

HABEAS CORPUS Nº 539.220 - SP (2019/0306891-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO
ADVOGADOS : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552
ANDRÉ SANTOS ROCHA DA SILVA - SP253601
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO PERES GEMHA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de MARCELO PERES GEMHA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do Agravo em Execução Penal n. 0004996-47.2019.8.26.0496.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de detenção, no regime semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 172, *caput*, do Código Penal (por duas vezes em continuidade delitiva), com início de pena em 11/4/2019 e término previsto para 14/7/2024.

O Juízo de 1º grau homologou o cálculo de penas e considerou, para concessão do benefício de saída temporária, a necessidade de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena – e-STJ fls. 69-72.

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao agravo em execução penal interposto pela defesa (e-STJ fls. 44-46).

Nesta via, a impetrante sustenta a ausência de fundamentação suficiente a justificar a exigência de atendimento ao requisito objetivo do art. 123 da Lei de Execução Penal para o deferimento de saídas temporárias.

Alega que o reeducando foi condenado ao regime inicialmente semiaberto, não sendo necessário o cumprimento de 1/6 (um sexto) da reprimenda para a obtenção da benesse.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja retificado o cálculo de pena do paciente, afastando-se a exigência de resgate da fração de 1/6 (um sexto) para o deferimento de saídas temporárias.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 49-50).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 58-64).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 75-77).

Por meio da Petição n. 00795041/2019 (e-STJ 80-96), a defesa pleiteia a concessão de tutela provisória antecipada ao argumento de que eventual demora no julgamento do *writ* pode prejudicar o direito do paciente à saída temporária prevista para 23/12/2019.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico

para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere ao tema em debate no presente *habeas corpus*, assim se manifestou o acórdão impugnado (e-STJ fls. 65/67):

Consta, ainda, que o douto Magistrado a quo homologou cálculo de penas para fins de saída temporária no qual se considerou a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena para tal benefício.

Observe que o art. 123 da LEP dispõe, como requisitos cumulativos para a saída temporária, a necessidade de comportamento adequado, o cumprimento de no mínimo 1/6 da pena para os primários ou de 1/4 para os reincidentes e a compatibilidade do benefício com os objetos da pena.

Este Relator, comungando da mesma opinião esposada pelo Colendo STJ, vem entendendo que é necessário o cumprimento de 1/6 ou de 1/4 das penas, se primário ou reincidente, para que seja possível tal benesse, ainda que o sentenciado tenha sido condenado a descontar a reprimenda inicialmente no regime intermediário, diante da inexistência de qualquer ressalva no art. 123 da citada Lei de Execução Penal.

Como se vê, o acórdão combatido está em consonância com o entendimento desta Corte Superior de que, para a concessão do benefício da saída temporária, o apenado em cumprimento de sanção no regime semiaberto deve preencher os requisitos previstos no art. 123 da Lei de Execução Penal, sendo imprescindível o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, quando primário, ou 1/4 (um quarto), se for reincidente.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA TEMPORÁRIA. ART. 123 DA LEP. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A pretensão deduzida neste habeas corpus vai de encontro ao entendimento desta Corte Superior de que: "[p]ara a concessão da autorização de saída temporária, são cumulativos os requisitos previstos no artigo 123 da Lei de Execução Penal. O fato de o paciente ter iniciado o cumprimento da pena no regime intermediário não dispensa o atendimento do requisito legal. In casu, não há ilegalidade na negativa do benefício sem a prova

do desconto mínimo de um sexto da pena" (HC n. 347.829/SC, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/8/2016).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 469.537/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe de 12/08/2019.)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SAÍDA TEMPORÁRIA. REQUISITO OBJETIVO NÃO CUMPRIDO. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O art. 123 da Lei de Execução Penal exige, como requisito objetivo para a concessão do benefício da saída temporária, o cumprimento mínimo de 1/6 da pena, caso o reeducando seja primário, ou de 1/4, caso seja reincidente. Tal requisito deve ser observado mesmo nos casos de condenado em regime inicial semiaberto. Precedentes.

2. Recurso em habeas corpus desprovido.

(RHC 102.761/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2018, DJe de 23/10/2018.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA TEMPORÁRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. REQUISITO OBJETIVO. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 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, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.

2. A saída temporária é benefício intrínseco ao regime intermediário, conforme estabelece o art. 122 da Lei de Execuções Penais - LEP. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta (...).

3. O art. 123 da LEP prevê, a título de requisito objetivo, a necessidade de cumprimento de, no mínimo, 1/6 da pena, se o reeducando for primário e 1/4, se reincidente, para que seja concedido o benefício.

4. Na hipótese dos autos, o apenado não preencheu o requisito objetivo, tendo em vista que não resgatou a fração de 1/6 (um sexto) da pena, por ser primário, no regime de cumprimento que lhe foi imputado, de forma que não se mostra possível a concessão do benefício pleiteado.

5. Habeas corpus não conhecido.

Superior Tribunal de Justiça

(HC 357.081/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe de 26/08/2016.)

Com o julgamento do mérito da impetração, fica prejudicado o pleito de concessão de tutela provisória antecipada formulado na Petição n. 00795041/2019 (e-STJ 80-96).

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não se conhece do *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator