

HABEAS CORPUS Nº 541.719 - SP (2019/0319301-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : CAUBI PEREIRA GOMES
ADVOGADO : CAUBI PEREIRA GOMES - SP346648
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO AUGUSTO DA SILVA FERREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MARCELO AUGUSTO DA SILVA FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002999-22.2018.8.26.0348).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003 e art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, em regime fechado (e-STJ, fls. 31/39).

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a condenação nos termos proferidos pelo juiz de primeiro grau (e-STJ, fls. 51/81). Segue a ementa do acórdão:

Receptação, Porte de Anua e Corrupção de Menores, em concurso material - Absolvição - Inviável - Robusto conjunto probatório - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Dois réus confessaram o porte da arma - Laudo pericial demonstrando a supressão da numeração - Narrativa dos policiais confirmando o encontro do artefato em um dos carros, juntamente com alguns simulacros - O fato de parte dos réus não estarem no mesmo veículo que a arma não retira a culpabilidade deles - Estavam em conluio para a prática delituosa - Corrupção de menores é crime formal, não sendo necessário demonstrar a inocência moral do adolescente - Súmula 500 do STJ - Condenações mantidas - Penas e regimes inalterados - Recursos defensivos improvidos.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/16), o impetrante informa que a

presente ação constitucional objetiva a *extensão da liminar concedida no r. Habeas Corpus 539.058/SP*, haja vista que as peças acostadas aos autos não deixam margem a dúvidas de que a sua situação é objetivamente idêntica à do paciente da impetração (e-STJ, fl. 6).

Alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da fixação do regime mais gravoso. Afirma que a pena não excede a 4 anos, o paciente é primário, de bons antecedentes e as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis. Argumenta que a gravidade abstrata do delito não pode ser utilizada como fundamento para justificar o regime inicial mais gravoso.

Por fim, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que não houve emprego de violência ou grave ameaça à vítima.

Dessa forma, pugna, na liminar e no mérito, a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido (e-STJ fls. 93/96), para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime aberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas com a concessão da ordem de ofício (fls. 180/184) na forma da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CONHECIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CORRUPÇÃO DE MENORES. REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

- Para a fixação do regime prisional, deve o julgador, de forma motivada (Súmulas 718 e 719/STF e 440/STJ), observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal. Na espécie, considerando-se a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a inexistência de reincidência e o quantum da pena igual a 4 (quatro) anos, de rigor o regime aberto, nos

termos do art. 33, § 2º, alínea “c”, e §3º, do Código Penal, para o início do cumprimento da pena.

- Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Art. 44 do Código Penal. No caso em tela, o paciente foi condenado por crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, à pena em patamar não superior a 4 anos de reclusão e as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram todas consideradas favoráveis, denotando ser socialmente recomendada a pretendida substituição.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus e pela concessão da ordem de ofício, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena e substituir a pena corporal por restritiva de direitos.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção da paciente.

E, na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Quanto à fixação do regime prisional, sabe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

Nessa linha, foi editada a Súmula n. 440/STJ, segundo a qual, *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.*

Na mesma esteira, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do

Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

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.

No caso, o acórdão recorrido manteve o regime inicial fechado com lastro na seguinte fundamentação (e-STJ, fl. 76):

Assim, as reprimendas ficam totalizadas em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) diárias, no piso, para os réus LUCAS UDEZEH, SAMUEL e MARCELO; em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias multa, no valor mínimo legal, para o apelante SÉRGIO; e em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso, para LUCAS LEANDRO.

O regime inicial de cumprimento de pena foi estabelecido no fechado e deve ser assim mantido, por conta da mencionada recidiva de SÉRGIO e SAMUEL, e pela personalidade desvirtuada dos demais acusados.

Com efeito, da leitura dos autos é possível extrair que o regime inicial mais gravoso foi estabelecido sem fundamentação idônea, porquanto baseado em referências genéricas acerca da personalidade do paciente, a despeito de as circunstâncias judiciais terem sido consideradas todas favoráveis, tanto que as penas-base foram fixadas no mínimo legal.

Nesse contexto, tratando-se de réu primário, condenado à pena privativa de liberdade não excedente a 4 anos, com circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus ao regime aberto, nos termos do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Do mesmo modo, atendendo o paciente aos requisitos do art. 44 do CP, constitui coação ilegal a não substituição da pena na espécie, motivo pelo qual promove-se a substituição da sanção corporal por medidas restritivas de

direitos, a serem definidas pelo singular.

Nessa linha:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CUMPRIMENTO INICIAL EM REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

2. Nos termos da Súmula 440 desta Corte, "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". Aplicação, também, dos verbetes n. 718 e 719 do STF.

3. No caso, estabelecida a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão, sendo primário o agente e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, sobretudo quando considerada a não expressiva quantidade de drogas apreendidas - 1 porção de maconha (17,770 g), 2 pinos de cocaína (1,61 g) e 3 pedras de crack (2.07 g), a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

4. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena reclusiva e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos da sentença proferida no Juízo de primeiro grau. (HC 354.398/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

[...]

FRAÇÃO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA SANÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MENOS GRAVOSO PARA O RESGATE DA SANÇÃO RECLUSIVA E A SUA PERMUTA POR REPRIMENDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

3. Tratando-se de condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, primário e de bons antecedentes, com quem foi apreendida quantidade de substâncias entorpecentes que não se revela expressiva ou elevada, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade, bem como a sua substituição por sanções restritivas de direitos.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, fixando-se o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção reclusiva, e substituindo-a por reprimendas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana. (HC 363.239/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 20/10/2016, DJe 26/10/2016)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime aberto, bem como para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a critério do Juízo das Execuções Penais.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator