

HABEAS CORPUS Nº 501.503 - SP (2019/0089810-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DIEGO DERICO VELLOSO
ADVOGADO : DIEGO DERICO VELLOSO - SP334160
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGES FERNANDO WADA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de REGES FERNANDO WADA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0004897-15.2015.8.26.0368.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte *a quo*, que deu provimento parcial ao recurso, a fim de redimensionar a pena para 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação suficiente para justificar a fixação do regime prisional semiaberto, em descompasso com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte.

Assevera que o sentenciado não é contumaz na prática delituosa, sendo devida a alteração do modo prisional para o aberto.

Afirma que o paciente possui direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja fixado o regime prisional aberto e, ainda, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 459-460.

Informações prestadas às fls. 465-501 e 504-547.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 549-553, pelo não conhecimento da impetração e, se conhecida, pela sua denegação.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que tange ao regime inicial, verifica-se que a sentença condenatória fixou o semiaberto, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 333):

*"O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto, observado o disposto no artigo 33, §§2º e 3º, do Código Penal, por se tratar de acusado **reincidente** na*

prática de crime doloso, não sendo recomendável o início de cumprimento de pena em regime mais brando, tudo em observância ao disposto na súmula 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal."

O acórdão recorrido, por sua vez, corroborou (e-STJ fl. 447):

*"Tendo em vista tratar-se de acusado **reincidente**, foi fixado o regime inicial semiaberto, que fica mantido."*

Na presente hipótese, verifica-se que não obstante a pena final cominada ao paciente seja inferior a 4 (quatro) anos, a reincidência impede a fixação do modo aberto para o resgate da sanção reclusiva, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENA CORPORAL INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO MANDAMUS. DISCUSSÃO EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. INVIABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, a escolha do regime prisional inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao total da pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado. Na hipótese, não se constata flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial semiaberto, pois, embora a pena da agravante tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a reincidência indica que o modo imediatamente mais gravoso de execução é o mais adequado.

2. Não há como se examinar o pleito de concessão de prisão domiciliar, uma vez que a tese não foi objeto de exame pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Não é possível a análise do pleito de conversão da pena privativa por restritiva, porquanto a pretensão somente foi trazida à discussão em sede de agravo regimental, providência vedada pela jurisprudência deste Tribunal Superior, por revelar nítida inovação recursal.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 442.244/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 08/03/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 1º E 155, § 4º, IV, AMBOS DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CONCURSO DE PESSOAS E CONSTATADA A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO ORA AGRAVANTE. COMPORTAMENTO REPROVÁVEL.

PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO QUE NÃO INFIRMOU, DE FORMA ESPECÍFICA, TODOS OS FUNDAMENTOS DO DECISUM COMBATIDO. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ.

1. O recurso especial foi desprovido com suporte tanto na constatada reincidência específica do agravante, como pela qualificação do furto, diante do reconhecimento do concurso de pessoas. Não houve nenhuma impugnação a esse último fundamento.

2. A insurgência não merece prosperar, haja vista o agravante não ter atacado de forma específica todos os fundamentos da decisão agravada, incidindo, no caso, a Súmula 182/STJ.

3. Como tem reiteradamente decidido esta Corte, em obediência ao princípio da dialeticidade, os recursos devem impugnar, de maneira específica e pormenorizada, todos os fundamentos da decisão contra a qual se insurgem, sob pena de vê-los mantidos (AgRg no AREsp n. 1.234.909/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 2/4/2018).

4. Nos termos da Súmula 182 desta Corte, é manifestamente inadmissível o agravo regimental que não impugna, especificamente, todos os fundamentos da decisão confrontada (AgRg no AREsp n. 1.056.485/ES, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 2/4/2018).

5. Não merece reparos o regime carcerário determinado pelas instâncias ordinárias, porque, ainda que imposta uma reprimenda privativa de liberdade, fixada de forma definitiva, em um patamar aquém de 4 anos de reclusão, diante da constatada reincidência do agravante, incorre a imposição do regime semiaberto, conforme disciplina o art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

6. Agravo regimental não conhecido.

(AgRg no REsp 1732085/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 06/06/2018)

Desse modo, estabelecida a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos, mas sendo o réu reincidente, proporcional a manutenção do regime inicial semiaberto.

Em relação à almejada substituição da pena, tem-se que a conversão por restritiva de direitos foi afastada diante do não preenchimento dos requisitos legais, conforme o seguinte excerto do aresto impugnado (e-STJ fl. 448):

*"Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão da suspensão condicional da pena, pois o acusado é **reincidente em crime doloso** e ostenta **maus antecedentes**."*

Desse modo, não preenchendo o paciente os pressupostos elencados no art. 44 do Código Penal, não há coação ilegal a ser sanada por este Superior Tribunal.

Nesse norte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INCS. II E III, CP). WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que 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" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - Para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos, o que não se verifica na hipótese dos autos.

IV - A presença de reincidência e maus antecedentes, reconhecido na condenação, não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento de requisito subjetivo previsto no art. 44, incisos II e III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 490.789/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 01/04/2019)

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, julgado em 20/02/2018, DJe 02/03/2018)

Nesse contexto, verifica-se que a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos encontra-se devidamente justificada.

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

Publique-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

