HABEAS CORPUS Nº 476.129 - SP (2018/0283941-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	CAROLINA MEYER RIBEIRO DE MATTOS
ADVOGADO	:	CAROLINA MEYER RIBEIRO DE MATTOS - SP291934
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	DIOGO DE OLIVEIRA DOMINGUES

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DIOGO DE OLIVEIRA DOMINGUES contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento da Apelação n. 0011140-34.2016.4.03.6181.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 288 do Código Penal (quadrilha), às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 25 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso e, de ofício, excluiu a condenação da pena de multa do paciente, por ausência de previsão legal dessa espécie de sanção no preceito secundário do art. 288 do CP, conforme acórdão acostado às fls. 207/244.

No presente *mandamus*, a defesa busca a apreciação do pedido de detração penal, que não foi feito pelas instâncias ordinárias, para fins de determinação do regime inicial. Ressalta que o paciente já cumpriu 1/6 da pena imposta e que não há notícia de mau comportamento carcerário.

Por fim, alega constrangimento ilegal decorrente da ausência de expedição de guia de recolhimento para o início da execução penal.

Requer, liminarmente e no mérito, o reconhecimento da detração e a consequente fixação do regime aberto e, ainda a expedição de guia de recolhimento do paciente.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 115/116). As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 122/179 e 179).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 252/254).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, a defesa busca a aplicação do instituto da detração, para fins de alteração do regime inicial de cumprimento de pena e, a expedição da guia de execução..

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente pela prática do crime de quadrilha, aplicando à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 25 dias-multa. O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, sob os seguintes fundamentos:

> *O réu Diogo recorre para que a pena-base seja reduzida ao mínimo legal, incida a agravante da reincidência no mínimo legal e seja fixado o regime inicial aberto, considerando a detração.*
>
> *Não lhe assiste razão.*
>
> ***A exasperação da pena-base em razão do objeto material dos delitos praticados pela associação criminosa é adequada, uma vez que se trata de subtração de armas de fogo as quais seriam comercializadas clandestinamente, decerto destinadas à consumação de delitos executados mediante violência ou grave ameaça a terceiros.***
>
> *Nesse sentido, inclusive, o depoimento da testemunha Carlos, que em Juízo afirmou que obteve informes de que uma das armas teria sido localizada pela Polícia Civil em contexto de roubo a um taxista (mídia eletrônica à fl. 589).*
>
> *Diante disso, em razão das graves conseqüências da prática delitiva, é mantida a pena-base acima do mínimo legal, conforme a sentença.*
>
> ***Na segunda fase da dosimetria, é adequada a elevação da pena em 6 (seis) meses em razão da reincidência do acusado, condenado anteriormente por prática dos crimes de receptação e porte de arma de fogo (fls. 40/42 do apenso de antecedentes). Ademais, o art. 61, 1, do Código Penal não exige que se trate de específica reiteração.***
>
> ***A reincidência do réu e a quantidade de pena aplicada justificam a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, caput, e § 2o, b), em que pese o tempo de custódia preventiva (CPP, art. 387, § 2o).***
>
> *Revejo a dosimetria de ofício, contudo, para excluir a pena*

> *de multa aplicada por prática do crime previsto no art. 288 do Código Penal, uma vez que o tipo penal não prevê essa espécie de sanção em seu preceito secundário* (fls. 240/241).

Inicialmente, quanto à detração do tempo de prisão cautelar, é certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal. Confira-se:

> *CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DETRAÇÃO DE REGIME. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*
>
> *1. 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.*
>
> *2. Em que pese a agravante da reincidência tenha sido compensada com a atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena, tal circunstância deve ser valorada para fins de fixação de regime prisional, conforme o disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, sem que se possa falar em bis in idem. Ainda, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, não se vislumbra desproporcionalidade na imposição do regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda, malgrado a sanção corporal seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Precedente.*
>
> *3.* ***Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mais, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.***
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo processante avalie a possibilidade de fixação de regime prisional menos severo, considerando o instituto da detração* (HC 347.884/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/05/2016).

No caso dos autos, o Tribunal de origem deixou de realizar a detração, porquanto afirmou que a reincidência do réu e o *quantum* da pena aplicada justificam a fixação do regime semiaberto, nos termos do art. 33, caput, e § 2º, b, do CP.

Desse modo, inexiste flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem, pois conforme se observa, ainda que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta, não haveria alteração do regime inicial fixado, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstância judicial desfavorável e por ser o paciente reincidente.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA QUE REVELA MAIOR DESVALOR DA AÇÃO. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*
>
> *2. "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" (Súmula 269/STJ).*
>
> *3. Na espécie, embora a reprimenda final tenha sido fixada em patamar não superior a 4 anos, o regime prisional fechado foi fixado com fundamento em circunstâncias idôneas e concretas, quais sejam, a reincidência do paciente e a existência de circunstância que revela maior desvalor da ação, qual seja, nova prática delitiva após o benefício da progressão de regime.*
>
> *4. No que toca à pretendida aplicação da norma prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Civil, é possível identificar que os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não são idôneas, na medida em que simplesmente remetem para a execução penal a análise da detração, mediante a alegada necessidade de*

aferição do elemento subjetivo, próprio da progressão de regime, o que contraria o expresso comando normativo e a jurisprudência desta Corte.

5. O cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, conforme o comando do § 2º do art. 387 do CPP, demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal.

6. No caso, a pena já se encontrava em patamar não superior a 4 anos de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado em virtude da reincidência e existência de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 347.133/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 289, § 1º, DO CP. MOEDA FALSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA RECUSA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I - O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012.

II - Todavia, a despeito do montante final da pena (4 anos de reclusão) autorizar, a princípio, o regime aberto e, mesmo considerando a redução do tempo de prisão em decorrência da detração, depreende-se da dosimetria realizada que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao recorrente, que possui maus antecedentes, o que justifica o agravamento do regime prisional, para o semiaberto, consoante orientação do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 05 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o que ocorreu na espécie.

IV - A defesa não fez juntar cópia do decreto originário de prisão preventiva, peça indispensável para a verificação da idoneidade da motivação da manutenção da segregação cautelar, de

> *maneira que não é possível conhecer do recurso nessa parte, por deficiência de instrução (cf. RHC n. 55.604/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 27/11/2015).*
>
> *Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar* (RHC 66.436/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 06/05/2016)

Ademais, cumpre salientar que a fixação do regime inicial semiaberto é favorável ao paciente, pois nas hipóteses em que a pena-base é fixada acima do mínimo legal e o réu é reincidente, é possível a instituição do regime inicial fechado, ainda quando o *quantum* da pena é inferior a 4 anos.

A propósito, colacionam-se os seguintes precedentes a mero título de amostragem:

> *HABEAS CORPUS. ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, E ART. 155, §§ 1.º E 4.º, INCISO II, C.C. O ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FURTO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CRIME QUE DEIXA VESTÍGIOS. OUTROS MEIOS DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. CONSIDERADO O ITER CRIMINIS. FUNDAMENTO IDÔNEO. INVERSÃO DO JULGADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCOMPATÍVEL COM A VIA ESTREITA DO WRIT. AUMENTO DE PENA DECORRENTE DO REPOUSO NOTURNO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. REGIME FECHADO. CABIMENTO. PRECEDENTES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *(...)*
>
> ***6. Embora a pena definitiva tenha sido fixada em menos de 4 (quatro) anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Paciente, o que levou à fixação da pena-base acima do mínimo legal. Desse modo, encontra-se justificado o estabelecimento do regime prisional fechado, conforme a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.***

7. É possível a execução provisória da pena após a confirmação da sentença condenatória pelo Tribunal de origem quando esgotada a jurisdição ordinária.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão recorrido, afastar a qualificadora do art. 155, § 4.º, inciso II, do Código Penal, restabelecendo-se a sentença (HC 456.927/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 28/03/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO MENORES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO ART. 383, DO CPP. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E REINCIDÊNCIA (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO.

(...).

III - A alegação de nulidade da sentença por violação ao art. 383, do Código de Processo Penal, não foi enfrentada pela eg. Corte de origem. Desse modo, inviável o exame do pleito, na hipótese, pois tal proceder configuraria indevida supressão de instância, situação rechaçada por esse Tribunal Superior.

IV - Considerando-se apenas o quantum de pena aplicado (3 anos, 8 meses e 27 dias de reclusão), o regime poderia, em princípio, ser o aberto. Todavia, não se pode olvidar a existência de circunstância desfavorável que foi considerada na dosimetria da pena, na primeira fase, para fixar a pena-base acima do mínimo legal e a reincidência ostentada pelo paciente. Assim, inviável a fixação de regime diverso do fechado unicamente em razão do montante de pena imposto ao paciente, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido (HC 488.621/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/02/2019).

Por fim, em ofício enviado a esta Corte Superior de Justiça, a Magistrada de primeira instância, informou que indeferiu o pedido de expedição de guia de recolhimento definitiva, em cumprimento ao disposto no art. 105 da Lei de Execuções Penais – LEP (fl. 124).

O art. 105 da Lei n. 7.210/84 assim dispõe:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Quanto ao ponto, a decisão da Magistrada sentenciante está em

consonância com o entendimento deste Tribunal Superior de Justiça no sentido de que a guia de recolhimento deve ser expedida quando o réu estiver preso ou após o cumprimento do mandado de prisão.

Vejam-se os seguintes precedentes:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PENAL. EXPEDIÇÃO DA GUIA DE RECOLHIMENTO. MANDADO DE PRISÃO NÃO CUMPRIDO. EXECUÇÃO NÃO INICIADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. A orientação desta Corte é firme no sentido de que não é cabível sustentação oral no julgamento de agravo regimental em observância, notadamente, aos arts. 159, IV, e 258, ambos do RISTJ.*
>
> ***2. De acordo com o art. 105 da Lei de Execuções Penais, a guia de expedição de recolhimento para a execução será expedida se o réu estiver ou vier a ser preso. Dessa forma, ainda não cumprido o mandado de prisão, não há se falar em ilegalidade na ausência de expedição da guia de recolhimento do recorrente.***
>
> *3. Agravo regimental improvido* (AgRg no RHC 104.220/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 01/03/2019).
>
> *EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRETENSÃO DE QUE SEJA EXPEDIDA GUIA DE EXECUÇÃO ANTES DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE TERATOLOGIA OU MANIFESTA ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.*
>
> *2. In casu, a Corte de origem, no voto condutor do acórdão proferido, adotou a seguinte fundamentação, verbis: [...] percebo que o impetrante alegou futuro constrangimento ilegal, requerendo que seja concedido o cumprimento da pena em regime de prisão domiciliar, por ser mais adequado e correspondente com o regime inicial de cumprimento de sua pena (semiaberto). Constata-se dos autos*

da ação penal que o mandado de prisão preventiva ainda conseguiu ser cumprido, encontrando-se o paciente foragido. Assim, verifica-se a impossibilidade de expedição da guia definitiva da execução, diante do não cumprimento do mandado de prisão [...] É sabido que a guia de execução somente deverá ser expedida pelo Juiz sentenciante após o cumprimento do mandado de prisão do apenado, de acordo com o disposto no artigo 105, da Lei n° 7.210/84 (Lei de Execuções Penais). [...] Como no caso em exame o paciente encontra-se em liberdade, é, em tese, inviável a expedição da guia de recolhimento, e, consequentemente, o início da execução penal sem que se efetive o seu recolhimento prisional. [...] inviável a possibilidade de expedição da guia definitiva de execução antes do cumprimento do mandado de prisão, não constato a existência de constrangimento ilegal a ser reparado através deste writ, mantendo-se os fundamentos da decisão que denegou a liminar. [...]

3. De fato, consolidou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que, nos termos da legislação em vigor, especialmente os arts. 674 do Código de Processo Penal e 105 da Lei de Execução Penal, a guia de recolhimento será expedida após o trânsito em julgado da sentença, quando o réu estiver ou vier a ser preso. O fato de o apenado estar em lugar incerto e não sabido inviabiliza o início da execução.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 393.342/SE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/05/2017).

Acrescento, ainda, que foi informado pelo Tribunal *a quo*, a impetração de *habeas corpus* originário em 16/10/2018, com os mesmos pedidos apresentados neste *writ*, cujo pedido de liminar foi indeferido (fls. 192/199).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator