

HABEAS CORPUS Nº 498.629 - SP (2019/0073212-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO BENES

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCELO BENES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0021234-83.2016.8.26.0032.

Em primeiro grau, o Paciente "*foi condenado às penas de 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, e pagamento de 05 (cinco) dias-multa, no valor diário mínimo, como incurso no artigo 155, caput, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal*" (fl. 23).

O Sentenciado interpôs recurso de apelação – ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento tão somente "*para reduzir a pena de multa imposta a 03 (três) dias-multa*" (fl. 22). Nesse julgamento, em que foi proferido o acórdão ora impugnado, determinou-se a expedição de mandado prisional.

Na presente impetração, o Impetrante alega, em suma, que "*não existe previsão legal de prisão automática e acrítica como efeito do acórdão de segundo grau*" (fl. 5), e "*que a reincidência, por si só, não é critério a impor o regime penitenciário mais gravoso para a execução da pena privativa de liberdade*" (fl. 6).

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento do "*direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória, ou, imediatamente estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento de pena*" (fl. 9).

É o relatório inicial. Decido.

Não está configurado um dos pressupostos autorizadores do acolhimento da pretensão liminar, qual seja, o *fumus boni iuris*, pois o direito invocado pela parte Impetrante não é de reconhecimento que se mostra prontamente inequívoco.

Inicialmente, 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. [...].

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.)

Dessa forma, na hipótese, em que a jurisdição ordinária já se exauriu, pois no *site* do Tribunal Impetrado consta o andamento de 16/03/2019 de que está em processamento o recurso especial interposto pelo Condenado, não há, ao que parece, ilegalidade a ser sanada.

Quanto ao pedido de abrandamento do regime carcerário, deve ser observado, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No acórdão ora impugnado, o Tribunal consignou ser *"correta a fixação do regime prisional semiaberto, sem substitutiva, em razão da existência da reincidência, nos termos dos artigos 33, § 3º e 44, inciso I, ambos do Código Penal"* (fl.

30).

Com efeito, não obstante a imposição da reprimenda final em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é plausível a sujeição ao regime intermediário, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal. Assim, a conclusão das instâncias ordinárias está com consonância com o entendimento referido na Súmula n.º 269 desta Corte, *in verbis*:

"É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

Cito ainda o seguinte julgado:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. INSIGNIFICÂNCIA. INOCORRÊNCIA. VALOR DO BEM SUBTRAÍDO DE R\$ 596,00. REINCIDÊNCIA. REGIME INTERMEDIÁRIO. MODIFICAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 269 DO STJ. DETRAÇÃO. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. SÚMULA 7 DO STJ. EXECUÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DEFERIDA.

[...]

4. Não obstante a pena fixada seja inferior a 4 anos de reclusão, o regime intermediário foi estabelecido em razão da reincidência, assim, ainda que reconhecida a detração, não há alteração do regime prisional.

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, após prolatado o juízo condenatório por tribunal de apelação.

6. Agravo regimental improvido e deferida a execução provisória da pena." (AgRg no REsp 1.725.555/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018; sem grifos no original.)

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

A questão de mérito ventilada prescinde da requisição de informações, motivo pelo qual determino o encaminhamento dos autos ao Ministério Público Federal.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora

