

HABEAS CORPUS Nº 536.374 - SC (2019/0292349-5)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : GUILHERME ALEXANDRE FERREIRA
ADVOGADO : GUILHERME ALEXANDRE FERREIRA - SC033173
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JUAN CARLOS PANOZO ORELLANA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **JUAN CARLOS PANOZO ORELLANA** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 02 (dois) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 297 do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo, nos termos do acórdão juntado às fls. 12-21, com a seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 297 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS ATRAVÉS DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL RÉU QUE, CONCORRE PARA A INFRAÇÃO PENAL AO CONTRATAR A FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO FORNECENDO FOTOGRAFIA PARA PODER OCULTAR SUA IDENTIDADE, DEVIDO À EXISTÊNCIA DE MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO EM SEU DESFAVOR. CRIME FORMAL QUE SE CONSUMA INDEPENDENTE DE RESULTADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO ACOLHIMENTO. REQUISITO DO ARTIGO 44, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDO. EXCEÇÃO ANOTADA NO ARTIGO. 44, §3º, DO CÓDIGO PENAL NÃO RECOMENDÁVEL. RECURSO CONHECIDO

E DESPROVIDO."

No presente **writ**, o impetrante sustenta que: "[...] a autoridade coatora negou a substituição de pena nos moldes do art. 44, §3º do Código Penal, pelo simples fato do paciente ser reincidente. Verifica-se que o Magistrado fixou regime semiaberto para cumprimento de pena, mormente em razão das circunstâncias judiciais serem favoráveis. Ocorre que o Magistrado não observou o §3 do art. 44 do Código Penal, o qual possibilita a substituição da pena privativa de liberdade."

Requer, ao final, a concessão da ordem, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (fls. 3-5).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 25-27).

As informações foram prestadas às fls. 30-62.

O Ministério Público Federal, às fls. 64-66, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. PENAS RESTRITIVAS. RÉU REINCIDENTE. NÃO CONHECIMENTO. DENEGAÇÃO. 1. Não é cabível habeas corpus substitutivo de recurso, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é admitida quando o réu é reincidente. Imposição do art. 44, II, do Código Penal. 3. Parecer pelo não conhecimento do writ. Caso assim não se entenda, pela denegação da ordem."

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 da impetração, ressalvados casos

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

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

O impetrante sustenta que: "*[...] a autoridade coatora negou a substituição de pena nos moldes do art. 44, §3º do Código Penal, pelo simples fato do paciente ser reincidente. Verifica-se que o Magistrado fixou regime semiaberto para cumprimento de pena, mormente em razão das circunstâncias judiciais serem favoráveis. Ocorre que o Magistrado não observou o §3 do art. 44 do Código Penal, o qual possibilita a substituição da pena privativa de liberdade.*"

O e. Tribunal **a quo**, no **punctum saliens**, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **verbis**:

" De outro lado, pleiteia a defesa a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sob o argumento de que o acusado preenche os requisitos legais do §3º do artigo 44 do Código Penal.

Contudo, melhor sorte não lhe socorre.

É mostra recomendável na espécie, mormente porque o apelante já possuía condenação anterior (autos n. 0000460-88.2012.8.16.0084 - fls. 114/116), e ainda assim fora preso em flagrante pelo delito descrito na denúncia, elemento que evidencia a frustração na prevenção de novos crimes por ele praticados. que, a aplicação do § 3º do artigo 44 do Código Penal não se."

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, § 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."

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.**

In casu, o regime adequado à hipótese é o **semiaberto**, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, uma vez que, a despeito do montante final da pena autorizar o regime aberto, depreende-se da dosimetria realizada que o paciente é reincidente.

Quanto à substituição da pena privativa de liberdade, o art. 44, II, do Código Penal **deve ser interpretado de forma conjunta com o parágrafo 3º do mesmo dispositivo**, ou seja, **a substituição da pena deve ser socialmente recomendável e o réu não pode ser reincidente específico.**

Na hipótese, a substituição da pena privativa de liberdade foi rechaçada com base em considerações vagas e genéricas, inerentes à própria reincidência, **configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.**

Destarte, preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, **pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

Ante o exposto, **não conheço do writ**. Todavia, **concedo a ordem** de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo **a quo**.

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

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

Relator