

HABEAS CORPUS Nº 519.665 - SP (2019/0193242-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADENILSON SILVA DE JESUS (PRESO)
PACIENTE : ALAN CAVALCANTE GLORIA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de **ADENILSON SILVA DE JESUS** e **ALAN CAVALCANTE GLORIA**, apontando-se como autoridade coatora o **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação nº 0012366-32.2014.8.26.0309).

Depreende-se dos autos que os pacientes, em primeira instância, foram absolvidos da imputação pelo artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao apelo, para condenar **ADENILSON SILVA DE JESUS** e **ALAN CAVALCANTE GLORIA**, como incurso no artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, cada qual à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 08 (oito) dias-multa, nos termos do acórdão juntado às fls. 54-65.

No presente **writ**, o impetrante sustenta que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime.

Igualmente, aduz a ocorrência de constrangimento ilegal, em razão da

determinação da execução provisória da pena, sem o exaurimento da prestação jurisdicional ordinária.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para fixar o regime aberto, para o início de cumprimento das penas, ou que os pacientes aguardem em liberdade o trânsito em julgado das condenações (fls. 3-11).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 178-179).

As informações foram prestadas às fls. 244-268.

O Ministério Público Federal, às fls. 270-278, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS EM PARTE ORIGINÁRIO E EM PARTE SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PARTE SUBSTITUTIVA: REGIME PRISIONAL. INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. - 1ª Preliminar: não conhecimento de habeas corpus originário, substitutivo de recurso ordinário/especial. - 2ª Preliminar: conhecimento de ofício; ausência de competência. Precedentes: STJ (HC nº 245.731/MS; HC nº 248.757/SP). - 3ª Preliminar: não conhecimento das questões suscitadas ou, mesmo de ofício, da ordem, sob pena de contrariar o art. 105, inciso III, "a", "b" e "c" da CF. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus. PARTE ORIGINÁRIA: EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUE DETERMINA A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. - Execução provisória da pena; HC nº 126.292; Tribunal Pleno do STF que indeferiu liminar na ADC nº 43 e na ADC nº 44; possibilidade de execução antecipada da pena. - Parecer pela denegação da ordem."

É o relatório.

Decido.

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.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime.

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do **quantum** da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

Ainda, conforme o teor da **Súmula n. 269/STJ**, o réu reincidente condenado a pena igual ou inferior à 04 (quatro) anos, com circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da reprimenda em **regime semiaberto, in verbis**:

"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."

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Trata-se de réus portadores de maus antecedentes e reincidentes, além do que os dois cometeram o presente crime enquanto ainda resgataavam penas pelos crimes anteriores (fls. 106/107 e 114/115), motivo pelo qual estabeleço o regime inicial fechado, a teor disposto no artigo 33, § 3º, do CP."

In casu, inexistente flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem de ofício, uma vez que a valoração negativa das circunstâncias judiciais, somadas às reincidências, justifica a imposição do regime fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A CONFISSÃO E A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. PENA REDUZIDA. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E ACUSADO REINCENTE. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. REGIME FECHADO MANTIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

- A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do acusado que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

- Na espécie, verifica-se que as instâncias ordinárias agravaram a pena em 1/3, pela reincidência, por ser esta específica, e não promoveram a sua compensação com a confissão, por entenderem ser a reincidência preponderante, o que evidencia o constrangimento ilegal. Em decorrência, reconhecida a confissão, de rigor a sua compensação integral com a reincidência, mesmo específica, pois o caso não apontou nenhuma peculiaridade à agravante do art. 61, I, do CP, como a multirreincidência, por exemplo, que implicasse a necessidade de uma maior resposta penal. Precedentes.

- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a

apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula n.

440/STJ E Súmulas 718 e 719, ambas do STF.

- Por outro lado, segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais. - Hipótese em que, apesar de a pena final do paciente ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o acusado possuir circunstância judicial desfavorável, que justificou a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal, devendo ser mantido o regime fechado para início de cumprimento da pena. Precedentes.

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir as penas do paciente para 3 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 15 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 385.086/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 06/11/2017).*

"HABEAS CORPUS. ART. 184, §2º, DO CÓDIGO PENAL (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REPRIMENDA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. (3) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. (4) NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.

*3. Consoante art. 44, incisos II e III, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em se tratando de réu reincidente e portador de maus antecedentes, utilizados para valorar negativamente as circunstâncias judiciais 4. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 331.376/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 22/10/2015).*

Quanto à execução provisória da pena, o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal, em 7/11/2019, no julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, por maioria, alterou o entendimento jurisprudencial e concluiu que a prisão, para execução da pena, **somente é possível após o trânsito em julgado da ação penal, ou seja, com o esgotamento de todos os recursos cabíveis.**

Portanto, a prisão antes de esgotados todos os recursos cabíveis só 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.

Nesse contexto, **na hipótese**, considerando que, ao que tudo indica, ainda não houve o trânsito em julgado das condenações, não está autorizada a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal, sendo manifestamente ilegal a determinação de imediata expedição de mandado de prisão pelo Tribunal de origem, pois não houve o esgotamento das instâncias extraordinárias.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus. Todavia, concedo a ordem de ofício**, para garantir o direito aos pacientes de aguardarem em liberdade, **o trânsito em julgado de suas condenações**, salvo se por outro motivo estiverem presos.

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator