

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 529.156 - SP (2019/0251903-7)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WILD AFONSO OGAWA FILHO - RS086384B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FERNANDO RIBEIRO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **FERNANDO RIBEIRO DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 4 meses de detenção, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 13 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 65 da Lei 9.605/98 (e-STJ, fls. 15-19).

Interposta apelação, a Corte Estadual deu parcial provimento ao recurso da defesa, para readequar a pena imposta ao paciente, fixando-a em 3 meses e 15 dias de detenção, mais o pagamento de 11 dias-multa, mantendo o regime inicial semiaberto, tendo, ainda, determinado a expedição de mandado prisional em seu desfavor, para o início do cumprimento da reprimenda. O aresto restou assim ementado:

“CRIME AMBIENTAL Picar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano (art. 65 da Lei nº 9.605/98) Configuração. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão judicial corroborada pelos depoimentos dos guardas civis municipais, tudo em harmonia com o conjunto probatório Condenação mantida. PENAS e REGIME PRISIONAL Bases acima dos mínimos. Maus antecedentes. Acréscimo na fração de 1/6. Proporcionalidade Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão Regime inicial semiaberto Inviáveis a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a concessão de sursis (CP, artigos 44, II e III; e 77, I e II) Apelo provido em parte para reduzir as penas Expedição de mandado de prisão.” (e-STJ, fl. 30).

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que a Corte Estadual teria determinado a imediata execução provisória da pena imposta ao paciente.

Para tanto, aduz que “não existe previsão legal de prisão automática e acrítica como efeito do acórdão de segundo grau. E, no presente caso, não foi indicada qualquer razão (art. 316) que devidamente motive a cautelaridade (art. 315) necessária para atingir uma das finalidades estabelecidas em lei (art. 314) para a segregação cautelar em processo em andamento” (e-STJ, fl. 7).

Superior Tribunal de Justiça

Sustenta que o paciente faz jus ao regime aberto, tendo em vista que “reincidência, por si só, não pode ser empecilho à concessão de regime de pena mais brando” (e-STJ, fl. 7), especialmente por que nenhuma circunstância judicial lhe foi desfavoravelmente valorada.

Requer, liminarmente, que seja permitido ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação ou, a imediata determinação de cumprimento da pena no regime aberto e, no mérito, que seja fixado o regime aberto para o cumprimento da pena que lhe foi imposta, bem como cassada a decisão que determinou a execução provisória da pena.

É o relatório.

Decido.

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Inicialmente cumpre ressaltar que, após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, 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”. Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação.

Contudo, em 8/11/2019, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, concluiu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, e decidiu, por maioria de votos, que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Assim, a prisão antes de esgotados todos os recursos cabíveis apenas poderá ocorrer por decisão individualizada, com a demonstração da existência dos requisitos para a prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu no caso dos presentes autos.

Por outro lado, para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos do acórdão da apelação:

“[...] Passa-se à dosimetria das penas.

As bases ficaram assentadas em 1/3 (um terço) acima dos mínimos com fundamento nos maus antecedentes (cf. certidões de fls. 158, 161/162, 165/166, 171, 174, 176/177 e 179, e F.A. de fls. 347/372). Contudo, afigura-se proporcional a exasperação na fração de 1/6 (um sexto), obtendo-se 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de detenção, e 11 (onze) dias-multa, no piso.

Na segunda etapa, as penas permanecem inalteradas, porquanto corretamente compensada a agravante da reincidência (cf. certidão de fl. 172) com a atenuante da confissão. À míngua de outras

Superior Tribunal de Justiça

modificadoras, tornam-se definitivas, no recálculo, nos montantes acima.

O regime inicial semiaberto deve ser mantido, pois a circunstância judicial desfavorável e a recidiva desautorizam o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal)." (e-STJ, fl. 33).

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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso dos autos, a instâncias ordinárias estabeleceram a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, o que, por si só, permite a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Outrossim, em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 meses de detenção, tratando-se de réu reincidente e com circunstância judicial desfavoravelmente valorada, não há que se falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor.

A corroborar tal conclusão, trago à baila os seguintes julgados:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONDENAÇÕES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282/STF E 356/STF. REGIME PRISIONAL ABERTO. RÉU REINCIDENTE E COM MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 269/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que, em se tratando de acusado multirreincidente, as condenações pretéritas, desde que distintas, podem ser utilizadas para justificar o aumento da pena-base ante a consideração desfavorável da circunstância judicial dos antecedentes, bem como para aumentar a pena na segunda fase em vista da reincidência, não havendo que se falar em bis in idem.

2. Na espécie, verifica-se que o réu ostenta extensa ficha de condenações criminais anteriores, tendo as instâncias ordinárias valorado negativamente os antecedentes com base em 14 (quatorze) das 15 (quinze) condenações criminais transitadas em julgado ostentadas pelo acusado, sendo a remanescente utilizada para fins de configuração da reincidência. Não há óbice à manutenção do desvalor atribuído à vetorial atinente aos antecedentes, visto que utilizadas

condenações distintas daquela que amparou o aumento aplicado na segunda fase da dosimetria da pena, a título de reincidência.

3. No que concerne à aduzida impossibilidade de utilização em prejuízo do acusado das condenações transitadas em julgado e já atingidas pelo quinquênio depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, tal tese não foi debatida pela Corte de origem, tampouco foi objeto de embargos de declaração, não podendo, portanto, ser enfrentada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento. Incidência das Súmulas n.

282/STF e 356/STF.

4. Como é cediço na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, admite-se a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos, se favoráveis as circunstâncias judiciais, a teor da Súmula n. 269/STJ.

5. No presente caso, o envolvido - que pleiteia a fixação de regime inicial aberto -, além de reincidente, possui maus antecedentes, o que afasta a incidência do referido enunciado sumular e representa fundamentação idônea tanto para a imposição do regime prisional fechado quanto para a não concessão de substituição da pena. Não obstante, tendo as instâncias ordinárias fixado regime semiaberto para início do cumprimento da pena - quando o adequado seria o regime fechado - este deve ser mantido, em razão da vedação à reformatio in pejus, porquanto ausente recurso ministerial.

6. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AREsp 1573086/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2019, DJe 22/11/2019, grifou-se);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONFISSÃO. ATENUANTE. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL - CP. FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. DEMAIS PROVAS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. O paciente, na fase inquisitorial, afirmou não se recordar de atropelar as vítimas e, em juízo, não compareceu ao interrogatório. A formação do convencimento do Magistrado se valeu nos demais elementos probatórios colhidos nos autos, não sendo o caso de aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.

Superior Tribunal de Justiça

3. Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência justificam a fixação do regime inicial semiaberto, bem como impedem a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.” (HC 432.947/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2019, DJe 16/4/2019, grifou-se).

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas concedo *habeas corpus* de ofício, para suspender a execução provisória da pena imposta ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

Comunique-se, **com urgência**, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Araçatuba/SP.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator