HABEAS CORPUS Nº 471.327 - SP (2018/0252534-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	GERALCILIO JOSE PEREIRA DA COSTA FILHO
ADVOGADO	:	GERALCÍLIO JOSÉ PEREIRA DA COSTA FILHO - SP204693
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CLAUDIO ROBERTO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **CLAUDIO ROBERTO DOS SANTOS**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo se infere dos autos, o paciente cumpre pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pois condenado como incurso no art. 180, *caput*, do CP.

Impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de origem, a ordem não foi conhecida (e-STJ, fls. 22-24).

Nas razões do presente *mandamus*, o impetrante sustenta, em síntese, que "a prévia análise acerca da existência de vaga no regime imposto (semiaberto), mais de um ano do trânsito em julgado resulta em ilegalidade flagrante" (e-STJ, fl. 12).

Insurge-se, ainda, contra o regime prisional, ressaltando que "considerar uma condenação ocorrida nos anos 1990 como condição desfavorável para fins de fixação de regime prisional fere de morte diversos princípios, entretanto, mais do que isso, mostra-se fundamento, Data Vênia Máxima, teratológico, passível de ser sanado pela via estreita do *Habeas Corpus*" (e-STJ, fls. 18-19).

Afirma, também, que o paciente faria jus à conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos.

Requer a concessão da ordem para que seja convertida a pena corporal em restritivas de direitos, no caso, em prestação de serviços à comunidade em sua área de atuação (cabeleireiro), ou, subsidiariamente, que seja fixado o regime aberto.

Liminar indeferida à fl. 268 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 272-275).

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.

No caso, observo que as teses deduzidas neste *mandamus* não foram debatidas na instância originária, quando da impetração do *writ*, uma vez que o Tribunal *a quo* não conheceu da impetração, com amparo nos seguintes fundamentos (e-STJ, fls. 23-24):

> "O pedido formulado pelo impetrante a favor do paciente fundamenta-se na demora de sua transferência para estabelecimento prisional adequado a que possa dar cumprimento de sua pena no

> regime semiaberto.
> Conforme informações obtidas, junto ao 'site' do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o mandado de prisão expedido pela autoridade apontada como coatora foi devidamente indicado o regime imposto ao paciente para o cumprimento de sua pena.
> Não se pode, portanto, imputar ao Juízo da Vara das Execuções Criminais a responsabilidade por eventual constrangimento causado ao paciente, pela demora de sua remoção ao estabelecimento adequado.
> O noticiado constrangimento ilegal é de ser, então, atribuído ao Coordenador Regional dos Estabelecimentos Penitenciários, em pedido de 'Habeas Corpus', a ser dirigido à autoridade competente no primeiro grau de jurisdição.
> O pedido de conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos e demais benefícios também deverá ser pleiteado junto à Vara das Execuções Criminais.
> A apreciação do pedido aqui formulado, que deveria ter sido apresentado ao MM. Juízo da Vara das Execuções Criminais acarretaria grave ofensa ao princípio constitucional do juiz natural e estar-se-ia suprimindo um grau de jurisdição.
> Desta forma, NÃO CONHEÇO da presente impetração."

Assim, esta Corte Superior acha-se impossibilitada de examinar as teses defensivas ora suscitadas, sob pena de incorrer em supressão de instância.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA EXTORSÃO OPERADA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP (PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF). REGIME DE CUMPRIMENTO. FALTA DE VAGA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.
> [...]
> 3. Noutro vértice, a Corte estadual não apreciou a questão referente à inviabilidade do cumprimento da pena no regime fixado (semiaberto) por ausência de vaga. Dessa forma, é inviável a análise da referida matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.
> 4. *Habeas corpus* não conhecido."
> (HC 369.515/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 09/11/2018).

"EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. PEDIDO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO OU DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE VAGAS NO REGIME SEMIABERTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INVIÁVEL NO WRIT. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem da ordem de ofício.
II - **O pedido de fixação do regime aberto ou prisão domiciliar - ao argumento de que não haveria vaga no regime intermediário não merece ser sequer conhecido, uma vez que não foi objeto de exame pelo eg. Tribunal de origem, não havendo como esta Corte proceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).**
III - **A avaliação da tese relativa à ausência de vagas em estabelecimento compatível com o regime semiaberto demandaria dilação probatória inviável no âmbito do writ, de cognição sumária, não sendo possível acolher o pedido com base em mera suposição (precedentes).**
Habeas Corpus não conhecido."
(HC 379.372/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 20/03/2017, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS*. ART. 1°, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. WRIT DENEGADO.
[...]
3. É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3° e 44, III, ambos do CP.
4. Os temas referentes à falta de vaga em estabelecimentos prisional compatível com o regime semiaberto e à detração do período de prisão provisória não foram apreciados no acórdão recorrido, o que impede sua cognição direta por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.
5. Este Superior Tribunal entende que o constrangimento ilegal decorrente da inexistência de vaga em estabelecimento prisional adequado deve ser analisado no caso concreto e não em situação especulativa, na qual nem sequer houve início de execução da pena.
6. *Habeas corpus* denegado."
(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015).

Noutro giro, não prospera a afirmação do impetrante de que a condenação anterior do paciente, ocorrida nos anos 1990, não poderia ser considerada como circunstância judicial desfavorável, a ensejar a fixação do regime mais gravoso.

A esse respeito, o Tribunal de origem, ao negar provimento à apelação da defesa, assim consignou (e-STJ, fl. 231):

> "A pena imposta ao apelante foi fixada com equilíbrio e justiça, elevada apenas em razão de seus maus antecedentes, comprovados nos autos em apenso, notadamente por uma condenação sofrida no final da década de 1990, não merecendo, por tal motivo, reparo algum, à semelhança do regime inicial semiaberto, que restou devidamente fundamentado com fulcro no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal."

Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que condenações criminais anteriores com mais de cinco anos de extinção da pena, embora não tenham o condão de gerar reincidência, podem ser sopesadas, no momento da fixação da pena-base, para dosar a reprimenda, a título de maus antecedentes.

Sobre o tema, confiram-se:

> "[...]
> III. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.
> IV. Considerando o quantum da pena aplicada - 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão - e a existência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o regime prisional fechado para o cumprimento da reprimenda corporal.
> V. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no AREsp 981.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/2/2017, DJe 24/2/2017).
>
> "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que condenações anteriores com trânsito em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base.
> Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no REsp 1.630.808/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 7/6/2017).

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NO USO DE CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO, PARA VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR ANTECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. VIOLAÇÃO DO ART. 44 DO CP. SUPOSTA ILEGALIDADE NA VEDAÇÃO DA PENA SUBSTITUTIVA. INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE CONCLUIU QUE O BENEFÍCIO NÃO SERIA RECOMENDÁVEL NO CASO. REEXAME. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP. **SUPOSTA ILEGALIDADE NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPROCEDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ELEMENTO QUE AUTORIZA A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE AQUELE PREVISTO PARA A PENA APLICADA.** PRECEDENTES DO STJ.
> Agravo regimental improvido."
> (AgRg no AREsp 1.073.010/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 08/6/2017, com destaque).

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

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

MINISTRO **RIBEIRO DANTAS**
Relator