



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DE ALAGOAS
Processo 0600155-90.2020.6.02.0000

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL

HABEAS CORPUS CRIMINAL (307) - 0600155-90.2020.6.02.0000 - Pão de Açúcar - ALAGOAS

RELATOR: Desembargador HERMANN DE ALMEIDA MELO IMPETRANTE: GENIVALDO DOS SANTOS MARQUES Advogado do(a) IMPETRANTE: SIDNEY ROCHA PEIXOTO - AL6217

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSPORTE IRREGULAR DE ELEITORES (ART. 5º DA 6.091/74). WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE PRIMÁRIO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL ABERTO E TAMBÉM SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O entendimento prevalente das Cortes Superiores é no sentido da inviabilidade quanto à utilização de habeas corpus como substituto de revisão criminal. Todavia, admite-se a concessão da ordem de ofício quando do reexame da aplicação das penas, nas hipóteses em que se verifica manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. Precedentes.

2. Tratando-se de pena igual ou inferior a 4 anos, de réu primário, de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no

mínimo legal, a estipulação do regime inicial aberto é apropriada, sendo também de rigor a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para alterar o regime inicial de cumprimento de pena e proceder à substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos.

Acordam os Desembargadores do Tribunal Regional Eleitoral de Alagoas, à unanimidade de votos, em não conhecer da impetração. Todavia, com esteio no art. 654, §2º, do CP, conceder a ordem de ofício para: a) alterar o regime inicial de cumprimento de pena do paciente GENIVALDO DOS SANTOS MARQUES para o aberto; e b) proceder à substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos, nos termos do voto do Relator.

Maceió, 10/09/2020 Desembargador Eleitoral HERMANN DE ALMEIDA MELO

RELATÓRIO

Cuida-se de Habeas Corpus substitutivo de Revisão Criminal, com pedido de liminar, impetrado por Sidney Rocha Peixoto em benefício do paciente GENIVALDO DOS SANTOS MARQUES, tendo em vista suposto constrangimento ilegal, consubstanciado em ato do juízo da 11ª Zona Eleitoral.

Sustenta o impetrante que o paciente fora condenado pelo juízo eleitoral da Comarca de Pão de Açúcar, nos autos da Ação Penal Eleitoral de n.º 0001.022-79.2013.6.02.0011, como incurso nas penas do art. 5º c/c artigo 11, III, ambos da Lei 6.091/74, a quatro anos de reclusão. Ocorre que, mesmo sendo primário e de bons antecedentes, ao paciente foi imposto o regime semiaberto, contrariando o disposto no art. 33, §2, “c” do Estatuto Repressor. Acrescenta que embora fixado o regime inicial de cumprimento da pena de modo mais gravoso ao paciente, não fora fixado em sentença qualquer fundamentação que autorizasse a restrição.

Aduz que em cumprimento à aludida sentença condenatória foi expedido e cumprido mandado de prisão em desfavor do paciente, que foi recolhido na sede da 2ª Delegacia Regional de Polícia de Santana do Ipanema.

Por tais razões, defende que o paciente tem direito ao cumprimento da pena em regime aberto e, conseqüentemente, a imediata soltura, com o conhecimento do presente habeas corpus para que seja concedida a ordem de modo a fixar o regime inicial aberto e conseqüente determinação da soltura do paciente.

Alega, ainda, que o cenário apresentado autoriza a concessão de medida liminar da ordem impetrada, pois presentes os requisitos necessários: fumaça do bom direito e perigo na demora. O primeiro estaria demonstrado pela ocorrência de erro judicial crasso, em afronta ao princípio constitucional do devido processo legal e seus consectários. Por sua vez, o perigo na demora estaria demonstrado pela manifesta imprescindibilidade da medida e na sua urgência, vez que o paciente encontra-se preso, sendo portanto, prejuízo irreparável ou de difícil reparação.

Ao final requer: a) o deferimento da medida liminar, inaudita altera pars, para determinar a expedição de alvará de soltura do paciente; b) a manifestação do Ministério Público Eleitoral; c) que seja concedida a ordem, ao final, confirmando a medida liminar, e que seja reconhecida a ilegalidade do ato atacado, com a desconstituição do ato decisório; e d) a revisão da sentença atacada para fixar o regime inicialmente aberto para o paciente.

Juntou documentos (Id. 2260313, 2260363, 2260413, 2260463, 2260513 e 2260563).

Por meio da decisão de Id. 2265313 concedi parcialmente a liminar requerida, para determinar que o paciente fosse liberado do local onde se encontrava detido e colocado em prisão domiciliar até o julgamento do mérito deste feito.

Com vista dos autos, a Procuradoria Regional Eleitoral se manifestou pelo não conhecimento do writ, por entendê-lo inadequado ao propósito perseguido. Todavia, considerando a flagrante ilegalidade verificada, pugnou pela concessão do habeas corpus de ofício para determinar o cumprimento da pena em regime aberto, de acordo com as prescrições do art. 115 da Lei 7.210/84 e da Recomendação CNJ de n.º 62/2020.

Por meio de e-mail (Id. 2336313), a autoridade apontada como coatora prestou informações, confirmando os termos da condenação quanto ao tempo de pena e regime inicial de cumprimento e acrescentando o seguinte: que a execução penal da condenação em tela fora transferida para a 29ª Zona Eleitoral com sede em Batalha; que por não ter sido encontrado para dar início ao cumprimento da pena o réu teve seu regime de cumprimento de pena regredido para o fechado, por decisão daquele Juízo Eleitoral (decisão constante no Id. 2336363); que é irrelevante saber se o regime inicial de cumprimento da pena seria o aberto ou semiaberto, já que a jurisprudência é pacífica em admitir a regressão “per saltum”, e que, por tal razão, provavelmente o réu seria regredido para o regime fechado. Por fim, sustenta que a expedição do mandado de prisão foi determinada no bojo da execução penal, razão pela qual entende que apenas reflexamente pode ser considerado autoridade coatora.

Éo relatório.

VOTO

Senhores Desembargadores, conforme relatado o presente feito cuida de Habeas Corpus substitutivo de Revisão Criminal, com pedido de liminar, impetrado por Sidney Rocha Peixoto em benefício do paciente GENIVALDO DOS SANTOS MARQUES, tendo em vista suposto constrangimento ilegal, consubstanciado em ato do juízo da 11ª Zona Eleitoral.

De início, analisando questão preliminar posta pelo Ministério Público Eleitoral, quanto ao cabimento do remédio heroico como substitutivo de revisão criminal, destaco que a matéria épolêmica, com decisões recentes, tanto de cabimento (HC 139741, Relator: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018), quanto de não cabimento (HC nº 168.147-AgR-ED/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 20.8.2019). No ponto, registre-se que o STJ possui posicionamento contrário ao cabimento, como se infere na Tese de n.º 11 de sua jurisprudência sobre o remédio constitucional.

Não obstante a divergência mencionada, inclino-me a acompanhar o posicionamento no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado de forma aleatória e indiscriminada, sob pena de banalização da garantia constitucional, depreciação indevida dos meios recursais apropriados e, em algumas situações, provocar a supressão de instância.

Essa conclusão quanto ao não conhecimento do pedido, todavia, não prejudica a concessão da ordem de ofício quando evidenciada manifesta ilegalidade, sobretudo para, excepcionalmente, readequar a dosimetria da pena em todas as etapas, corrigir regime inicial quanto ao seu cumprimento e, ainda, conferir a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando preenchidos os requisitos alinhados no Estatuto Repressor.

Nesse passo, a jurisprudência tem reconhecido o cabimento do remédio constitucional para apreciar toda e qualquer medida capaz, em tese, de acarretar constrangimento àliberdade de locomoção ou, além disso, agravar as restrições a esse direito².

Não obstante, para que o habeas corpus possa ser conhecido, se mostra imprescindível a prova pré-constituída do direito alegado, com a necessária demonstração do prejuízo e a existência de evidente constrangimento ilegal, conforme entendimento pacífico do STJ3. Para mais, o remédio constitucional

é admitido, também em caráter excepcional, para analisar a pena aplicada se houver ilegalidade manifesta e desde que não seja necessária a rediscussão de provas (STF. 1ª Turma. HC 110152/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 8.5.2012).

A par disso, consta dos autos que o sr. GENIVALDO DOS SANTOS MARQUES fora condenado em 1º grau como incurso nas penas do crime de transporte irregular de eleitores, tipo previsto na Lei 6.091/74. Nessa vereda, para melhor elucidação da matéria transcreve-se os trechos que interessam ao deslinde do feito:

“III - Dispositivo

Diante do exposto, e por tudo o mais que consta dos autos, julgo procedente a denúncia e, em consequência, CONDENO o réu Genivaldo dos Santos Marques como incurso nas penas do art. 5º c/c art. 11, III, ambos da Lei nº 6.091/74.

Passo a fixar as penas, com fundamento nos arts. 59 e 68 do Código Penal, e no art. 387, do Código de Processo penal.

GENIVALDO DOS SANTOS MARQUES:

A - Aplicação da pena privativa de liberdade:

Pena Base - Das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP:

Culpabilidade: normal para o tipo;

Antecedentes: Nada Consta.

Conduta social: Éboa, segundo depoimentos.

Personalidade do agente: não foi realizado exame psiquiátrico para avaliação, não se podendo valorar negativamente;

Motivos: Remuneração pelo serviço.

Circunstâncias e Consequências: normais para o tipo.

Comportamento da vítima: não é caso;

Analisadas essas circunstâncias e nenhuma delas sendo desfavorável ao agente, fixo a pena-base na mínima, de 4 (quatro) anos de reclusão.

Pena Intermediária - Das atenuantes e Agravantes

Não há atenuantes a considerar, haja vista que sua aplicação não poderia levar a pena a um patamar inferior à mínima (Súmula 231, do STJ). Não há agravantes a considerar.

Pena Definitiva. Causas de Aumento e Diminuição de Pena

Não há causa de aumento ou diminuição da Pena, logo, torno a pena definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão

C - Regime de Cumprimento da Pena.

Fixo para o início do cumprimento da pena o regime semi-aberto, na forma do art 33, §2º, do Código Penal.”

Pois bem, da análise da sentença condenatória vergastada (pg. 3 do Id 2260363), verifica-se que o MM juiz eleitoral, ao promover a dosimetria da pena, não reconheceu nenhuma circunstância judicial desfavorável (1ª fase), fazendo consignar ainda que não concorreram agravantes/atenuantes (2ª fase) e, tampouco, causas de diminuição/aumento de pena (3ª fase), razão pela qual a pena do crime prevista no art. 11, III4, da Lei n.º 6.091 foi fixada em seu patamar mínimo, ou seja, 4 (quatro) anos.

Ocorre que ao proceder com a fixação do regime inicial de cumprimento da pena, mesmo fazendo menção ao dispositivo aplicável (art. 33, §2º), entendeu o eminente magistrado pela imposição do regime semiaberto. Em verdade, diferentemente do regime fixado pelo eminente sentenciante, o dispositivo em questão prevê que o condenado, não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. Confira-se:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

(...)

§2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (grifei)

Sob esse enfoque, reitera-se que no caso em análise não concorreram circunstâncias desfavoráveis, o réu não é reincidente e a pena foi fixada em seu patamar mínimo, o que autorizaria, em tese, a fixação do regime inicial no aberto. Dito de outra forma, não há qualquer menção no aludido decreto condenatório sugerindo a gravidade do crime ou circunstância capaz de justificar a imposição do regime mais severo.

Dessa maneira, a imposição do regime semiaberto ao sentenciado, contrariou disposição expressa do Estatuto Repressor e agravou arbitrariamente a restrição à liberdade de locomoção imposta ao ora paciente, além de promover severa violação aos princípios da individualização da pena⁵, em sua faceta judicial, bem como do dever de motivação das decisões judiciais⁶, ambos de envergadura Constitucional.

Tal prática não encontra guarida na lei tampouco na jurisprudência que, há muito, possui entendimento de que quando a pena-base é fixada em seu mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível para a pena imposta. Esse entendimento, inclusive, após inúmeros precedentes, encontra-se atualmente espelhado no enunciado sumular de n.º 4407 do STJ. Nesse sentido, ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DUAS MAJORANTES. REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTA STJ, 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. PRECEDENTES. RECURSO IMPROVIDO.

1. O art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado, e a exegese da Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

4. Na hipótese, diante da ausência de fundamentação concreta para a imposição de sistema prisional fechado, evidente o constrangimento ilegal a que estava submetido o paciente, dando ensejo à concessão da ordem mandamental para fixar o regime inicial semiaberto.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 303.275/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 24/02/2015) (grifei)

No ponto, registre-se que este Juízo não desconhece a possibilidade de fixação de regime inicial mais severo ao condenado primário, todavia, desde que apresentada a necessária e indispensável fundamentação, à luz do enunciado sumular de n.º 7198 da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, situação que, por certo, não se verifica no decreto condenatório em análise. É dizer, no caso dos autos, não há nada que justifique o regime intermediário como inicial para o cumprimento da pena, sendo, pois, de rigor, a estipulação do regime inicial aberto.

Vejamos, nesse passo, alguns julgados acerca da quaestio iuris:

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ROUBO. PENA DE 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. OMISSÃO CONFIGURADA. EMBARGOS ACOLHIDOS.

I - São cabíveis embargos declaratórios quando houver, na decisão embargada, qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada. Podem também ser admitidos para a correção de eventual erro material, consoante entendimento preconizado pela doutrina e jurisprudência, sendo possível, excepcionalmente, a alteração ou modificação do decisum embargado.

II - 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. 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.

III - Na hipótese, o regime inicial semiaberto foi determinado somente com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, não sendo apresentado fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso. Precedentes.

IV - Considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, §2º, alínea c, e §3º, do Estatuto Penal e das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior. Embargos de declaração acolhido, para fixar o regime prisional aberto, para o início do cumprimento da pena.

(EDcl no HC 454.513/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 21/08/2018) (grifei)

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTELIONATO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE ESPECIFICAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. O objeto do presente writ diz respeito ao regime inicial de cumprimento da reprimenda imposta ao Paciente. No caso, está evidenciada, contudo, manifesta ilegalidade apta a permitir a concessão da ordem de ofício para readequar a dosimetria da pena.

3. Na primeira fase da dosimetria, o Magistrado de primeiro grau, de forma genérica, reportou-se à fundamentação sem especificar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal que foram valoradas negativamente.

4. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para, reduzindo a pena-base ao mínimo legal, redimensionar a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime

inicial semiaberto, e 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor mínimo legal.

(HC 518.894/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2019, DJe 14/10/2019) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ERRO MATERIAL RELATIVO À QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INEXISTÊNCIA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE PRIMÁRIO. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

- Ademais, tendo em vista a quantidade da pena imposta, inferior a quatro anos, a primariedade do paciente e o fato de não haverem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser conferido ao paciente o regime aberto, a teor do disposto no art. 33, §§2º, "c", e 3º, do Código Penal.

- No tocante à substituição da reprimenda, reputo atendidos os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da benesse, nos termos do art. 44, I, II e III, do CP, razão pela qual o paciente faz jus à referida substituição.

- Em não havendo sido cometido nenhum erro fático no que tange ao montante da droga apreendida, a decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 457.045/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 28/09/2018) (grifei)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. QUANTUM DE REDUÇÃO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA.

(...)

IV - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime aberto é de regra desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, §2º, c, e §3º, c/c o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

V - A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos submete-se à regência do art. 44 do Código Penal.

Agravo regimental do réu provido e desprovido o da acusação.

(AgRg no REsp 1377797/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 29/02/2016) (grifei)

Da análise da sentença condenatória, ainda se verifica que não houve o exame pelo magistrado da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No ponto, convém ponderar, ao demais que a jurisprudência, há muito, entende que caso o magistrado conclua que não se trata de hipótese de substituição, na forma do art. 44 do Código Penal, deve justificar de forma expressa quais os motivos que inviabilizam a providência. Oportuno se toma dizer, na espécie, segundo precedentes do STJ, direito subjetivo do réu à substituição.

A propósito, este tem sido o entendimento jurisprudencial a respeito:

INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA: SUBSTITUIÇÃO POR MULTA DA PRIVAÇÃO DA LIBERDADE: FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA DE SUA DENEGAÇÃO, INJUSTIFICADA SE APLICADA A PENA MÍNIMA.

1. Presentes as condições que a propiciem, a substituição da pena privativa de liberdade - ultima ratio da repressão penal contemporânea - pela pena de multa ou de restrição de direitos não é livre faculdade do juiz - que jamais a tem - mas poder-dever, a ser exercido conforme as diretrizes da ordem jurídica e por decisão fundamentada.

2. Impõe-se, de logo, a substituição da pena de detenção pela de multa, pois a fixação da privação da liberdade no mínimo da cominação legal, implica reputar inexistentes os óbices legais ao seu deferimento, que, se existentes, teriam determinado a sua exacerbação.

(HC 81875/RJ; Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 25/06/2002, DJ 13.09.2002 p. 83, sem grifo no original) (grifei)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO DE TRÂNSITO. APLICAÇÃO DE MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. ART. 44 DO CP.

1. O recorrente atende aos requisitos exigidos para a substituição da pena corporal por medidas restritivas de direito, a saber, é primário, condenado por crime culposo, e as circunstâncias judiciais são todas favoráveis.

2. A substituição de pena constitui direito subjetivo do réu, não ficando ao alvedrio do magistrado o seu deferimento se presentes os pressupostos legais.

3. Recurso a que se dá provimento para substituir a pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção por duas medidas restritivas de direito, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções.

(RHC 30.680/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 19/09/2011) (grifei)

HABEAS CORPUS. ABANDONO MATERIAL DE FILHO MENOR DE 18 ANOS (ART. 244 DO CPB). PENA: 1 ANO E 5 MESES DE DETENÇÃO. REGIME INICIAL SEMI-ABERTO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO, NA SENTENÇA, SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS OU DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. APRECIÇÃO OBRIGATÓRIA. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A ELEVAÇÃO DA PENA BASE. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS DO PRÓPRIO TIPO PENAL. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM E, DE OFÍCIO, ANULAÇÃO DA SENTENÇA QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA QUE, MANTIDA A CONDENAÇÃO, O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU SE PRONUNCIE FUNDAMENTADAMENTE SOBRE AS BENESSES LEGAIS. DE OFÍCIO, ANULA-SE A SENTENÇA, TÃO-SOMENTE NO TOCANTE À DOSIMETRIA DA PENA.

1. Imposta a pena abaixo do limite de 04 anos de reclusão e não sendo o caso de delito praticado com violência ou grave ameaça, é direito subjetivo do réu ver apreciada a possibilidade de substituição de sua pena pelo Juízo que o condenou. Precedentes

2. O Magistrado, ao condenar o réu à pena privativa de liberdade não-superior a 2 (dois) anos deve, obrigatoriamente, se manifestar sobre a concessão, ou não, da suspensão condicional da pena, por força do disposto no art. 697 do CPP. Precedentes.

3. Constata-se que o ilustre sentenciante, ao dosimetrar a pena, utilizou, como características negativas de culpabilidade, conduta social, motivos e consequências do crime, circunstâncias que constituem o seu próprio núcleo, o que caracteriza inegável bis in idem.

4. Ordem parcialmente concedida, para, mantendo a condenação, determinar ao Juízo sentenciante que se manifeste sobre a concessão, ou não, das benesses legais aqui reclamadas; e, de ofício, concede-se a ordem para que seja anulada a sentença, no tocante à dosimetria da pena, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 91.616/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2009, DJe 22/06/2009) (grifei)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DIREITO SUBJETIVO DO PACIENTE. OBRIGATORIEDADE DE MANIFESTAÇÃO DO JULGADOR. NULIDADE ESPECIFICAMENTE DA DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO MANTIDA.

1. Preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por restritiva de direitos, pois tal constitui-se em direito subjetivo do paciente.

2. A fixação da pena restritiva de direitos passa pela análise dos elementos objetivos e subjetivos.

3. Se o julgador simplesmente não se manifesta sobre a possibilidade de substituição, é nulo o decisum.

4. Ordem concedida para, mantida a condenação, anular o acórdão e a sentença, devendo o Juiz de primeiro grau apreciar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

(HC 58.970/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2007, DJ 26/03/2007, p. 289) (grifei)

O raciocínio jurisprudencial –que se me afigura irretocável –tem plena aplicação ao caso presente, pois tratando-se de pena não superior a 4 anos, de réu primário, de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, encontram-se presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos medida que se impõe.

Assim sendo, observado o disposto pelo art. 44, §2º, 1ª parte, e na forma do previsto pelo art. 46, ambos do Código Penal, SUBSTITUO a pena privativa de liberdade dosada por 2 (duas) penas restritivas de direito, quais sejam:

Prestação de serviços a comunidade, pelo período da condenação à pena privativa de liberdade, consistente em tarefas gratuitas a serem desenvolvidas perante uma das unidades enumeradas no §2º do art. 46 do Código Penal, que será indicada pelo Juízo da condenação, isto é, a 11ª Zona Eleitoral⁹, observando, enquanto vigentes, as diretrizes estabelecidas pela Recomendação do Conselho Nacional de Justiça de n.º 62/202010; e

Prestação pecuniária, nos termos do art. 45, §1º do Código Penal que, à míngua de informações suficientes nos autos acerca da situação econômica do Paciente, fixo na importância de 1 (um) salário-mínimo, a ser paga à entidade pública ou, na falta desta, entidade privada, que possua destinação social.

Cumpra esclarecer, ainda, que caso o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não fosse reconhecido ao Paciente, persistiria um agravamento ilegal das restrições a sua liberdade de locomoção, uma vez que o regime aberto, como forma de cumprimento de pena privativa de liberdade, sempre será mais rigoroso que as medidas restritivas de direitos, já que se descumprido o regime aberto, o apenado regredirá para o regime semiaberto ou, até mesmo, fechado, e se descumprida a pena alternativa, será esta convertida, ainda, em pena privativa de liberdade em meio aberto, à luz do art. 44, §4º do Estatuto Repressor.

Ante o exposto, não conheço da impetração. Todavia, com esteio no art. 654, §2º, do CP, concedo a ordem de ofício para: a) alterar o regime inicial de cumprimento de pena do paciente GENIVALDO DOS SANTOS MARQUES para o aberto; e b) proceder à substituição da pena privativa de liberdade por duas medidas restritivas de direitos.

É como voto.

1 O STJ não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade da paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. P. 1804.

3 Nesse sentido, entre outros: AgRg no HC 317874/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 21/05/2015; HC 308549/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 21/05/2015; HC 318033/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2015, DJe 21/05/2015; AgRg no RHC 58189/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015.

4 Art. 11. Constitui crime eleitoral:

(...)

III - descumprir a proibição dos artigos 5º, 8º e 10º;

Pena - reclusão de quatro a seis anos e pagamento de 200 a 300 dias-multa (art. 302 do Código Eleitoral);

5Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos;

6Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

7Súmula 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.

8Súmula 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

9STJ - CC 137.899/PR, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Terceira Seção, julgado em 11.3.2015).

10Art. 5o Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:

(...)

III –concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;

(...)

V –suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias;

11Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

(...)

§4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

