HABEAS CORPUS Nº 506.143 - MG (2019/0115726-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS CONRADO DE CARVALHO ARAUJO - MG110527
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE	:	KEROLAYNE DIAS NERI

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de KEROLAYNE DIAS NERI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Criminal n. 1.0693.14.000973-1/001.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incursa nas sanções dos artigos 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso interposto pela defesa, a fim de redimensionar a reprimenda para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Os embargos de declaração opostos pela defesa foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*.

Nesta via, sustenta a impetrante, em síntese, a inexistência de motivação para a imposição de regime prisional semiaberto, sendo cabível a alteração para o aberto e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem constitucional para que seja fixado o regime prisional aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 476-477.

As informações foram prestadas às fls. 563-569.

O MPF, às fls. 573-579, manifestou-se pela denegação do *writ*.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que tange ao regime inicial, verifica-se que o Colegiado manteve o semiaberto, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 438):

> *"Logo, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deveria, em regra, ser o fechado, independentemente de ter sido aplicada, na espécie, a*

> *causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, mesmo porque não haveria como uma simples minorante retirar a natureza hedionda do delito praticado pelo réu.*
> *Não obstante, considerando que o MM. Juiz Singular estabeleceu o regime prisional semiaberto para a acusada, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal, deve ele permanecer inalterado, por ser mais benéfico à recorrente e por inexistir recurso da Acusação contra este aspecto do apenamento."*

Na presente hipótese, verifica-se que não obstante a pena final cominada a paciente seja inferior a 4 (quatro) anos, a presença de circunstância judicial desfavorável, na primeira fase da dosimetria (e-STJ fl. 431), impede a fixação do modo aberto para o resgate da sanção reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, letra c e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO CIRCUNSTANCIADO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PENA-BASE MAJORADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]*
> *3. Embora o quantum da pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permita, em tese, a fixação do regime aberto, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP) utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal, bem como o fato do paciente ser reincidente, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, que no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal, bem como em consonância com esta Quinta Turma. Precedentes.*
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 444.116/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 25/06/2018)*
>
> *PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CTB. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO JULGADA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE*

INOCÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CONCRETIZAÇÃO DO RISCO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO COM DANOS MATERIAIS A BEM DE TERCEIROS. ELEMENTOS QUE EXTRAPOLAM O TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. FATOS ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. EXASPERAÇÃO.

QUANTUM DE AUMENTO. ADEQUAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SURSIS PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SUBJETIVO. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. O crime descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB classifica-se como delito de perigo abstrato, de maneira que, para sua caracterização, basta que o motorista esteja com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa. Dito de outra forma, o perigo de dano a outras pessoas ou bens é presumido por lei. Nesse diapasão, se da conduta perpetrada pelo agente advém acidente automobilístico a ocasionar dano material a bem de terceiro, tal qual no caso concreto, há a efetiva concretização do risco, que por escapar à previsão do tipo penal standard concretiza um plus com aptidão a amparar a majoração da pena básica.

4. Configuram-se maus antecedentes se, na data da sentença, o paciente possuía condenação definitiva por delito anterior. A exigência de que o trânsito em julgado preceda o cometimento do crime atual é apenas para a caracterização da reincidência. Precedentes.

5. Nos termos da Jurisprudência solidificada desta Corte, não há óbice à utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para fixação da pena-base acima do mínimo legal a título de maus antecedentes, conduta social ou personalidade, desde que se arrolem condenações distintas, sob pena de se incorrer em bis in idem. Na espécie, foi referenciada para fins de negativação da conduta social e personalidade a mesma condenação outrora empregada a título de maus antecedentes, sendo de rigor o decréscimo sancionatório.

6. Não há ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

7. Não obstante a reprimenda final seja inferior a 4 anos de reclusão, é inviável a imposição do regime aberto, haja vista que

> *a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. De rigor, pois, a manutenção do regime inicial semiaberto.*
> *8. Não obstante a presença dos limites objetivos previstos nos art. 44, I e 77, caput, do Código Penal, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis não se compagina com o disposto no art. 44, III e art. 77, II, do referido diploma legal.*
> *9. Ordem parcialmente concedida, apenas para reduzir a reprimenda imposta à paciente ao patamar de 9 meses de detenção, mantidos os demais termos do édito condenatório. (HC 419.100/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 05/04/2018)*

Desse modo, estabelecida a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos, mas ostentando circunstância judicial desfavorável, proporcional a manutenção do regime inicial semiaberto.

Ademais, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito previsto no artigo 44 do Código Penal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não conheço do *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator