

HABEAS CORPUS Nº 509.685 - MG (2019/0134430-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
MAURÍCIO ROCHA FONTOURA - MG000461D
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : ADAILTON LIMA SALES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ADAILTON LIMA SALES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação n. 1.0079.16.026043-0/001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte *a quo*, que deu parcial provimento ao recurso, a fim de redimensionar a reprimenda para 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Nesta via, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação suficiente para justificar a fixação do regime prisional fechado, em descompasso com o entendimento preconizado no Enunciado Sumular 719 da Suprema Corte.

Defende a alteração do modo prisional fechado para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, do CP, levando em consideração a quantidade da pena aplicada.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja mitigado o regime prisional para o semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 428-429.

Informações prestadas às fls. 434-461.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 465-470, 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 à pretensão de abrandamento do regime prisional, o Tribunal estadual manteve o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 407):

"Fixo o regime fechado para cumprimento de pena, em observância ao que dispõe o artigo 33 do Código Penal, e a condição de reincidente do réu."

O acórdão dos embargos de declaração, por sua vez, estabeleceu (e-STJ

fl. 420):

"Ao contrário daquilo que o embargante apresentou o art.33 do Código Penal estabelece parâmetros a serem seguidos para fixação de regime inicial de cumprimento de pena, aos indivíduos não reincidentes.

In casu, observo que a reincidência, acrescida da própria natureza do delito (crime praticado com violência) justifica a fixação do regime mais gravoso, sendo que, fora inclusive ressaltado a condição de reincidência do acusado para tal fixação. Assim sendo, ao meu ver, não há que se falar em deficiência de fundamentação no julgado atacado."

In casu, verifica-se que o regime fechado foi o imposto para o resgate inicial da reprimenda privativa de liberdade imposta pelo Tribunal *a quo* em razão da reincidência, na segunda fase da dosimetria da pena.

No entanto, fixada a reprimenda reclusiva em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo prisional menos gravoso, qual seja, o semiaberto, porquanto o paciente é reincidente na prática delitiva, circunstância que obsta o abrandamento do modo prisional para o aberto, em consonância com o art. 33 do CP.

Outrossim, dispõe a Súmula 269/STJ:

"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE RECONHECIDA. RÉU REINCIDENTE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSENTES OS REQUISITOS LEGAIS. WRIT 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. *Na hipótese dos autos, é possível a aplicação do regime intermediário para início de cumprimento da reprimenda, tendo em vista a quantidade de pena aplicada - inferior a 4 anos - e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis, embora seja o paciente reincidente, ex vi do enunciado n. 269 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.*

3. *"Embora a pena definitiva tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos mostra-se insuficiente quando há reincidência e a medida não se mostra recomendável (art. 44, II e § 3º, do CP) (AgRg no Resp. 1.716.907/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/5/2018).*

4. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente concedida, fixar o regime semiaberto para o início de resgate da pena, mantido os demais termos da condenação. (HC 490.899/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 08/03/2019)*

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTOS QUALIFICADOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. PENA FINAL INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ART. 33, § 2º, "B" E "C" DO CÓDIGO PENAL E ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. *In casu, todas as circunstâncias judiciais foram valoradas positivamente, houve o reconhecimento da reincidência do réu e a pena final foi fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.*

2. *Em tais hipóteses, em razão da reincidência do réu, o art. 33, § 2º, "b" e "c", do Código Penal e o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte autorizam a fixação do regime inicial intermediário.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

(AgRg no AREsp 1380057/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 21/03/2019)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do writ, **concedendo-se**, contudo, habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, §2º, do Código de Processo Penal, para fixar o **regime prisional semiaberto** para início do cumprimento da pena pelo paciente.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator