HABEAS CORPUS Nº 500.955 - SP (2019/0087035-1)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ISABELLA BENITEZ GALVES - SP330270
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WAINE DAVID DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WAINE DAVID DE SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação n.º 0006765-76.2017.8.26.0006.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, como incurso no art. 180, *caput*, do Código Penal, porque "*adquiriu, em proveito próprio, um aparelho celular da marca Motorola, IMEI 354119078358850, de propriedade da vítima M. S. A., mesmo sabendo se tratar de produto de crime"* (fl. 28).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, que foi desprovido pelo Tribunal estadual, com determinação de expedição de mandado prisional, nos termos da ementa a seguir transcrita (fl. 61):

> *"Receptação (art. 180,* 'caput'*, do Cód.Penal). Crime caracterizado, integralmente. Prisão em flagrante. Palavras coerentes e incriminatórias da vítima do roubo e do Policial Militar responsável pela apreensão do bem na posse do acusado. Versão exculpatória inverossímil. Desclassificação para receptação culposa inviabilizada. Dolo evidenciado. Inexistência de fragilidade probatória. Condenação necessária. Responsabilização imperiosa. Apenamento criterioso, impassível de alterações. Regime adequado.Recurso improvido, com expedição de mandado de prisão."*

Neste *writ*, a Impetrante alega, em síntese, que "*ficou demonstrada a ilegalidade do constrangimento ao qual vem sendo submetido o paciente. Isso especialmente pela* ***patente inidoneidade da fundamentação para negar o direito de recorrer em liberdade***" (fl. 14.

Informa a Impetrante, ainda, que "*foi interposto Recurso Especial para debater a violação a dispositivos de lei federal e divergência pretoriana. Assim, a*

condenação é transitória" (*ibidem*).

Requer a concessão liminar para que o Paciente possa aguardar em liberdade o julgamento do mérito do presente *writ*, expedindo-se alvará de soltura em seu favor, e, no mérito, a confirmação da liminar para que ele aguarde em liberdade o julgamento definitivo do processo.

É o relatório.

Passo a decidir o pedido urgente.

Na hipótese, a Corte local, ao julgar a apelação defensiva, determinou a execução provisória da pena nos seguintes termos (fl. 20):

> *"Apenamento criterioso, impassível de alterações.*
> *Pena-base fixada no **mínimo legal** (art. 59, Cód. Penal), com posterior majoração em **1/2, pela reincidência,** e, ausentes outras circunstâncias modificadoras, assim tornada definitiva, em **1 ano e 6 meses** de reclusão, mais **pagamento de 11 dias-multa**, mínimo valor unitário.*
> *A defesa busca a adoção de menor fração de aumento pela agravante da reincidência.*
> ***Sem qualquer razão**, entretanto.*
> *Afinal, a **reincidência específica** do acusado, devidamente comprovada nos autos, justifica plenamente a adoção de maior fração de majoração das penas - o que foi procedido de forma adequada pelo d. Juízo sentenciante -, em atenção ao princípio constitucional da individualização das penas.*
> ***Regime fechado** adequado e perfeitamente justificado pelo d. Juízo de origem, considerando a condição de reincidente do acusado, em estrita observância ao disposto pelo art. 33, § 3º, do Código Penal.*
> *Nada se altera, portanto.*
> ***Nega-se provimento** ao recurso.*
> ***Expeça-se mandado de prisão**."*

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime da 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 do seguinte julgado:

> *"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.*
>
> *1. Mostra-se devida a imposição do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, 'a', e § 3º, do Código Penal quando verificado que o agravante teve a pena-base estabelecida acima do mínimo legal.*
>
> *2. Não há como determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo (circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal - art. 44, III, do Código Penal).*
>
> *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, sem grifos no original.)

Portanto, em uma primeira análise, quanto à execução provisória da pena, conclui-se que não há constrangimento ilegal a ser sanado, pois a expedição de mandado de prisão após o exaurimento da instância ordinária está em conformidade com a jurisprudência atualmente dominante, mormente porque a Defesa informa que aguarda o julgamento de recuso especial já interposto.

No entanto, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional.

O estabelecimento de regime mais gravoso deve ser feito com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal ou de outro elemento que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. Nesse sentido, são os enunciados das Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF, que assim dispõem, respectivamente:

> "*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 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.*"

Na hipótese, o Tribunal de origem, mantendo a sentença de primeiro grau, fixou o regime inicial fechado nos seguintes termos (fl. 70; sem grifos no original):

> *"Regime fechado adequado e perfeitamente justificado pelo d. Juízo de origem, considerando a condição de reincidente do acusado, em estrita observância ao disposto pelo art. 33, § 3º, do Código Penal."*

O art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal dispõe que "***o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos**, poderá, desde o início, cumpri-la em **regime aberto***".

No caso, não obstante a reincidência específica do Réu, nenhuma vetorial do art. 59 do Código Penal foi valorada negativamente na fixação da pena-base, pois, na sentença, fixou-se "*a pena-base no mínimo legal, em um ano de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo*" (fl. 33). Assim, incide, na espécie, o disposto no enunciado n.º 269 da Súmula desta Corte, *in verbis*:

> "*É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*"

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

> "HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. FIXAR REGIME INTERMEDIÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. ARTIGO 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL - CP. ENTENDIMENTO DA SUMULA 269 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.* HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]

> *2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e n. 718 e 719 da Súmula do STF. No caso dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis, com a pena-base no mínimo legal, foi estabelecido o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos, em razão da multirreincidência do paciente e pelo fato de que encontrava-se em livramento condicional quando praticou o furto qualificado. Todavia, apesar da fundamentação concreta apresentada pela Corte estadual, a qual justifica a fixação de regime mais gravoso, em razão do* quantum *de pena fixado, qual seja 2 anos e 4 meses de reclusão, o regime prisional a ser fixado deve ser o semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º do CP*.
>
> *Ademais,* ***sendo as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis e reincidente o réu, é admissível a fixação do regime intermediário, em observância ao disposto no Enunciado n. 269 da Súmula desta Corte****, que assim dispõe: É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*
>
> Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena do paciente."* (HC 453.092/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe de 09/10/2018; sem grifos no original.)

Nesse contexto, DEFIRO, em extensão diversa, o pedido liminar para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena imposta no **regime inicial semiaberto** até o julgamento definitivo deste *writ*.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de origem, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis, inclusive junto ao Juízo das Execuções Penais.

Requisitem-se informações ao Tribunal de origem, nas quais deverão constar, ainda, as respectivas senha ou chave de acesso para consulta ao andamento processual, caso a página eletrônica da Corte *a quo* requeira a sua utilização.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora