EDcl no HABEAS CORPUS Nº 502.511 - SP (2019/0095209-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
EMBARGANTE	:	EDINAMAR BARROS CARDOSO
ADVOGADOS	:	LUCAS CORREA ABRANTES PINHEIRO - SP240631 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
EMBARGANTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por EDINAMAR BARROS CARDOSO contra decisão que deferiu o pedido liminar, em parte, nos termos seguintes (e-STJ fls. 76/80):

> *Trata-se de habeas corpus com pedido liminar impetrado em favor de EDINAMAR BARROS CARDOSO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0007608-44.2016.8.26.0566).*
>
> *Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 4 meses de reclusão e multa pela prática do crime previsto no art. 155, caput, c/c o 14, inciso II, ambos do Código Penal, além de 3 meses de detenção pela prática do delito inscrito no art. 307 do Código Penal, ambas a serem cumpridas em regime inicial fechado (e-STJ fls. 12/14).*
>
> *Irresignadas, as partes interpuseram apelações. O recurso ministerial foi provido para afastar a forma tentada no furto, razão pela qual a respectiva pena foi alterada para 1 ano e 2 meses de reclusão e multa, enquanto que o apelo defensivo foi parcialmente provido para fixar o regime inicial semiaberto, mas apenas para o resgate da pena de detenção, aplicada ao crime de falsa identidade (e-STJ fls. 63/72). Segue a ementa do acórdão:*
>
>> *Apelação. Crimes de furto simples tentado, e de falsa identidade. Recurso da Ré. Absolvição por crime impossível. Impossibilidade. Fixação de regime inicial mais brando. Possibilidade quanto ao crime de falsa identidade. Detração penal. Impossibilidade. Recurso do Ministério Público. Condenação pelo crime de furto consumado, e exasperação da sanção penal. Possibilidade e necessidade. Parcial provimento ao recurso da Ré. Provimento ao recurso do Ministério Público.*
>
> *No presente mandamus (e-STJ fls. 3/9), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois manteve sentença que não observou a regra da*

detração prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal ao estabelecer o regime inicial. Afirma que a paciente cumpriu prisão provisória superior a 1/6 das penas aplicadas, o que recomenda a fixação do regime aberto.

Ao final, formula pedido liminar para que a paciente possa aguardar em liberdade o julgamento deste writ e, no mérito, pede a detração do tempo de prisão provisória para efeito de estabelecimento do regime inicial.

É o relatório. ***Decido****.*

De início, o presente habeas corpus não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção da paciente.

Em relação à não detração do tempo de prisão provisória para efeito de estabelecimento do regime inicial, ao menos em juízo de cognição sumária, não vislumbro ilegalidade, pois embora a pena da paciente não exceda 4 anos, o recrudescimento do regime prisional foi motivado na sua reincidência. Dessa forma, resulta irrelevante, a princípio, o aproveitamento do tempo de prisão provisória, posto que a regra contida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se confunde com progressão de regime prisional.

Por outro lado, a manutenção do regime inicial fechado para o resgate da pena aplicada pelo furto, a princípio, revela-se desproporcional.

Afinal, segue motivação apresentada pelo Juízo sentenciante para fixar a pena e estabelecer o regime inicial fechado (e-STJ fls. 13/14):

> *Passo a dosar a pena. 1 - Artigo 155, caput, do Código Penal: Ausentes circunstâncias judicias desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal em 01 (um) ano de reclusão e no pagamento de 10 (dez) dias-multa. Reconheço em favor da acusada a atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, e, sem seu desfavor, a agravante da reincidência, tendo em vista as condenações transitadas em julgado certificadas nos autos. Compensando às circunstâncias, mantenho a pena intermediária no piso. Com fundamento no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Penal e em atenção ao "iter criminis" percorrido, reduzo a reprimenda no patamar máximo de 2/3 (dois terços), pois a conduta distanciou-se sobremaneira da consumação, perfazendo-se o total de 4 (quatro) meses de reclusão e 3 (três) dias-multa. Torno-a definitiva, pois não há outras causas de alteração. 2 - Artigo 307, caput, do*

> *Código Penal: Ausentes circunstâncias judicias desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal em 03 (três) meses de detenção. Na segunda etapa da dosimetria, compenso, igualmente, a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. As infrações foram praticadas em concurso material, aplicando-se o critério definido no artigo 69 do Código Penal. Torno definitiva a reprimenda acima imposta, pois não há outras circunstâncias que ensejem a exasperação ou abrandamento. Fixo multa mínima em razão da capacidade econômica da autora da conduta. Em decorrência da reincidência já reconhecida, estabeleço regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, inviabilizando-se, pelo mesmo motivo, a substituição por restritivas de direitos.*

O Tribunal a quo corrigiu o regime prisional relativo à pena de detenção, mas manteve o inicial fechado para o resgate da pena reclusiva, relativa ao furto (e-STJ fls. 67/69 - grifei):

> *Não é caso também de aplicação da regra do § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal a qual, além de soar inconstitucional (sem que esse tema seja o efetivo fundamento aqui tomado para sua não incidência), é de aplicabilidade duvidosa e inviável, porque: 1. o Juízo de Conhecimento não tem as informações necessárias a respeito da real situação carcerária do Réu, não podendo analisar, assim, questões afetas ao cumprimento e execução de penas, pena de se ferir o princípio do Juiz Natural; 2. a lei a ser observada para a concessão da progressão de regimes é a Lei das Execuções Penais, que é especial e traz os requisitos necessários (artigo 112) a serem analisados pelo juiz natural da causa que é justamente o das Execuções Penais; 3. assim como a progressão de regime é norma de direito material, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena também o é já que a primeira decorre da segunda, além de tratarem, ambos, do mesmo instituto, qual seja, a pena; 4. o texto representa uma ofensa ao princípio da ison omia, devendo prevalecer a sistemática ditada pela Súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal: "Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória", que deixa clara a competência do Juízo da Execução Criminal no que se refere aos incidentes e modificações relativas ao cumprimento da pena imposta competindo, por sua vez, ao Juízo de Conhecimento determinar a formação dos autos de execução provisória; 5. a Súmula citada tem por escopo permitir a progressão de*

regime em relação à pena ainda não definitiva, enquanto que a redação do § 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal define, na verdade, nova forma de indicação do regime inicial de cumprimento de pena, impondo novo requisito aos já constantes na norma penal (artigo 33 do Código Penal); 6. além disso, há evidente violação do princípio da isonomia, ao passo que se criam situações em que pessoas condenadas pelo mesmo crime e às mesmas penas tenham tratamento diferente um condenado que tenha sido preso provisoriamente poderá, desse modo, se r progredido de regime sem a análise de seu mérito para a benesse, enquanto aquele que não tenha cumprido prisão provisória somente obterá a progressão após análise e preenchimento dos requisitos previstos na Lei de Execução Penal; 7. neste sentido já decidiu esta Câmara (Ap. n° 0036839-46.2014.8.26.0224, rel. Des. Machado de Andrade, j. em 09.02.2017): "Também não há que se falar em aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, para fixar regime mais brando para início de cumprimento da reprimenda, visto que a detração prevista na nova Lei não implica em alavanca automática a progressão de regime prisional, eis que, para que o sentenciado obtenha tal benefício é necessário não só o cumprimento do requisito temporal, mas também ao requisito subjetivo".

Em relação à sanção penal do crime de falsa identidade, deve ser readequada na intensidade porque, sendo apenado com detenção, o regime mais severo só pode ser o semiaberto, nos termos do artigo 33, "caput", segunda parte, do Código Penal.

Dessa forma, extrai-se que o regime inicial fechado para o furto, excessivamente mais gravoso, baseou-se apenas na reincidência da paciente.

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de ser admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais (Súmula n. 269/STJ).

E, no caso, as circunstâncias judiciais são favoráveis à paciente, tanto que as penas-base foram estabelecidas nos mínimos legais.

Portanto, a princípio, a paciente faz jus ao regime intermediário para o resgate de ambas as sanções.

Ante o exposto, ***defiro a liminar***, ***em parte***, *para assegurar à paciente o direito de cumprir as penas em regime inicial semiaberto, até o julgamento do presente habeas corpus, salvo*

> *se por outro motivo estiver presa ou cumprindo pena em regime mais gravoso.*
>
> *Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, inclusive o envio da senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.*
>
> *Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.*
>
> *Intimem-se.*
>
> *Brasília, 5 de abril de 2019.*

Em suas razões (e-STJ fls. 85/99), o embargante sustenta que a decisão embargada incorreu em omissão, pois não foi observada a regra da detração prevista no artigo 387, § 2º, do Código Penal, na mesma esteira do que ocorreu quando da prolação da sentença e julgamento do recurso de apelação.

Em consequência, pede o acolhimento dos presentes embargos para que a fixação do regime inicial observe a regra prevista no art. 387, § 2º do Código de Processo Penal.

É o relatório. **Decido**.

É ressabido que os embargos de declaração são cabíveis quando o provimento jurisdicional padece de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, nos ditames do art. 619 do Código de Processo Penal, bem como para sanar eventual erro material.

No caso, inexiste omissão a ser dirimida, tendo em vista que a decisão embargada foi expressa em afirmar que não foi possível vislumbrar ilegalidade na apontada não observância da regra da detração prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, nos termos seguintes (e-STJ fl. 77):

> *Em relação à não detração do tempo de prisão provisória para efeito de estabelecimento do regime inicial, ao menos em juízo de cognição sumária, não vislumbro ilegalidade, pois embora a pena da paciente não exceda 4 anos, o recrudescimento do regime prisional foi motivado na sua reincidência. Dessa forma, resulta irrelevante, a princípio, o aproveitamento do tempo de prisão provisória, posto que a regra contida no § 2º do art. 387*

> *do Código de Processo Penal não se confunde com progressão de regime prisional.*

Em outras palavras, o aproveitamento do tempo de prisão provisória é irrelevante na hipótese dos autos, tendo em vista que a pena da paciente já estava no menor patamar possível, qual seja, o de até 4 anos, dentre os três patamares previstos no § 2º do art. 33 do Código Penal.

Dessa forma, fixada a pena da paciente em montante que não excede 4 anos, o regime de partida é o aberto, o que torna irrelevante o aproveitamento do tempo de prisão provisória. Nesse contexto, a reincidência da paciente é motivo autônomo e suficiente para o recrudescimento do regime.

Portanto, os presentes embargos declaratórios não comportam acolhimento, na medida em que a decisão embargada não incorreu em nenhum vício que demande integração, a qual fica mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator