

RCD no HABEAS CORPUS Nº 491.157 - SP (2019/0027525-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
REQUERENTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO SHIMIZU - SP281123
REQUERIDO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO BISPO DE JESUS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MARCELO BISPO DE JESUS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, tendo sido permitido o recurso em liberdade.

Interposta apelação, o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso da defesa, determinando a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. O aresto foi acostado aos autos às fls. 15-23, e-STJ.

Neste *writ*, a defesa alega a ocorrência de ilegalidade na expedição do mandado de prisão antes do trânsito em julgado do processo criminal, com base no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 126.292, especialmente por que foram opostos embargos de declaração pela defesa, pendentes de julgamento, não havendo que se falar, portanto, em esgotamento da instância ordinária.

Defende, ainda, que a gravidade abstrata do delito não justifica o regime inicial fechado, por ofender o disposto nas Súmulas 718 e 719/STF e 440/STJ.

Requer, liminarmente, que seja permitido ao paciente aguardar em liberdade o julgamento do presente *writ* e, no mérito, que seja permitido ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação ou, ao menos, até o esgotamento dos recursos ordinários.

Indeferida a liminar (e-STJ, fls. 41-42), foi requerida a reconsideração da decisão (e-STJ, fls. 45-49).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Inicialmente cumpre ressaltar que a impetrante, na petição onde solicitou a reconsideração da decisão, noticiou que os embargos declaratórios opostos pela defesa foram julgados em 7/2/19, sendo rejeitados (e-STJ, fls. 45-49).

Assim, esgotada a jurisdição ordinária, deve ser aplicado o entendimento firmado pela Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Rcl 30.193/SP, com base na nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC

126.292/SP, no sentido de que "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

Ademais, esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que não há falar em *reformatio in pejus* ou ilegalidade na determinação de início de cumprimento da pena, pois a prisão decorrente de acórdão condenatório encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação, somente podendo ser sustada se concedido efeito suspensivo a eventual recurso especial interposto.

Sobre o tema, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO (ORDINÁRIO OU ESPECIAL). INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 9 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que 'a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal'. (STF, HC 126292, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016, publicado em 17/05/2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. De outra parte, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes da Corte.

5. Em relação ao art. 283 do CPP, tem prevalecido a interpretação de

que quando do julgamento do HC 126.292/SP ainda estava em vigor o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/90, segundo o qual 'os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo'. A essa regra somava-se aquela do art. 637 do CPP segundo a qual o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença. Com a revogação expressa do artigo 27, § 2º, da Lei 8.038/90, após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, as regras desse diploma passaram a regulamentar os recursos especial e extraordinário também no âmbito do processo penal, em razão do que dispõe o art. 3º do CPP. Sendo assim, daquilo que se depreende do art. 995 c/c o art. 1.029, § 5º, ambos do CPC, permanece sendo excepcional a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário na seara criminal (HC 133.387-DF, Relator(a): Ministro EDSON FACHIN, julgado em 14/06/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 15/06/2016 PUBLIC 16/06/2016).

Nessa perspectiva, não há antinomia entre o que dispõe o art. 283 do CPP e a regra que confere eficácia imediata aos acórdãos proferidos por Tribunais de apelação.

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente." (HC 352.216/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/9/2016, DJe 4/10/2016, grifou-se);

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I E II DO CÓDIGO PENAL. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM DENEGADA.

1. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, é no sentido da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, DJe 17/5/2016).

2. A garantia contida na sentença de que o ora paciente poderá aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade não se sobrepõe a esse novo entendimento, que autoriza a execução provisória da pena, uma vez esgotada a prestação jurisdicional na instância ordinária.

3. Ordem denegada." (HC 346.443/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 1/09/2016, DJe 12/9/2016, grifou-se).

Do mesmo modo, cumpre ressaltar que o Colegiado de origem apenas determinou a execução provisória da pena, sendo desnecessário, portanto, perquirir a presença de fundamentação cautelar idônea.

No tocante ao regime prisional, 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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Na hipótese, a Corte Estadual manteve a sentença que aplicou ao paciente o regime fechado para o desconto da pena a ele fixada, nos seguintes termos:

"[...] Consta dos autos que, no dia 10 de outubro de 2014, no horário e local indicados na denúncia, o apelante, agindo em concurso e com identidade de desígnios, juntamente com o adolescente L. da S.S. e outro indivíduo não identificado, subtraíram para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restringindo a liberdade da vítima, a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais) em dinheiro, uma carteira em couro com vários documentos pessoais, um televisor da marca LG, pertencentes à vítima Manoel Santana de Souza.

Segundo o apurado, o apelante e seus comparsas associaram-se, planejaram e cometeram o crime, inclusive dividindo as funções, uma vez que, enquanto o apelante permanecia na porta do estabelecimento comercial, os outros dois indivíduos subtraíam os bens da vítima.

(...)

A vítima Manoel, em Juízo, relatou que, na data dos fatos, estava no interior de um bar no bairro Jardim Maragogipe, quando três indivíduos, um deles armado, adentraram no estabelecimento e anunciaram o roubo. Alegou que os roubadores abordaram-no, juntamente com outros clientes do bar, ordenando para que todos ficassem de braços erguidos. Afirmou que conseguiu visualizar a arma de fogo que portavam, dizendo ser uma pistola, sendo que, mais tarde, pôde confirmar tal assertiva ao rever as filmagens da câmera que ele mesmo havia instalado. Por fim, confirmou a subtração dos bens, inclusive da televisão, que pertencia ao dono do bar. Declarou, também, reconhecer o apelante como sendo um dos roubadores do estabelecimento comercial.

A testemunha arrolada pela acusação, Ercílio, proprietário do estabelecimento comercial, declarou que se recordava dos fatos narrados na inicial, narrando que, naquele dia, havia cerca de quinze pessoas no interior do bar, ocasião em que adentraram três indivíduos e anunciaram o roubo.

Salientou reconhecer, com absoluta certeza, o apelante como sendo o indivíduo que, na data dos fatos, portava a arma de fogo, enquanto os outros dois indivíduos subtraíam os bens. Asseverou que não conseguiu reaver sua televisão que havia sido subtraída do bar.

(...)

No que concerne à dosimetria da pena, nada a acrescentar, porquanto, no primeiro momento de fixação, foi estabelecida no mínimo legal, no segundo momento foi mantida nesse patamar, enquanto no terceiro momento, ante a presença das causas de aumento de pena, foi majorada em 3/8 (metade), porém, mais adequada seria a majoração em 5/12 (cinco doze avos), eis que, na própria sentença de primeiro grau, três causas de aumento de pena foram reconhecidas pelo MM. Magistrado, mas se trata de recurso

exclusivo da defesa, pelo que foi tornada definitiva em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Obedecendo ao mesmo raciocínio acima explicitado, a pena pecuniária foi fixada em 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena pelo crime de roubo, mantém-se o fechado, por se tratar de ilícito penal grave, que toda vez que é perpetrado fomenta ainda mais a crescente intranquilidade social.

Outrossim, a periculosidade concreta do apelante, em perpetrar grave crime, mediante concurso de agentes, com emprego de arma e restrição de liberdade reclama punição mais severa e efetiva." (e-STJ, fls. 17-21).

Na hipótese, como se extrai dos trechos acima transcritos, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Por certo, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que foi praticado por três agentes, com uso de arma de fogo, utilizada para ameaçar constantemente a cerca de quinze pessoas que se encontravam no estabelecimento comercial, as quais tiveram sua liberdade restringida pelo grupo, que subtraiu a quantia de R\$300,00 em dinheiro, uma carteira em couro com vários documentos pessoais e um televisor da marca LG, tudo a exigir resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

Em verdade, a aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea, como no caso dos autos.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA TRIFÁSICO NA APLICAÇÃO DA PENA. NÃO VERIFICAÇÃO. PENAS FIXADAS ADEQUADAMENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Na primeira instância, o juiz de primeiro grau condenou o paciente como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, aumentando a pena em 1/3 na terceira fase, em razão da majorante do concurso de pessoas, ficando a sanção em 5 anos e 4 meses de reclusão.

3. O Tribunal local, quando provocado pelas partes a se manifestar, deu parcial provimento ao apelo ministerial, apenas para reconhecer o aumento previsto na última parte do art. 29, § 2º, do Código Penal, porquanto entendeu que não se pode desprezar a evidente previsibilidade do resultado mais grave do crime de roubo que pretendia cometer, ou seja, ainda que o paciente quisesse apenas participar do crime de roubo, o resultado mais grave (morte da vítima) lhe era previsível. Com isso, a pena foi aumentada em 1/2.

4. Cabe ressaltar que o Tribunal local não menciona expressamente todas as fases da dosimetria pelo fato de que manteve a decisão de primeiro grau em todos os pontos, apenas alterando a terceira fase da dosimetria, fundamentando expressamente a inclusão do art. 29, § 2º, do Código Penal.

5. 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 (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

6. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, tendo em vista que o roubo foi praticado mediante invasão à residência da vítima, para quem o acusado já tinha prestado serviço como segurança.

7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 395.808/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017, grifou-se);

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, (POR DUAS VEZES), NA FORMA DO ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. SÚMULA N. 231 DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. A presente ação constitucional não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, no tocante ao pleito de reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, tendo em vista a ausência de reflexo na dosimetria, eis que a pena-base, já fixada no mínimo legal, não pode ser reduzida aquém do referido patamar, diante da Súmula n. 231 desta Corte.

2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elemento concreto (a empreitada criminosa envolveu quatro agentes, portando uma arma de fogo, sendo o roubo praticado contra duas vítimas), a despeito desse não ter sido empregado na fixação da pena-base.

3. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada." (HC 388.357/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017, grifou-se);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A fixação do regime carcerário inicial poderá ser justificada com fulcro em elementos concretos, tendo por norte a necessidade e a suficiência da reprimenda para a reprovação e a prevenção do crime. E, para tanto, não há como coarctar do julgador a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, sinalizem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto ao réu primário e condenado a 4 anos de reclusão com suporte em elementos que evidenciam a maior gravidade da conduta delitiva, pois o paciente responde a outros dois crimes de roubo, um furto e uma tentativa de homicídio, o que caracteriza a reiteração delitiva.

3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 340.573/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 16/2/2016, grifou-se).

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*.
Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator