

HABEAS CORPUS Nº 480.822 - SP (2018/0314074-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO SHIMIZU - SP281123
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY LIMEIRA COSTA (PRESO)

EMENTA

*HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA NÃO EXAURIDA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.*

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEY LIMEIRA COSTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido no julgamento da Apelação n.º 0002036-35.2015.8.26.0278.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 22 (vinte e dois) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da Defesa para afastar os maus antecedentes e a agravante da reincidência, bem como deu parcial provimento ao apelo ministerial para reconhecer presente a causa de aumento do emprego de arma de fogo, redimensionando as penas para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa, com determinação de imediata expedição de mandado de prisão. O acórdão foi assim ementado (fl. 36):

"ROUBO MAJORADO. Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Reconhecimento firme da vítima em ambas as etapas persecutórias. Negativa frágil do réu. Inclusão da majorante do emprego de arma de fogo. Desnecessidade da apreensão e perícia. Pena reformulada. Afastamento dos maus antecedentes e da agravante da reincidência. Regime inicial fechado confirmado. Apelos parcialmente

providos."

Neste *writ*, a Defesa alega que houve constrangimento ilegal na determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor do Acusado, pois respondeu ao processo em liberdade, e a execução da pena só pode ser determinada após o trânsito em julgado da condenação.

Aduz, ainda, que nem sequer houve o esgotamento da instância ordinária, pois foram opostos embargos de declaração pendentes de julgamento pelo Tribunal de origem.

Sustenta, por fim, que não houve motivação idônea para a fixação do regime prisional fechado para início de cumprimento da pena.

Requer, liminarmente, a fixação do regime prisional aberto ou, "*ao menos, para que possa o paciente aguardar o trânsito em julgado do v. acórdão em liberdade*" (fl. 8). No mérito, busca a fixação do regime semiaberto de cumprimento de pena ou, "*ao menos, para revogar-se a prisão determinada pelo E. Tribunal, EXPEDINDO-SE ALVARÁ DE SOLTURA*" (fl. 9).

O pedido liminar foi deferido em parte, em decisão de minha lavra, para suspender a execução da pena até o exaurimento das instâncias ordinárias (fls. 39-43).

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 50-62 e 69-126.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 65-67, opinando pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório. Decido.

No tocante ao regime prisional, o Tribunal de origem, ao estabelecer o regime de cumprimento de pena, adotou **fundamentação genérica**, limitando-se, tão somente, a **enumerar circunstâncias inerentes ao próprio roubo circunstanciado** (fl. 21):

"No que tange ao regime prisional, inviável a fixação de outro mais brando que o fechado, vez que sua atenuação em nada contribuiria para a consecução dos objetivos da pena. É preciso levar em consideração que para a subtração foi empregada arma de fogo, artefato letal que reclama maior rigor na execução."

Para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos

do Código Penal.

No caso dos autos, tratando-se de **Réu primário**, com a **pena-base estabelecida no mínimo legal** (fl. 21), tendo sido condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, conclui-se que o regime prisional legalmente adequado é o inicial semiaberto.

Confirmam-se, a propósito, os enunciados n.ºs 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, 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."

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

"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."

A propósito:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE PESSOAS. E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. REGIME INICIAL FECHADO. CONDENAÇÃO NÃO SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCEDIDO O MODO SEMIABERTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO."

1. O Tribunal de origem não logrou êxito em demonstrar a necessidade de manutenção do regime inicial fechado. Dessa forma, ao réu primário, condenado à pena reclusiva não superior a 8 anos, cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, faz jus o paciente ao regime semiaberto, em coerência com a orientação firmada nas Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea 'b' e § 3º, do Código Penal.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 413.416/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 24/11/2017, sem grifos no original.)

De outro lado, quanto à determinação de execução provisória da pena,

ressalto que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria no sentido de que *"a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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"* (ARE 964.246 RG, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai dos seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE APÓS O ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44.

2. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de reformatio in pejus e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes.

3. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena após o esgotamento da instância ordinária, já que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

[...]

5. Agravo a que se nega provimento." (AgRg no HC 438.209/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO DA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA

PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CABIMENTO. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. *Ante o esgotamento das instâncias ordinárias - como no caso -, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.*

4. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 1.058.790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018.)

Na hipótese, a Defesa opôs embargos de declaração contra o acórdão que julgou o recurso de apelação, os quais, segundo informações prestadas pela Corte de origem, ainda não foram julgados (fl. 52).

Desse modo, não se afigura possível a imediata execução da pena privativa de liberdade em questão, ante o não esgotamento da instância ordinária.

Nesse sentido, ilustrativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. *Esta Corte realmente possui entendimento consolidado no sentido de que a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal quando ocorre antes do esgotamento da jurisdição ordinária, o qual inclui a conclusão dos embargos de declaração, que no caso ainda se encontra pendente de julgamento, conforme consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Embargos de Declaração n. 0083494-45.2016.8.26.0050). Por conseguinte, deve ser mantida a liminar, sendo somente possível a execução provisória da pena após a conclusão do julgamento dos embargos.*

[...]

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, suspender a execução provisória da pena*

até o encerramento da jurisdição do Tribunal a quo, com a conclusão do julgamento dos embargos de declaração, bem como para fixar o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo pena em regime mais severo." (HC 434.983/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO EM PARTE a ordem de *habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente, fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena, bem como para suspender os efeitos do mandado de prisão relativo ao acórdão da Apelação n.º 0002036-35.2015.8.26.0278, até o esgotamento das instâncias ordinárias.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 06 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora