

HABEAS CORPUS Nº 502.125 - SP (2019/0093574-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRA DE PAULA DOS SANTOS CORREA (PRESO)
PACIENTE : LETICIA APARECIDA ALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALESSANDRA DE PAULA DOS SANTOS CORREA e LETICIA APARECIDA ALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0068791-07.2013.8.26.0506, a qual manteve a condenação das pacientes pelo delito de furto.

Consta dos autos que Letícia recebeu a reprimenda de dois anos e quatro meses de reclusão, no regime aberto, e onze dias-multa, sendo substituída por multa e por prestação de serviços à comunidade.

Por sua vez, Alessandra foi condenada a dois anos e oito meses de reclusão, no regime semiaberto, tendo sido indeferida a substituição da pena privativa de liberdade.

A impetrante defende a nulidade do feito, porquanto as pacientes estavam presas e não foram requisitadas para a audiência de instrução e julgamento. Afirma ainda que deveria ter sido fixado o regime aberto aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em relação à paciente ALESSANDRA.

Requer, assim, o reconhecimento da nulidade do feito e o estabelecimento do regime aberto, além da substituição da pena para a Alessandra.

A liminar foi indeferida por decisão de fls. 69/70.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

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.

O *Parquet* assentou em seu parecer:

"In casu, pretende a Impetrante obter a declaração da nulidade da instrução processual, ao argumento de que as paciente se encontravam presas e não foram requisitadas pelo Juízo a quo para participarem da colheita da prova oral ou para apresentarem suas defesas pessoalmente. Todavia, ao afastar a referida nulidade, o Tribunal a quo asseverou que:

'A preliminar deve ser rechaçada. As apelantes foram agraciadas com a liberdade provisória no dia 11 de dezembro de 2013 (dois dias após a prisão em flagrante). E a prisão não foi decretada ao longo do processo e não há registro de que elas, por ocasião da instrução processual, estivessem presas por outro processo.

Na realidade, a revelia das rés foi declarada porque Alessandra mudou de endereço sem comunicar o juízo (fl. 153), e Letícia saiu intimada da audiência (fls. 153/154), mas não compareceu ao ato em que seria interrogada (fl. 174).' - fl. 14.

Ora, da leitura do excerto acima é possível depreender o total descabimento da alegação defensiva, porquanto, além de não se ter demonstrado o efetivo prejuízo à defesa, é possível verificar que as acusadas não foram interrogadas ou participaram da colheita da prova oral porque foram declaradas revéis na referida ação penal, já que respondiam ao processo soltas e uma das pacientes (ALESSANDRA) deixou de atualizar seu endereço, descumprindo deliberadamente uma determinação legal, descrita no art. 367 do CPP, assim como uma condição para a concessão de liberdade provisória, enquanto que a outra paciente (LETÍCIA), a qual foi intimada pessoalmente em audiência, simplesmente não compareceu ao seu interrogatório.

Assim sendo, inviável reconhecer, em proveito das pacientes, nulidade que elas próprias deram causa.

A propósito, confira-se, no que couber, o seguinte aresto:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. COMPARECIMENTO DO ACUSADO EM CARTÓRIO. NOTIFICAÇÃO ACERCA DA DENÚNCIA E RECEBIMENTO DE CÓPIA DA INICIAL. EIVA INEXISTENTE.

1. Na hipótese em apreço, durante o período cm

que o processo se encontrava suspenso por força do artigo 366 do Código de Processo Penal, o recorrente compareceu ao cartório do Juízo, oportunidade em que foi citado do teor da denúncia, dela recebendo cópia, o que revela que foi devidamente cientificado da existência do processo criminal em apreço, inexistindo qualquer mácula apta a contaminar o feito.

AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. IMPOSSIBILIDADE DE INTIMAÇÃO DO RÉU EM RAZÃO DE NÃO HAVER SIDO ENCONTRADO NO ENDEREÇO FORNECIDO EM JUÍZO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA AÇÃO PENAL. REVELIA DECRETADA. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.

1. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, 'nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse'.

2. No caso dos autos, o recorrente foi validamente cientificado da existência da ação penal deflagrada, não tendo sido notificado da data do interrogatório por haver mudado de endereço sem comunicar o Juízo, motivo pelo qual foi decretada sua revelia.

3. Assim, se o acusado não foi interrogado porque, mesmo sabendo da existência de ação penal em seu desfavor, se mudou sem aviso prévio, o que impossibilitou a sua intimação acerca da audiência de instrução e julgamento, não pode a defesa pretender que, agora, depois de proferida sentença condenatória, seja o feito anulado a fim de que seja inquirido. Precedentes.

DEFICIÊNCIA DE DEFESA. NULIDADE RELATIVA. SÚMULA 523 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADVOGADOS DATIVOS. DILIGÊNCIA NA ATUAÇÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Consolidou-se no âmbito dos Tribunais Superiores o entendimento de que apenas a falta de defesa técnica constitui nulidade absoluta da ação penal, sendo certo que eventual alegação de sua deficiência, para ser

apta a macular a prestação jurisdicional, deve ser acompanhada da demonstração de efetivo prejuízo para o acusado, tratando-se, pois, de nulidade relativa. Enunciado 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Não se pode qualificar como defeituoso o trabalho realizado pelos advogados nomeados para patrocinar o recorrente, pois atuaram de acordo com a autonomia que lhes foi conferida por ocasião da habilitação ao exercício da advocacia, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei 8.906/1994.

3. Diante de um insucesso, para o crítico sempre haverá algo a mais que o causídico poderia ter feito ou alegado, circunstância que não redunde, por si só, na caracterização da deficiência de defesa, a qual, conforme salientado, depende da demonstração do prejuízo para o acusado, não verificado na hipótese.

NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU REVEL DURANTE TODO O PROCESSO. EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA. CUSTÓDIA NECESSÁRIA PARA A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRICÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. A evasão do distrito da culpa, comprovadamente demonstrada e que perdura há vários anos, é fundamentação suficiente a embasar negativa do direito de recorrer em liberdade para garantir a aplicação da lei penal.

3. Recurso improvido. (RHC 54.042/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 06/04/2015)

Do mesmo modo, não merece amparo a irresignação da Impetrante no que tange ao pleito de abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em relação à ALESSANDRA.

Com efeito, o Tribunal a quo acertadamente manteve o regime prisional intermediário, em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Penal, haja vista a comprovação de que a ora paciente, ao tempo da prolação da sentença nesta ação penal, malgrado tenha sido condenada a pena privativa de liberdade inferior a 4 anos, já registrava condenação anterior transitada em julgado por crime doloso.

Outrossim, a Corte local negou a pretensão de conversão da pena corporal em restritiva de direitos, tendo em vista a não observância dos requisitos legais previstos no art. 44 do CP, ressaltando que:

'O regime prisional semiaberto é compatível com a personalidade de Alessandra, que conta com condenação

definitiva por porte de arma e também por porte de droga para consumo pessoal. Essa mesma circunstância evidencia que a substituição da pena carcerária por restritivas de direitos não é socialmente recomendada.' (fl. 17)

Assim, em que pese a irresignação da Impetrante, não se vislumbra flagrante ilegalidade no caso em testilha, posto que, tanto a fixação do regime inicial semiaberto, quanto a negativa de substituição da pena privativa de liberdade operaram-se em sintonia com o entendimento jurisprudencial perfilhado por esta Corte Superior, senão vejamos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE FURTO E RESISTÊNCIA. REINCIDÊNCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDADO NA VIA ESPECIAL. SÚMULA 7 DO STJ. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA REINCIDÊNCIA DO AGRAVANTE. INDEFERIMENTO DA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Quinta Turma reconhece que o princípio da insignificância não tem aplicabilidade em casos de reiteração da conduta delitiva, salvo excepcionalmente, quando as instâncias ordinárias entenderem ser tal medida recomendável diante das circunstâncias concretas do caso, o que não se infere na hipótese em apreço, máxime por se tratar de réu reincidente. Precedentes.

2. Para alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias e decidir pela absolvição do recorrente, demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ, que dispõe: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.'

3. Na hipótese, estabelecida a sanção corporal definitiva em patamar inferior a 4 anos de reclusão e verificada a reincidência do agente, de fato, o regime inicial semiaberto é o cabível para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alíneas 'b' e 'c', do Código Penal.

4. Não sendo possível se vislumbrar a ocorrência de ilegalidade flagrante ou de constrangimento ilegal, resta descabida a concessão de habeas corpus, de ofício.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 109311 O/SP, Rei. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 19/12/2017) - g.n

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO SIMPLES. REGIME PRISIONAL CONDENÇÃO DE 1 (UM) ANO E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. REINCENTE. ENUNCIADO Nº 269/STJ. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/201; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 178/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rei. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação

idônea'.

IV - Na hipótese, apesar da quantidade da pena aplicada, 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e a pena base ter sido fixada no mínimo legal, ante ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, foi reconhecida a agravante da reincidência, motivo suficiente a ensejar o estabelecimento do regime inicial semiaberto.

V - 'E admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais' (En. 269/STJ).

VI - O réu reincidente não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante o não preenchimento do requisito legal, expresso no art. 44, II, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, somente, para fixar o regime semiaberto para início de cumprimento de pena. (HC 334235/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 02/02/2016) - g.n.

Destarte, não vislumbrado constrangimento ilegal perpetrado contra as pacientes, deve-se manter inalterado o v. acórdão hostilizado." (fls. 77/82)

Como visto no bem elaborado parecer ministerial, o qual adoto como razões de decidir, foi correto o afastamento da nulidade, em virtude do não comparecimento das pacientes em juízo na data do interrogatório, porquanto as mesmas encontravam-se soltas e uma não foi intimada, por não ter sido localizada no seu endereço indicado nos autos e a outra mesmo intimada não compareceu na audiência.

De outra parte, também restou justificado o regime semiaberto, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, em decorrência da reincidência da paciente Alessandra.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

