HABEAS CORPUS Nº 494.789 - SP (2019/0052208-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	SILVIO DELLA ROVERE NETO E OUTRO
ADVOGADOS	:	INIVALDO DELLA ROVERE - SP048915 SILVIO DELLA ROVERE NETO (EM CAUSA PRÓPRIA) - SP0201507
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SILVIO DELLA ROVERE NETO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de SILVIO DELLA ROVERE NETO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0004242-98.2015.8.26.0576).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 168, § 1º, III, c/c 16, todos do Código Penal (apropriação indébita), à pena de 1 ano e 13 dias de reclusão, em regime semiaberto.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa e determinou a expedição de mandado de prisão.

No presente *mandamus*, a defesa sustenta, em síntese, que o paciente preenche todos os requisitos necessários para que a pena privativa de liberdade seja substituída por restritiva de direitos. Salienta que a reincidência não é específica e, dessa forma, não obstaria tal substituição. Argumenta que o paciente faz jus também ao regime inicial aberto. Por fim, alega ser ilegal a determinação de expedição de mandado de prisão, pois pendente de julgamento os embargos de declaração.

Requer, assim, a substituição da pena corporal, a fixação de regime inicial aberto e a concessão ao paciente do direito de aguardar em liberdade o esgotamento de todos os recursos ordinários.

Deferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO CABÍVEL NA ESPÉ- CIE. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO AO USO DO*

REMÉDIO CONSTITUCIONAL. RECEPTAÇÃO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. PARECER PELA MANUTENÇÃO DA LIMINAR CONCEDIDA PARA QUE O RÉU PERMANEÇA EM LIBERDADE, ATÉ O ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, E PELA DENEGAÇÃO DOS PLEITOS DE MUDANÇA DE REGIME PRISIONAL E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. (fl. 104)

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a fixação de regime inicial aberto e a concessão ao paciente do direito de aguardar em liberdade o esgotamento de todos os recursos ordinários.

No que importa, trago os seguintes trechos proferidos pela Corte estadual:

Apelação:

[...]

Quanto à dosimetria, as penas foram fixadas no mínimo legal, e pela causa de aumento constante do § 1º, inciso III, do art. 168, do Código Penal (§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa: III - em razão de ofício, emprego ou profissão), as penas foram majoradas de um terço (1/3).

Em razão da reincidência (Certidão de fls. 84), a pena foi agravada em 1/6, perfazendo 01 ano, 06 meses e 20 dias de reclusão, e 15 dias-multa.

Ante a incidência do art. 16, do Código Penal, a pena foi reduzida em 1/3, totalizando 01 ano e 13 dias de reclusão, e 10 dias-multa.

Inaplicável ao caso a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, eis que ausentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, sendo o réu reincidente, não se revelando medida socialmente recomendável.

Foi fixado o regime inicial semiaberto, o qual não enseja qualquer reparo, estando adequado face ao Princípio da Suficiência, sendo o réu reincidente. (fls. 26/27)

No tocante à substituição da pena, não há flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de *habeas corpus*, isso porque o paciente realmente não faz jus à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos do art. 44, II, e § 3º, do Código Penal, porquanto é reincidente em crime doloso e, conforme constatado pelo Tribunal de origem, não é socialmente adequada a substituição, conclusão esta que não pode ser alterada na via do *writ*, considerando o óbice ao revolvimento fático-probatório.

Quanto ao tema, confiram-se os seguintes precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPTAÇÃO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*
>
> *3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu reincidente, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial semiaberto.*
>
> ***4. Não faz jus à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos termos do art. 44, II, e § 3º, porquanto é reincidente em crime doloso e, conforme constatado pelas instâncias ordinárias, não é socialmente adequada a substituição, conclusão esta que não pode ser alterada na via do writ, considerando o óbice ao revolvimento fático-probatório.***
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de*

ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo a pena em regime diverso. (HC 487.841/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. VEDAÇÃO LEGAL. FALTA DO PREENCHIMENTO DE REQUISITOS. MEDIDA SOCIALMENTE ADEQUADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MANIFESTA IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Inicialmente, cumpre asseverar que a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - Esta Corte não tem autorizado a substituição de penas quando há reincidência, em face de expressa proibição legal. Ademais, modificar o julgado por suposta contrariedade à lei federal, para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito em razão de ser socialmente mais recomendável a substituição, não encontra amparo na via eleita, diante da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento incompatível com a via eleita.

Habeas corpus não conhecido. (HC 444.788/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. SENTENCIADO FORAGIDO À ÉPOCA DO FATO.

POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A alteração do entendimento das instâncias de origem acerca da possibilidade de substituição da pena do réu reincidente em crime doloso demanda revolvimento de matéria fático probatória, procedimento inviável na instância especial, ante a incidência da Súmula 7/STJ.

2. Não há ilegalidade na vedação da substituição da pena privativa de liberdade em caso de réu reincidente em crime doloso, se a medida não for socialmente recomendável, conforme jurisprudência reiterada desta Corte Superior.

3. Agravo improvido. (AgRg no AREsp 1.133.532/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 04/12/2017)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 171, CAPUT, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Sedimentou-se nesta Corte a orientação no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. A conduta do réu, consistente na tentativa de obter vantagem ilícita - no valor de R$ 199,99 (cento e noventa e nove reais e noventa e nove centavos) -, o que representa cerca de 36% do salário mínimo vigente à época dos fatos (1º/11/2011), não pode ser considerada de inexpressiva lesão jurídica, nos termos da orientação jurisprudencial do STJ.

3. O art. 44, II, do Código Penal, não admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para o réu reincidente em crime doloso. No entanto, a reincidência em crime doloso, isoladamente, não tem o condão de afastar a aplicação da medida, tendo em vista que o § 3º oferece a possibilidade de concessão da benesse para os casos em que se entenda socialmente recomendável a medida e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

4. Se as instâncias ordinárias entenderam que o recorrente não preenchia os requisitos do art. 44 do Código Penal, para a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, afastando-a, notadamente, pela reincidência em crime doloso, o que evidencia não ser a medida pretendida socialmente recomendável, decidir em sentido contrário demandaria necessário revolvimento do contexto fático probatório dos autos, providência vedada pelo enunciado da Súmula

7/STJ.

5. O agravo regimental não traz argumentos novos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, razão por que deve ser mantida a decisão monocrática proferida.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 599.036/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 26/06/2017).

Em relação ao regime inicial, verifica-se que o semiaberto foi corretamente fixado no caso dos autos, porque, por expressa disposição legal (art. 33, § 2º, *"c"*, do Código Penal), é inadmissível a fixação de regime aberto a condenados reincidentes. (HC 353.092/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016).

Por fim, verifica-se que ainda não foi esgotada a jurisdição ordinária, pois foram opostos embargos de declaração pela defesa, fato que obsta a expedição de mandado de prisão em desfavor do apenado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO STF. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. AUSÊNCIA DE EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126.292, julgado no dia 17/2/2016).

2. No caso, entretanto, a jurisdição perante as instâncias ordinárias não se encontra ainda encerrada, uma vez que foram opostos embargos infringentes, pendentes de julgamento. Assim, a execução antecipada da pena configura constrangimento ilegal.

3. Ordem concedida, em menor dimensão, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento dos embargos infringentes, perante a instância ordinária, salvo prisão por outro motivo, fundamentadamente.

(HC 385.371/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, tão somente para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o

esgotamento das instâncias ordinárias, confirmando a liminar deferida.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator