HABEAS CORPUS Nº 496.749 - SP (2019/0063266-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	RENATA FELIX MARTINEZ
ADVOGADO	:	RENATA FÉLIX MARTINEZ - SP226737
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	PEDRO CAVALCANTE DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ESTELIONATO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PEDRO CAVALCANTE DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n.º 0006930-46.2008.8.26.0457.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 171, *caput*, c.c. art. 29, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, no patamar mínimo legal, em regime inicial semiaberto.

Foi-lhe vedado o apelo em liberdade, com expedição de mandado de prisão. Contudo, o Tribunal *a quo* concedeu *habeas corpus* ao Réu, revogando a custódia preventiva.

No julgamento da apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso da Defesa, apenas para afastar a estipulação de valor mínimo para a indenização à vítima, mantida no mais, a sentença, nos termos do julgado de fls. 32-42.

Defende o Impetrante, de início, a falta dos requisitos da prisão preventiva. Afirma que interpôs agravo da decisão que negou seguimento ao recurso especial interposto contra o acórdão que julgou o apelo defensivo, sendo inviável a execução provisória da pena porque o *"Paciente não encontrava-se mais preso por outro processo (o Paciente terminou de cumprir a pena por outro delito, sendo extinta sua execução*

criminal)" (fl. 6).

Aduz que a existência de circunstância judicial desfavorável *"não impõe a adoção de regime prisional mais gravoso do que o previsto ao quantum de pena imposto, constituindo apenas faculdade do magistrado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP*" (fl. 7), tampouco impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Diz, por fim, que o Condenado *"é idoso, possui alguns problemas de sáude, e ingere medicamento contínuo"* (fl. 10), sendo o regime mais brando suficiente para a reprovação do crime.

Busca, assim, em liminar e no mérito, a concessão a ordem para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, com substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 52-54.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 58-86, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 88-96, opinando pelo não conhecimento da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, consoante informa o próprio Impetrante, a instância ordinária está encerrada, uma vez que, após inadmitidos os recursos especial e extraordinário, o feito aguarda o processamento dos agravos interpostos.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n.º 964.246 RG/SP, julgado sob o regime de 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 dos seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE APÓS O ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44.

2. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de reformatio in pejus *e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação. Precedentes.*

3. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena após o esgotamento da instância ordinária, já que os recursos especial e extraordinário não são dotados de efeito suspensivo.

[...]

5. Agravo a que se nega provimento." (AgRg no HC 438.209/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe de 30/08/2018.)

"*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.*

[...]

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 de 09/08/2018.)

Vê-se, assim, que a decisão de segunda instância, que determinou a expedição de mandado de prisão após vencidos os recursos ordinários, está em conformidade com a jurisprudência atualmente dominante.

De outro lado, o Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo para redimensionar a pena do Paciente, manteve a pena-base acima do mínimo legal e fixou o regime inicial semiaberto, nos seguintes termos (fl. 39; grifei):

> *"**A pena-base foi bem estabelecida acima do mínimo legal**, em 2 anos e 6 meses de reclusão e 25 dias-multa, à vista da personalidade do réu e, sobretudo, de seus **péssimos antecedentes**, conforme se afere por nada menos do que **três condenações transitadas em julgado**.*
>
> *Anote-se que, embora consideravelmente superior ao piso legal, o patamar eleito para a pena de partida não atinge sequer o ponto médio entre o mínimo (1 ano) e o máximo (5 anos) da pena privativa de liberdade.*
>
> *Adequado, portanto, à vista das circunstâncias expostas.*
>
> *À míngua de causas modificadoras nas demais etapas da dosimetria, essa pena se tornou definitiva.*
>
> *Tal pena prescreve em oito anos (artigo 109, inciso IV do CP), lapso que não decorreu entre nenhuma das causas interruptivas.*
>
> *Não há falar-se, pois, em prescrição.*
>
> *As circunstâncias judiciais desfavoráveis impedem a substituição da pena privativa de liberdade e justificam a imposição do regime inicial semiaberto, que fica mantido."*

Não subsiste o pleito pela fixação do regime inicial aberto para o Paciente, porquanto, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em observância às balizas contidas nos §§ 2.º e 3.º do art. 33 do Código Penal, reconhecida a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente majoração da pena-base além do mínimo legal, cabível o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

Assim, embora a pena fixada não alcance 4 (quatro) anos, correta a fixação do regime intermediário. Em idêntico sentido:

> *"Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu. Porém, considerando a sua primariedade e a redução da pena a patamar inferior a 4 anos de reclusão, revela-se proporcional o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao ora paciente."* (HC 487.876/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA,

julgado em 26/03/2019, DJe 01/04/2019.)

Por fim, ao negar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos com base no art. 44, inciso III, do Código Penal, o acórdão impugnado não divergiu da orientação desta Corte Superior, pois:

> *"**embora a sanção final seja inferior a 4 anos de reclusão e o réu seja primário**, a **existência de circunstância judicial desfavorável**, concretamente motivada, justifica a fixação de regime inicial semiaberto e o **indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**"* (AgRg no REsp 1.395.738/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 25/09/2018; sem grifos no original).

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora