

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 538.294 - MG (2019/0302391-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : MARCOS PHILIP FERNANDES DOS SANTOS
ADVOGADO : MARCOS PHILIP FERNANDES DOS SANTOS - MG188685
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : JUNIOR PAULO DE JESUS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JUNIOR PAULO DE JESUS contra ato de Desembargador Relator da Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (HC nº 1.0000.19.127541-1/000).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/06.

Contra o indeferimento do direito de recorrer em liberdade na sentença, a defesa impetrou a ordem originária, cuja liminar foi indeferida pelo Desembargador Relator (e-STJ fls. 60/61).

No presente *writ*, a defesa alega que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, tendo todas as circunstâncias pessoais sido consideradas favoráveis. Além disso, relata que ele já cumpriu antecipadamente mais de 1/3 do lapso fixado, de modo que a prisão consistiria em constrangimento ilegal.

Pleiteia a superação do enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal para que, em liminar e no mérito, seja revogada a prisão preventiva, se for o caso com fixação de outras medidas cautelares.

É o relatório. Decido.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na esteira da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, entende

Superior Tribunal de Justiça

que não cabe *habeas corpus* contra decisão que indefere liminar na origem. A propósito:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR NA ORIGEM. NÃO CABIMENTO. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. INOCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Não se admite, em princípio, a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância. (Enunciado 691, da Súmula do STF), ressalvadas as decisões teratológicas ou com deficiência de fundamentação, o que não ocorre na hipótese. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 306.319/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 19/06/2015).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR DE HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO DO WRIT ORIGINÁRIO, NO TRIBUNAL DE ORIGEM. PERDA DE OBJETO DO PRÓPRIO WRIT. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO.

1. Tratando-se de impetração contra decisão monocrática, proferida por Desembargador Relator do Tribunal Estadual, que indeferiu pedido de liminar, em que não se observa teratologia ou falta de fundamentação, não há que ser mitigada a aplicação da Súmula n. 691 do STF.

2. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, a superveniência de acórdão, apreciando o mérito do writ originário, impetrado em 2º Grau, torna prejudicada a análise do habeas corpus, impetrado neste Superior Tribunal de Justiça.

3. Prejudicado o agravo regimental, em face da perda superveniente de objeto deste writ, pelo julgamento do habeas corpus na origem.

4. Agravo Regimental prejudicado. (AgRg no HC n. 288.056/SP, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 26/05/2015).

Em situações excepcionais, entretanto, como forma de garantir a efetividade da prestação jurisdicional nas situações de urgência, uma vez constatada a existência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, é possível a superação do mencionado enunciado (HC n. 318.415/SP, Rel. Min.

Superior Tribunal de Justiça

REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 4/8/15, DJe 12/8/15).

No caso destes autos, neste juízo superficial típico das decisões liminares, considera-se demonstrada a excepcionalidade que autoriza o exame da insurgência dirigida contra decisão singular do Tribunal de origem.

A sentença de e-STJ fls. 19/56 condenou o ora paciente a pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, pelo crime de associação para o tráfico - art. 35 da Lei nº 11.343/06 -, e também lhe recusou o direito de responder ao processo em liberdade nas instâncias ordinárias (e-STJ fls. 53/54):

Na primeira fase, em análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei 11.343/06, observo, quanto à culpabilidade, ter o réu atuado com grau de reprovabilidade próprio do crime em tela; os antecedentes são bons, pois não há comprovação nos autos de condenação definitiva por fato anterior; a conduta social e a personalidade não são passíveis de valoração negativa, por falta de provas nesse sentido; os motivos do crime são próprios das infrações dessa natureza; circunstâncias do delito são negativas, já que a associação criminosa conta com muitos membros e com organização avançada, inclusive com centralização de operações financeiras; o comportamento da vítima constitui vetor não aplicável ao caso em tela.

Assim, em vista do intervalo cominado no preceito secundário do tipo (03 a 10 anos) e da existência de uma vetorial negativa, fixo a pena-base em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, quantum mínimo para reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, presente a circunstância atenuante da menoridade (art. 65, I, CP), reduzo a pena para 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Por fim, na terceira etapa, por não concorrerem causas de diminuição ou de aumento, toma a pena definitivamente concretizada em 03 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Fixo o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato criminoso, nos moldes do artigo 43 da Lei 11.343/06, por falta de informações detalhadas sobre as condições de fortuna do condenado,

Superior Tribunal de Justiça

presumidamente desfavoráveis.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do habeas corpus nº 111.840/ES, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade da disposição normativa contida no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, por afronta à garantia fundamental da individualização da pena, nos moldes do artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República.

Por consequência, o regime inicial de cumprimento de pena deve ser determinado de acordo com os parâmetros fixados pelos artigos 33 e 59 do Código Penal, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. Além do limite quantitativo de pena, todavia, devem ser levadas em consideração também as circunstâncias judiciais (art. 33, § 3º, CP).

Assim, em vista do montante de pena inferior a 04 anos, e da existência de circunstância judicial negativa, em atendimento aos artigos 42 da Lei 11.343/06 e 59, inciso III, e 33, parágrafo 2º, alínea A e § 3º, do Código Penal, fixo regime inicial FECHADO para cumprimento da pena.

Incabíveis quaisquer benefícios descarcerizadores (arts. 44 e 77 do CP), pela circunstância judicial negativa, por estar o réu respondendo por outros delitos e por a medida não ser recomendável.

(...)

Os acusados responderam ao processo presos preventivamente, de forma que, permanecendo os pressupostos de fato e de direito que embasaram a decretação dos seus encarceramentos, não há motivo para sua liberação a essa altura do processo.

De fato, os réus possuem diversos registros policiais, a indicar vivência delitiva, de forma que, pelo risco de reiteração criminosa, se impõe a manutenção da cautela.

Já o relator da causa na instância de origem indeferiu a tutela de urgência, limitando-se a ponderar o seguinte (e-STJ fls. 60/61):

Analisando com acuidade os autos, verifica-se que o pedido liminar não pode ser deferido, eis que não comprovado o fumus boni iuris, razão pela qual, a priori, torna-se imprescindível a oitiva da autoridade apontada como coatora, visando a uma melhor análise do mérito do pedido exordial.

Ademais, ressalte-se que o fundamento da liminar confunde-se com o mérito do presente writ e, assim sendo, sua apreciação compete à Turma Julgadora.

Superior Tribunal de Justiça

Diante do exposto, INDEFIRO O PEDIDO LIMINAR.

Ocorre que a negativa do direito de recorrer em liberdade exigia, nesse contexto, fundamentação idônea quanto à imperiosidade da segregação cautelar, fundada não só no requisito do *fumus comissi delicti*, mas também no do *periculum libertatis*, na linha do entendimento perfilhado no seguinte aresto paradigmático:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CONDENAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, dos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste o periculum libertatis.

2. Segundo o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, "o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta".

3. Não obstante a jurisprudência desta Corte admita que na sentença condenatória, para manter a prisão cautelar do acusado, possa o juiz reportar-se aos fundamentos da decisão que havia decretado a prisão preventiva, no presente caso tanto o referido decreto como a sentença carecem de fundamentação idônea.

4. Ordem concedida.

(HC 381.307/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017)

Ademais, embora se admita, em princípio, que pena de 4 anos de reclusão tenha seu cumprimento iniciado no regime mais severo, essa medida é excepcional, condicionada à verificação de circunstâncias judiciais particularmente desfavoráveis ao réu, como maus antecedentes ou especial gravidade do delito, nada que se observe no caso destes autos. É isso, de fato, o

Superior Tribunal de Justiça

que se depreende dos seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO PENA INTERMEDIÁRIA. COMPENSAÇÃO ATENUANTE CONFISSÃO ESPOTÂNEA COM AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. NÃO CABIMENTO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. LIMINAR REVOGADA.

(...).

V - A despeito do montante final da pena autorizar, a princípio, o regime aberto, depreende-se da dosimetria realizada que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao paciente, que possui maus antecedentes, o que justifica o agravamento do regime prisional, para o fechado, consoante orientação do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Liminar revogada.

(HC 441.162/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DOS VETORES JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Inexiste um critério puramente aritmético para a dosimetria da pena, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar cada circunstância à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbútrio, como na espécie, em que a pena varia entre dois e doze anos e foi fixada em três anos de reclusão, em face da avaliação desfavorável de duas circunstâncias judiciais.

2. Ademais, cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático-probatório a fim de analisar a adequada pena-base a ser aplicada ao réu. Óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte Superior (ut, AgInt no AREsp 865.672/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 12/5/2016).

Superior Tribunal de Justiça

3. O regime prisional fechado foi adequadamente fixado, tendo em conta a pena aplicada (4 anos e 2 meses de reclusão) e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis 4. A pena foi estipulada em patamar superior a quatro anos, impedindo a conversão da reprimenda corporal em restritiva de direitos, por não restar atendido o requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do CP.

5. "É vedado, em sede de agravo regimental ou embargos de declaração, ampliar a quaestio veiculada no recurso especial, inovando questões não suscitadas anteriormente" (AgRg no REsp 1378508/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1293752/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU REINCIDENTE QUE TEVE VALORADA NEGATIVAMENTE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte admite "a fixação de regime prisional fechado ao réu reincidente, condenado à pena inferior à 4 anos, se a pena-base é estabelecida acima do mínimo legal" (AgRg no REsp 1.558.372/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 16/06/2016). Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1533819/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 20/06/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 619 E 620 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. MERO INCONFORMISMO DA PARTE. ART. 184, § 2º, DO CP. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. FALSIDADE DOS BENS APREENDIDOS. PERÍCIA FEITA POR AMOSTRAGEM. POSSIBILIDADE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. RÉUS MULTIRREINCIDENTES ESPECÍFICOS. FUNDAMENTO IDÔNEO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. RÉUS MULTIRREINCIDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 269/STJ.

Superior Tribunal de Justiça

NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(...).

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que se vislumbra no caso, tendo em vista que os réus são multirreincidentes específicos.

4. O regime fechado para cumprimento inicial da pena foi devidamente fundamentado, consoante dispõe o art. 33, e parágrafos, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente mais gravoso para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, os maus antecedentes dos acusados implicaram majoração da pena-base, tendo, ainda, sido reconhecida a reincidência. Não aplicação da Súmula n. 269 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1524459/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)

Ao menos neste juízo superficial, típico das decisões liminares, o regime inicial fechado não parece compatível com a pena imposta, na ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tratando-se de réu sem maus antecedentes, condenado nos termos do art. 35 da Lei nº 11.343/06.

Ante o exposto, **defiro** o pedido liminar para suspender os efeitos da sentença condenatória até o julgamento final deste pedido de *habeas corpus*, assegurando-se provisoriamente o direito de o paciente aguardar o julgamento do seu recurso de apelação em liberdade.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal impetrado e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-se informações à instância de origem, inclusive o envio da senha para acesso ao processo eletrônico.

Abra-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 08 de outubro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

