

HABEAS CORPUS Nº 544.324 - SP (2019/0334558-2)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : ANTONIO ROBERTO DAROS
ADVOGADO : ANTONIO ROBERTO DAROS - SP351059
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELIO DUARTE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **ELIO DUARTE** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 01 (um) ano e 05 (cinco) meses de detenção, em regime semiaberto, e 16 (dezesesseis) dias-multa, além da suspensão para dirigir veículo automotor pelo período de 03 (três) meses, e indenização à vítima no valor de R\$ 2.000,00, como incurso nas sanções dos artigos 303, 306 e 309 da Lei nº 9.503/97.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, para redimensionar a pena para **01 (um) ano, 02 (dois) meses e 07 (sete) dias de detenção e 14 (quatorze) dias-multa, mais 03 (três) meses de proibição do direito de habilitação**, nos termos do acórdão juntado às fls. 216-229, com a seguinte ementa:

"Apelação. Artigos 303, 306 e 309, todos da Lei nº 9.503/97. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação do réu nos moldes em que proferida. Pena. Correções necessárias. Réu que ostenta somente uma condenação. Afastado o aumento pelos maus antecedentes e mantido o acréscimo pela reincidência. Confissão quanto aos delitos dos artigos 306 e 309 do CTB. Reconhecida a atenuante quanto a estes delitos. Regime bem fundamentado e que não comporta alteração. Recurso defensivo parcialmente provido, com o redimensionamento da pena e expedição de mandado de prisão."

Superior Tribunal de Justiça

No presente **writ**, o impetrante sustenta que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para fixar o regime aberto, para o início de cumprimento da pena (fls. 3-12).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 288-290).

As informações foram prestadas às fls. 296-310.

O Ministério Público Federal, às fls. 312-315, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"Habeas corpus impetrado como sucedâneo recursal. Impossibilidade. Viabilidade, todavia, de concessão de ofício da ordem. Prática de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, condução de veículo automotor com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool e direção de veículo automotor, em via pública, com o direito de dirigir cassado, gerando perigo de dano. Inconformismo com o regime inicial de cumprimento da pena. Improcedência. Fixação do regime inicial semiaberto fundamentada na reincidência específica, elemento suscetível de ponderação mais gravosa para o incremento do regime prisional inicial. Execução provisória da pena determinada pela Corte de origem. Impossibilidade diante da nova orientação do Tribunal Pleno do STF, adotada em 7/11/2019, no julgamento de procedência das ADCs n.ºs 43, 44 e 54, em que decidiu pela constitucionalidade da regra do art. 283 do CPP que prevê a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início do cumprimento da pena, por estar em consonância com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, LVII, da CF. Paciente que deve responder ao processo em liberdade até o trânsito em julgado do acórdão condenatório, a menos que estejam presentes os requisitos para a sua segregação cautelar. Parecer pelo não conhecimento do writ e pela concessão da ordem de ofício, apenas para impedir o recolhimento do Paciente ao cárcere antes do trânsito em julgado da condenação."

É o relatório.

Decido.

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 do ato, salvos os casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante alega a ocorrência de afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em

elementos concretos extraídos dos autos.

Na hipótese, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente é reincidente, sendo aplicável, destarte, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o **semiaberto**, no termos do art. 33, parágrafo 2º, alínea **b**, do Código Penal.

Sobre o tema, colaciono os seguintes arestos:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. DELITOS AUTÔNOMOS. TESE DE INOCORRÊNCIA DO DELITO DE USO DE DOCUMENTO FALSO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENAS-BASE. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DOS VETORES DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PENAS REDUZIDAS. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Tratando o caso de delitos autônomos, não se aplica o princípio da consunção na hipótese vertente, pois as instâncias de origem consideraram que a falsidade ideológica não se encontrou na linha de desdobramento causal do delito de uso de documento falso. Ademais, a tese defensiva de que inexistiu a ocorrência do delito de uso de documento falso importa revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus, de cognição sumária. Precedentes.

- 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.

- A premeditação constitui elemento idôneo a justificar o desvalor da ação, pois denota maior gravidade da infração penal. Contudo, na espécie, ao vincular a premeditação com o fato de o paciente ter um histórico criminal, o qual já foi valorado na segunda fase da dosimetria, as instâncias de origem impuseram constrangimento ilegal ao paciente, de modo que deve ser excluída a valoração negativa do vetor da culpabilidade.

- Quanto às circunstâncias do delito, observa-se que é inidôneo o argumento utilizado para considerar dito vetor desfavorável ao paciente, uma vez que o fato de ter praticado o crime com o fim de ludibriar as autoridades de segurança pública integra os tipos penais violados, já sendo punido pela própria tipicidade dos crimes contra a fé pública. *Precedentes.*

- Quanto ao regime de cumprimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

- **Consoante a Súmula n. 269 desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.**

- **No caso, embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis e o novo montante da pena (3 anos e 6 meses de reclusão) comporte, em princípio, o regime inicial aberto, a reincidência do paciente justifica o estabelecimento do regime intermediário, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e da Súmula n. 269 desta Corte. Precedentes.**

- *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para reduzir as penas do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 22 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."* (HC 322.702/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 30/06/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ALEGAÇÃO DE ERRO NA ANÁLISE DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. APENADO REINCIDENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL E SÚMULA 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA

REPRIMENDA POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A questão atinente à nulidade da sentença quanto à dosimetria da pena, pois teria tido erro na análise da certidão de antecedentes criminais, não foi submetida ou apreciada pelo Tribunal de origem, o que obsta a sua análise por esta Corte Superior, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância.

3. **Embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão (7 meses e 5 dias de detenção) e as circunstâncias judiciais serem favoráveis, o regime inicial semiaberto foi fixado em razão de tratar-se de paciente reincidente, em observância ao enunciado da Súmula n. 269 desta Corte Superior, segundo o qual dispõe que "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.**

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos exige o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no art. 44 do Código Penal - CP. A Corte estadual negou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por entender que a substituição não seria recomendável, nos termos do que dispõe o art. 44, inciso II, e § 3º, do CP.

Habeas corpus não conhecido."(HC 379.554/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 18/05/2017).

Por fim, mostra-se possível a execução da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal, pois já houve o trânsito em julgado da condenação

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

P. e I.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator