doloso, estando ausente, portanto, o requisito previsto no art. 44, inciso II, do CP.

A mesma razão impede a suspensão condicional da pena.

Com efeito, conforme consignado no acórdão o "apelante, apesar de confirmar ter feito o documento, afirmou em Juízo que acreditava fosse verdadeiro. Com efeito, não se reconhece a atenuante da confissão, eis que parcial e que não corroborou com a formação do convencimento para o decreto condenatório" (fl. 360).

De outra banda, na fundamentação da sentença, o magistrado singular apontou que o acusado confessou parcialmente o cometimento do crime. Em

Superior Tribunal de Justiça

seguida, no dispositivo, deixou de considerar a confissão entendendo que "O réu, em verdade, alegou que desconhecia a falsidade do documento, a fim de que fosse reconhecida eventual causa de exclusão do dolo " (fl. 351).

Ocorre que, segundo jurisprudência deste Superior Tribunal, "A confissão espontânea, ainda que seja parcial ou qualificada, judicial ou extrajudicial ou ainda que tenha havido a retratação, deve ser reconhecida como atenuante quando utilizada para fundamentar a condenação". (AgRg no HC 575543 / SC, RELATOR(A) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 15/10/2020).

Desse modo, deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea em favor do réu, ao que se segue o redimensionamento da condenação.

Mantida a pena-base no mínimo legal, em 2 anos de reclusão, e 10 dias-multa, e operando-se, na segunda fase, a compensação integral da reincidência com a confissão do paciente, bem como considerando ausência de modificações a ser feitas no âmbito da derradeira etapa dosimétrica, chega-se ao *quantum* definitivo de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

O regime semiaberto deve ser mantido, nos termos do art. 33, §2º, c, pois, em que pese a pena ser inferior a 4 anos, o acusado é reincidente.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental para reduzir a pena do paciente para 2 anos de reclusão, em regime semiaberto, e 10 dias-multa.

É o voto.