HABEAS CORPUS Nº 505.386 - SP (2019/0112029-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	CLAYTON FLORÊNCIO DOS REIS
ADVOGADO	:	CLAYTON FLORÊNCIO DOS REIS - SP221825
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	PEDRO HENRIQUE LARA SANCHES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de PEDRO HENRIQUE LARA SANCHES no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0001651-45.2016.8.26.0604).

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado, por infração ao art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, à pena de 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto, e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa. Na ocasião, a pena privativa de liberdade foi substituída por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e na interdição temporária de direitos (e-STJ fls. 16/19).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento para reduzir a pena pecuniária para 11 (onze) dias-multa. Eis a ementa do mencionado acórdão (e-STJ fl. 8):

> *Art. 16, par. único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03 - Materialidade delitiva e autoria demonstradas - Prova - Palavras dos policiais militares - Validade - Ausência de motivos para incriminar um inocente.*
>
> *Penas reformadas - Substituição por duas restritivas de direito.*
>
> *Recurso parcialmente provido.*

No presente *writ*, a defesa afirma que "*o Tribunal manteve o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, mesmo o paciente fazendo jus a fixação do regime aberto"* (e-STJ fl. 4).

Sustenta que "*o paciente teve fixado o regime semiaberto para o cumprimento da pena, sem qualquer motivação idônea, com flagrante ofensa as*

Súmulas 718 e 719 do STF" (e-STJ fl. 4).

Alega que "*se mostra desproporcional a imposição do regime semiaberto ao paciente por meio de decisão que fixa a pena base no mínimo legal, reconhece a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, ao mesmo tempo, impõe regime inicial de cumprimento mais gravoso, sem ao menos fundamentar essa decisão em elementos concretos"* (e-STJ fl. 5).

Por isso, requer, liminarmente, "*que seja revogada a ordem de prisão do paciente, até o julgamento da presente ordem, ou que seja fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena,"* e, no mérito, "*que seja fixado o regime aberto para o início do cumprimento da pena"* (e-STJ fls. 5 e 6).

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 24/26).

Os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 132/133).

É, em síntese, o relatório.

O Tribunal local manteve a sentença que assim fixou o regime inicial para o cumprimento da pena (e-STJ fls. 18/19):

> *Para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, fixo o regime semiaberto, conforme previsão legal do artigo 33, § 2º, do Código Penal, tendo-se em vista ainda as circunstâncias do artigo 59 do códex penal. Conforme a jurisprudência: se a pena-base do crime é fixada acima do mínimo legal em face da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não há ilegalidade na imposição de regime inicial mais gravoso do que o abstratamente previsto de acordo com a quantidade de pena aplicada (STJ, AgRg no REsp 1.471.969/RN, Rel. Min. Jorge Mussi, j20/11/2014).*

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar, na fixação do regime inicial do cumprimento de pena, a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP).

Com essas considerações, observo que o acórdão recorrido não merece reparo, pois, embora a pena definitiva tenha sido aplicada em 3 anos, 4 meses e 15 dias

de reclusão, o paciente teve a pena-base estabelecida acima do piso legal em razão da existência de circunstância judicial negativa, não havendo, portanto, constrangimento ilegal na fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1°, I, "B", C.C. § 4°, III, DA LEI 9.455/97. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. CRIME DE DANO QUALIFICADO: REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE DETENÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ADEQUAÇÃO. CRIME DE TORTURA: REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL ABERTO. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS CONCRETOS QUE JUSTIFICAM O REGIME INICIAL FECHADO. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*
>
> *2. **Nos termos do artigo 33 e 59 do Código Penal, fixadas as penas em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial semiaberto é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, portanto acertada a fixação do regime intermediário, quanto ao crime de dano qualificado.***
>
> *3. No tocante ao crime de tortura qualificado (art. 1, § 4°, III, da Lei n° 9.455/97 - sequestro), tem-se as reprimendas definitivas em patamar inferior a 4 anos, bem como há circunstância judicial desfavorável, a qual se refere à gravidade concreta do crime, o que respalda a fixação do regime fechado, malgrado o quantum de pena. As instâncias de origem apresentaram elementos concretos, relativos às circunstâncias do crime, que, indubitavelmente, revelam como exacerbada a reprovabilidade das condutas dos pacientes.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido.*
>
> (HC 356.144/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifei.)

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ART. 306, CAPUT, DA LEI N. 9.503/97. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.*

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 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 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, Rel. 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 - **In casu, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque presente circunstância judicial desfavorável, mostra-se adequada a aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o semiaberto), ao paciente, condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção, primário, ostentando condição judicial desfavorável, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.***

Habeas corpus não conhecido.

(HC 342.817/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 21/03/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO SIMPLES. 1) ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUESTÃO NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. 2) REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- O pleito de aplicação da detração prevista no art. art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal não foi debatida e nem sequer suscitada perante a Corte de origem, o que inviabiliza sua análise por este

> *Tribunal superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.*
>
> ***- Nos termos do art. 33 do Código Penal, resta incabível a fixação do regime inicial aberto ao condenado à pena inferior de 4 anos, quando presente qualquer circunstância judicial desfavorável ou no caso de ser o réu reincidente***.
>
> *- Habeas corpus não conhecido.*
>
> (HC 335.751/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJSP, SEXTA TURMA, DJe 01/03/2016, grifei.)

Ante o exposto, **denego a ordem de *habeas corpus*, cassando a liminar.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator