

HABEAS CORPUS Nº 539.943 - SP (2019/0310628-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **TIAGO LEARDINI BELLUCCI**
ADVOGADO : **TIAGO LEARDINI BELLUCCI - SP333564**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DIONE COSTA DE OLIVEIRA (PRESO)**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de DIONE COSTA DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0001667-08.2017.8.26.0137.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 1 ano de detenção, em regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos tipificados no **art. 311 do Código de Trânsito Brasileiro, e no art. 330 do Código Penal, ambos em concurso material** (e-STJ, fls. 60/63).

Irresignada, a defesa apelou e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso para manter incólume a sentença (e-STJ, fls. 9/12), em acórdão assim ementado:

CRIME DE TRANSITO e DESOBEDIÊNCIA - Réu que conduz veículo automotor em velocidade excessiva por via pública e se recusa a atender à ordem de parada, empreendendo fuga - Perseguição que culmina com a colisão com dois outros veículos - Declarações dos policiais que devem ser recebidas como fidedignas, especialmente pela ausência de elementos para desqualificá-las - Réu reincidente em crime doloso - Impossibilidade de substituição por pena alternativa - Correta a fixação da pena privativa de liberdade com aplicação do concurso material - Recurso improvido.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/8), o impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da não substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos. Argumenta que, não

obstante ele seja reincidente, a substituição da pena é medida socialmente recomendável, haja vista que a condenação anterior, pelo delito de tráfico de drogas, é do ano de 2012, sendo ainda, na ocasião, reconhecida a figura do tráfico privilegiado. Afirma, também, que *os dois crimes através dos quais foi condenado, ambos são sem violência ou grave ameaça. Em outras palavras, são crimes de menor potencial ofensivo, de modo a reforçar, ao lado do que foi dito, a pena restritiva de direitos de serviço a comunidade e prestação pecuniária* (e-STJ, fl. 6).

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ, fls. 97/98 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ, fls. 101/105, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

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 do paciente.

Conforme relatado, busca o impetrante, em suma, a substituição da reprimenda do paciente.

É consabido que tanto a dosimetria da pena quanto a fixação do regime em que ela deverá ser cumprida configuram matérias restritas ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado, atrelados 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.

Sob essas balizas, ao fixar o regime inicial semiaberto para o resgate da sanção e negar a substituição da reprimenda, o Magistrado asseverou que (e-STJ, fls. 62/63, grifei):

[...]

Desta forma, comprovadas a materialidade e autoria, a condenação é medida de direito e de justiça.

Atento aos critérios estabelecidos no artigo 59 do Código Penal, verifico que a desobediência não ultrapassou a reprovabilidade própria da reprimenda tipificada em lei.

Quanto ao crime de direção perigosa, as conseqüências do crime devem justificar a elevação da pena na primeira fase, pois que o ato do réu não se limitou à criação de perigo, vindo a causar dano considerável. Aplica-se ao caso do autor o disposto no art. 398 do CTB, pois atuou "com dano potencial para duas ou mais pessoas ou com grande risco de grave dano patrimonial a terceiros";

Assim, aumento a pena-base do crime do art. 311 do CTB em dois meses, ficando a pena deste crime em 8 (oito) meses e a do crime de desobediência em 15 (quinze dias) de detenção.

O réu é reincidente, como se verifica de fls. 11. Assim, aumento sua pena na segunda fase, em dois meses e quinze dias para o crime do art. 311 do CTB (11 meses de detenção) e em 15 dias para o crime do art. 330 do CP (trinta dias de detenção).

Não há causas de aumento ou diminuição de pena.

Assim, o total de pena, para os dois delitos, na forma do art. 69 do CP, é de 1 (um) ano de detenção, sem multa alternativa.

O réu é reincidente e as circunstâncias dos delitos lhe são desfavoráveis, como se delineou acima, razão pela qual ele não faz jus a penas restritivas de direito, substitutivas da reprimenda corporal. Também não é cabível o SURSIS pela mesma razão.

Tendo em vista as conseqüências e riscos do delito, bem assim se tratar de réu reincidente, fixo como regime inicial o semiaberto.

A Corte paulista, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, ratificou

o entendimento acima, asseverando que *as penas foram corretamente dosadas, sendo que a reincidência em crime doloso impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade* (e-STJ, fl. 11).

De início, cumpre observar que apesar de o § 3º do art. 44 do Código Penal ressaltar a possibilidade de substituição da sanção, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não haja se operado em razão da prática do mesmo delito, verifico que as instâncias de origem justificaram a não aplicação do benefício, em razão da reincidência do paciente pela prática de crime doloso – tráfico de drogas (e-STJ, fls. 35 e 37) –, o que impede a substituição da reprimenda por expressa vedação legal, nos termos do art. 44, II, do Código Penal.

Nesse contexto, houve fundamentação idônea para inviabilizar o deferimento da benesse, de modo que não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na via estreita do remédio heroico.

Ilustrativamente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais

foram favoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto.

4. Não faz jus à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos do art. 44, II, e § 3º, porquanto é reincidente em crime doloso e, conforme constatado pelas instâncias ordinárias, não é socialmente adequada a substituição, conclusão esta que não pode ser alterada na via do writ, considerando o óbice ao revolvimento fático-probatório.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo a pena em regime diverso. (HC n. 487.841/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 12/3/2019, DJe 19/3/2019)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – CTB). REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, uma vez que o paciente é reincidente em crime doloso e teve a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, o que justifica a vedação à substituição da pena, tendo em vista a ausência dos requisitos previstos no art. 44, incisos II e III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. (HC n. 470.168/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 30/10/2018)

Desse modo, a pretensão formulada pelo impetrante encontra

Superior Tribunal de Justiça

óbice na jurisprudência consolidada desta Corte Superior, e na legislação penal, sendo manifestamente improcedente.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator