

HABEAS CORPUS Nº 543.860 - SP (2019/0332501-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON LUIS TAVARES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EDSON LUIS TAVARES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 155, § 4º, II, c/c o art. 71 do CP, por, "*mediante escalada, [ingressar] no estabelecimento comercial 'Dornellas Industrial de Móveis Ltda', situado na Avenida Waldemar Alves, 2470, no Parque Industrial, nesta cidade e comarca, donde subtraiu, para si, bens móveis pertencentes à referida empresa, tais como trilhos de alumínio, caixa de ferramentas, calhas de forno de ultravioleta, refletor de alta temperatura UV etc, os quais foram avaliados em R\$ 10.536,00*" (e-STJ fls. 12/13).

Em primeira instância, foi o ora paciente condenado, pelo delito pelo qual foi denunciado, ao cumprimento de 3 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo (e-STJ fl. 31).

A sentença foi reformada pelo Tribunal de origem, que acolheu parcialmente a apelação defensiva, fixando a pena do réu em 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão. O acórdão foi assim ementado (e-STJ fl. 31):

APELAÇÃO CRIMINAL PLEITOS DEFENSIVOS DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA ATINENTE A ESCALADA; DE REDUÇÃO DO AUMENTO OPERADO PELO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA, PARA A FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6, E DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA SANÇÃO AFLITIVA.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 155, § 4º, II (POR TRÊS VEZES), C.C. O ART. 71, AMBOS DO CP.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

CASO EM QUE AS PENAS, TODAVIA, ESTÃO A MERECER REPAROS, A MENOR.

Recurso parcialmente provido, com determinação.

No mesmo ato, determinou-se a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, *in verbis*: "*Providencie-se o necessário para a expedição de mandado de prisão, nos termos do decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal no H.C. nº 126292/SP, reafirmado pelas decisões que indeferiram, por maioria de votos, as medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs. 43 e 44*" (e-STJ fl. 37).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante esta Corte Superior (e-STJ fls. 3/10), ao argumento de que há evidente constrangimento ilegal na determinação para o imediato cumprimento da pena sem o trânsito em julgado do édito condenatório.

Ressalta, ainda, que, "*em princípio, no caso em exame, de acordo com essa previsão legal, o paciente poderia iniciar o cumprimento da sanção aplicada em estabelecimento penitenciário de regime semiaberto, por ser reincidente. Ocorre que o § 3º do artigo acima citado reza que na fase sentencial de determinação do regime de pena deverá ser observado, além da não reincidência, o quadro de circunstâncias do artigo 59, do Código Penal*" (e-STJ fl. 8).

Diante disso, pleiteia "*a concessão da liminar para conceder o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória, ou, imediatamente estabelecer o regime inicial aberto de cumprimento de pena e, ao final, postula que seja concedida a ordem de Habeas Corpus [...]*" (e-STJ fl. 10).

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 40/43.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 50/61.

O Ministério Público Federal, à e-STJ fl. 63, manifestou-se pela concessão da ordem de ofício, *"para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória, tendo em vista o recente entendimento estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal"*.

É o relatório.

Quanto ao regime prisional fixado, assim consignou o Tribunal de origem (e-STJ fl. 36):

Por fim, acertada a fixação do regime prisional inicial semiaberto, **diante da reincidência do apelante, aliada, ainda, as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao mesmo**, já mencionadas, mormente em razão das conseqüências dos delitos, vez que, ao contrário do afirmado pela Defensoria, a fl. 277, houve efetivo prejuízo material à vítima, que relatou não ter recuperado todos os seus bens subtraídos, tudo em consonância com o quanto disposto nos artigos 33, § 2º, “c”, e § 3º, e 59, ambos do Código Penal.

Pois bem.

Acerca da *quaestio*, é preciso destacar o que dispõe a Súmula n. 269 desta Corte, segundo a qual *"é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"*, tal como ocorre na espécie.

A corroborar tal entendimento, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. SEMI-IMPUTABILIDADE (ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). QUANTUM DE REDUÇÃO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RESPEITADO O LIMITE DA LEI. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. DIREITO AO REGIME SEMIABERTO. ENUNCIADO SUMULAR N.º 269 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de redução da pena a ser aplicado, desde que seja observado o limite traçado na lei e o princípio do livre convencimento motivado. Na

espécie, a instância de origem, sob fundamentação idônea, manteve a redução da pena em 1/2 (metade), ou seja, dentro dos limites legais, quanto à incidência do art. 26, parágrafo único, do Código Penal (semi-imputabilidade do paciente), o que não evidencia constrangimento ilegal.

2. Não é possível a imposição de regime fechado, com base na reincidência do paciente, visto que condenado à pena igual ou inferior a quatro anos e favoráveis as circunstâncias judiciais. Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Ordem concedida em parte, ratificada a liminar, apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto.

(HC 399.243/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 28/08/2017, grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269 DO STJ. REGIME SEMIABERTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Ao réu reincidente específico é possível a aplicação da Súmula n. 269 do STJ, diante da quantidade de pena estabelecida (no caso, 2 anos de reclusão), se favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 354.544/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016, grifei)

Diante do entendimento consolidado no enunciado sumular acima referido, pode-se concluir, a *contrario sensu*, que inclusive é cabível a fixação do regime mais gravoso acaso desfavoráveis as circunstâncias judiciais e reincidente o condenado.

Dessarte, sendo o paciente reincidente e possuidor de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há que se falar em nenhum constrangimento ilegal decorrente da fixação do regime semiaberto em seu desfavor.

Lado outro, verifica-se que o paciente respondeu ao processo em liberdade, e que a defesa interpôs recurso especial contra o acórdão proferido na Apelação n. 0022371-03.2016.8.26.0032.

Ora, como é cediço, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 126.292/SP (relator Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 17/5/2016), firmou posicionamento no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, deixando assente que a execução de sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição *"não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"*.

Essa orientação, posteriormente, foi adotada pela Corte Especial e por ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (v. g. QO na APn n. 675/GO, relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 6/4/2016, DJe de 26/4/2016; HC n. 354.441/PE, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe de 14/6/2016; HC n. 350.518/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2016, DJe de 24/5/2016).

No entanto, em 7/11/2019, o Pretório Excelso, por maioria, quando do julgamento definitivo das ADCs n. 43, 44 e 54, julgou procedentes as ações para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Em outras palavras, definiu o Supremo Tribunal Federal que, ressalvadas as hipóteses em que estão presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva ou temporária, é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para que então seja iniciado o cumprimento definitivo da pena (ADCs n. 43, 44 e 54, Tribunal Pleno, relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 7/11/2019, ata de julgamento publicada em 11/11/2019).

Na hipótese, considerando-se a nova orientação da Suprema Corte acerca da questão e os fatos de o paciente ter respondido ao processo em liberdade, de ainda não ter ocorrido o trânsito em julgado da condenação e de sua custódia ter decorrido exclusivamente da determinação de execução provisória da pena outrora permitida, vislumbro a existência do constrangimento ilegal alegado, no ponto.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de cassar a decisão do Tribunal de origem quanto à determinação da execução provisória da pena, permitindo que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, ressalvada a possibilidade de estar preso por outro motivo.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator