HABEAS CORPUS Nº 537.232 - SP (2019/0296960-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE	:	JOAO BORGES DA SILVA JUNIOR
ADVOGADO	:	JOÃO BORGES DA SILVA JUNIOR - SP246473
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	SERGIO VIANA DA SILVA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de SÉRGIO VIANA DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0008720-16.2004.8.26.0066.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, § 1º e 2º, incisos IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 41-43).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL Tentativa de Homicídio Qualificado - Defesa requer a anulação do julgamento por ter sido a decisão dos jurados contrária às provas dos autos, que apontam para a necessidade de desclassificação da conduta para lesão corporal grave Impossibilidade - Conjunto probatório hábil a ensejar a condenação do acusado nos termos em que proferida, não havendo que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos Jurados que optaram por versão devidamente comprovada nos autos Redução da fração utilizada pela tentativa Inadmissibilidade Verificada que o quantum fixado foi fundamentado no iter criminis percorrido pelo agente quase em sua totalidade, com motivação idônea, conclui-se que a quantidade de redução aplicada é a mais adequada para o caso concreto Fração utilizada pelo privilégio adequada à espécie -*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

> *Regime prisional fechado adequado ao caso vertente - Sursis humanitário Impossibilidade - O sursis humanitário por razões de saúde somente pode ser excepcionalmente concedido aos que apres entem doença grave incompatível com o cumprimento da pena, o que não restou demonstrado na hipótese dos autos Pedido de prisão domiciliar Impossibilidade - Competência exclusiva do juízo da execução penal - Recurso desprovido"* (fl. 28).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena, uma vez que fundado apenas na hediondez do crime.

Requer, assim, a concessão da ordem para sejam "[...] *declarados nulos o Acórdão e a Sentença proferidos nos autos em epígrafe, ora combatidos, fixando o Regime Inicial Aberto para cumprimento de pena, com a consequente diminuição considerável da pena aplicada expedindo o necessário.* ***Caso os Nobres Ministros entendam que não há nulidade a ser sanada requer ainda a concessão da presente ordem****, para* ***requerer*** *a* ***desclassificação do delito de tentativa de homicídio privilegiado qualificado, para o delito de lesão corporal;*** *Caso este não seja o entendimento dos Cultos Ministros* ***requer então o afastamento da qualificadora prevista no inciso IV, do § 2º, do artigo 121, do Código Penal, devendo permanecer a condenação em face do Paciente por tentativa de homicídio simples privilegiado, nos termos do artigo 121, § 1º, c.c. artigo 14, II, ambos do Código Penal****. Requer também sejam* ***revistos os patamares da pena aplicada, eis que, alterando ou não o delito ou a qualificadora, a pena deve ser reduzida consideravelmente, e o Regime Inicial de cumprimento deve ser o Aberto, em última análise e em respeito à ampla defesa do Paciente no mínimo o Regime Inicial deve ser o semiaberto em virtude da quantidade de pena aplicada, haja vista que a pena base foi fixada no mínimo legal.*** *Caso não seja acolhido nenhum dos pleitos acima,* ***requer a concessão da ordem, para requerer que seja concedido o SURSIS humanitário, ou então a conversão da pena imposta em Prisão Domiciliar em favor do Paciente, nos termos dos itens V e VI"*** (fls. 25-26).

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

Às fls. 785-795, a defesa pugna pela concessão da *"Liminar para restabelecer a Liberdade Provisória em favor do Paciente SERGIO VIANA DA SILVA inclusive impondo ao mesmo, medidas cautelares diversas de prisão até o julgamento final do Recurso Especial interposto em seu favor, ou até o julgamento final do presente Habeas Corpus. Ou então já determinando o Regime Aberto em favor do Paciente, em ambos os casos expedindo o competente Alvará de Soltura*" (fl. 789).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 715-718.

Informações prestadas às fls. 725-726.

O Ministério Público Federal, às fls. 799-808 e 813-815, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela revogação da decisão que decretou a execução provisória da pena.

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.

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

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte trecho do v. acórdão impugnado, quanto aos temas:

"Consta da denúncia que, no dia 02 de dezembro de 2004, por volta de 03h30min, na Avenida do Contorno, nas proximidades do posto Las Vegas, na cidade e comarca de Barretos, o apelante tentou matar a vítima Jonas da Silva Floriano, por motivo torpe e agindo de surpresa, pois acelerou seu veículo e desviou-o em direção à vítima com o nítido propósito de

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

atropelá-la, somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, eis que a vítima foi eficazmente socorrida.

Segundo o apurado, a vítima bebia com amigos no posto Las Vegas, sendo certo que ali compareceu o acusado, o qual passou a discutir com uma mulher que estava acompanhada de duas crianças.

Um dos acompanhantes da vítima interferiu naquela discussão, havendo ofensas e xingamentos recíprocos entre os presentes.

A polícia militar passava pelo local e foi chamada a acalmar os ânimos, orientando a vítima a deixar o local.

Naquele instante, o acusado prometeu se vingar do ofendido. Assim, este saiu do posto e se dirigia para sua casa acompanhada de outros três amigos.

Enquanto estes andavam pela calçada o ofendido caminhava pela margem da rua, rente a eles.

Em seguida, de surpresa, o acusado, na direção de um veículo Fiat Uno, ano 1993, cor preta, placas KAX-4401/Barretos-SP, ao se aproximar da vítima imprimiu maior velocidade, acelerando o veículo e arremessando-o contra esta a fim de provocar o atropelamento. Com o impacto o ofendido foi lançada para o alto, chocando-se fortemente contra o asfalto, ficando desacordada.

O acusado fugiu imediatamente e a vítima foi encaminhada à Santa Casa, onde foi socorrida e permaneceu internada, suportando ferimentos graves traumatismo crânio-encefálico e hematomas intra-cerebrais acarretando-lhe perigo de vida.

Estes são os fatos.

Destaque-se, antes de qualquer outra ponderação, que, tratando-se de decisão advinda do Tribunal do Júri, em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, incabível, em sede recursal, a análise e valoração aprofundada da prova, devendo o juízo ad quem limitar- se à verificação de eventual discrepância entre a solução do julgamento em plenário e os elementos de prova amealhados aos autos.

Posto isso, diga-se que, quanto ao delito de homicídio, em sua forma tentada, a materialidade delitiva resulta consubstanciada nos autos, com a vinda do auto de prisão em flagrante (fls.

02/07), boletim de ocorrência (fls. 10/12) e pelos laudos periciais de fls. 29/31 e 36, assim como pelas demais provas acostadas aos autos.

A autoria delitiva, de igual forma, restou bem delineada.

A defesa pretende, inicialmente, a desclassificação do delito de tentativa de homicídio para o de lesões corporais.

Em que pesem os argumentos expendidos pela d. defesa, debatendo-se pela anulação do julgamento em tela, apontando para a necessidade de desclassificação da conduta, não se vislumbra haver a decisão do Conselho de Sentença contrariado a prova dos autos.

O acusado, na fase administrativa da persecução penal, reservou-se no direito de se manifestar somente em juízo (fls. 06).

Em juízo e em plenário, o acusado negou os fatos. Disse que foi a

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

vítima quem se atirou na frente do seu veículo, provocando o acidente. Afirmou que houve um dissenso com três ou quatro rapazes no posto de gasolina, os quais estavam incomodando sua família, razão pela qual pediram que eles se retirassem, no que foi atendido. Disse que no momento em que estava indo embora, um deles tentou arrumar encrenca com ele. Quando estava de partida ainda foi incomodado por um dos agentes;

disse que ficou apavorado e chamou a polícia. No momento em que estava indo embora, infromou que não viu o acusado, razão pela qual ocorreu o atropelamento, asseverando que não teve a intenção de atingir o ofendido, porque não o viu e não conseguiu frear (fls. 73/79 e mídia digital).

A vítima Jonas da Silva Floriano, por sua vez, confirma que houve um desentendimento entre ela e o acusado no Posto Lãs Vegas. Asseverou que o acusado disse que ele merecia tomar um tiro na cara. No momento em que estava indo embora, bateu a porta do carro do réu, quebrando o vidro do carro. Policiais chegaram e acalmaram a situação. A esposa do acusado o xingou de vários nomes e se retirou do posto.

Quando caminhava bem perto da calçada, um de seus amigos gritou: "Jonas, olha o carro". O amigo disse que eu falei: "Que carro, que nada", foi só o tempo de eu falar isso e ele passou por cima de mim". Disse que o réu o atingiu por trás com seu carro (fls. 94/96 e mídia digital) Em Juízo, a testemunha Edson Vieira da Silva, que trabalhava no Posto Las Vegas à época dos fatos, esclareceu o desentendimento ocorrido entre o acusado e a vítima. Afirmou que a polícia foi chamada e acalmou os ânimos. A vítima saiu em companhia dos amigos e o acusado perguntou ao policial "O senhor não vai fazer nada?". O policial respondeu: "Mas o rapaz já foi embora". E a vítima retrucou: "então, eu vou ter que fazer justiça com minha mão". Em Plenário, tendo em vista o tempo decorrido, disse não se recordar dos fatos (fls. 97/99 e mídia digital).

Daniel de Almeida Neto esclareceu que no dia dos fatos estava em companhia da vítima. Em relação aos fatos, narrou que o acusado "estava discutindo com a esposa dele no posto e tinha um amigo nosso que entrou o meio e a esposa dele tipo que brigou com ele e o Jonas chegou lá para separar a briga. Acho que os dois não se deu bem um com o outro e o Jonas empurrou o vidro do carro dele e quebrou e aí, o pessoal chamou a polícia. E a polícia veio e eles conversaram lá e a polícia falou que para não dar nada, pode ir embora. Aí, a gente foi e foi quando ele pegou o carro e passou o carro em cima do Jonas". Esclareceu que caminhavam próximos da calçada, quando surgiu o veículo dirigido pelo acusado e atropelou a vítima. Sobre o local em que ocorreu o atropelamento disse:- "foi na rua mesmo, mas estava beirando a calçada, beirando o vão da rua". Afirma que havia espaço para o carro passar sem atropelar a vítima.

Após o atropelamento, o acusado foi embora e a vítima foi socorrida pela polícia. (fls. 94/96).

Fabiano Aparecido Bibiano, por sua vez, confirmou que houve um desentendimento entre a vítima e o acusado no Posto Lãs Vegas. A vítima empurrou a porta do carro do acusado e o vidro quebrou. A polícia foi

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

chamada e determinou que todos fossem embora.

Quando estava indo embora, disse que o carro veio por trás e a vítima, Jonas, foi atingido pelas costas e caiu em cima da calçada. Reconheceu que o acusado era quem dirigia o veículo que atropelou a vítima. Após atingir a vítima, o carro não parou e seguiu em frente. Em plenário, confirmou os fatos narrados pela prefacial, não se recordando muito acerca dos fatos. Entretanto, disse que o motivo da desavença foi em razão de um rapaz pedir dinheiro ao acusado, e este não gostar do pedido. Afirmou que no momento da discussão a esposa do réu disse que era para ele pegar o revólver no carro. Afirmou que o veículo em que o acusado foi atropelado estava em razoável velocidade e que, após o atropelamento, este fugiu do local (fls. 146/149 e mídia digital).

Em plenário, a testemunha Celia Regina Ferrari, ouvida como informante, declarou que já estava separada do réu á época dos fatos, mas estavam conversando. Esclareceu ter sido ofendida por um dos agentes que estava no posto e o acusado pediu respeito. Em seguida, o ofendido bateu a porta do carro do réu, quebrando o vidro. Ela foi embora com seu carro para sua casa e o réu lá ficou. Não presenciou o atropelamento e nem se lembrou bem dos fatos (mídia digital).

Consigno não vislumbrar qualquer indício de que as testemunhas ouvidas tivessem interesse em acusar caluniosamente o réu e, não há nos autos elementos que indiquem perseguição valendo lembrar, a propósito que seus depoimentos devem ser aceitos como verdadeiros, máxime quando encontram eco nos demais elementos trazidos para o bojo do processo.

Embora ainda mais se possa extrair de detalhada análise dos autos, tais relatos se mostram suficientes para ilustrar não haver a decisão dos senhores jurados contrariado às evidências dos autos.

A prova que lastreou a condenação do ora apelante é absolutamente forte, segura e incontroversa pela prática do delito de homicídio tentado qualificado.

De fato, o conjunto probatório permite tranquilamente a conclusão pela qual optou o Conselho de Sentença, não se vislumbrando nenhuma teratologia em entender que houve a intenção homicida por parte do acusado.

Na verdade, as provas carreadas aos autos, dão conta da veracidade dos fatos narrados na exordial, descabendo dizer que diante da materialidade e da autoria, os Senhores Jurados tenham julgado contrariamente à prova dos autos, não havendo que se falar em desclassificação do delito para o de lesões corporais, pois presente, evidentemente, o animus necandi na conduta do acusado, restando suficientemente definida sua responsabilidade no delito em questão, notadamente ante a descrição detalhada da dinâmica dos fatos obtida especialmente por meio das provas orais colhidas.

No que pertine ao afastamento da qualificadora, de igual modo, afigura-se inviável o acolhimento da pretensão defensiva.

Isto porque, os Srs. Jurados optaram por uma das versões

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

constantes nos autos, ou seja, de que o réu utilizou-se de recurso que dificultou a defesa do ofendido, eis que ele foi atropelado sem que pudesse esperar o ataque naquele momento.

Assim, tem-se que esta qualificadora encontra-se de acordo com o conjunto probatório, não havendo que se falar em seu afastamento. Conforme a prova oral colhida, o ofendido estava caminhando pela via pública na companhia de amigos, quando foi surpreendido pelo acusado que o atropelou com seu carro, em razão de uma animosidade ocorrida anteriormente.

Nesse sentido, confira-se o entendimento firmado pelo Excelso Pretório:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECONHECIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA DA INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA. EXCLUSÃO, EM SEDE DE APELAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. FATO INCONTROVERSO NÃO AUTORIZA O PROVIMENTO DE APELO FUNDADO EM DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. 1. Sendo a qualificadora do crime matéria submetida ao corpo de jurados, a apelação que a tiver como fundamento deverá ser interposta com base na alínea "d" do inciso III do art. 593 do CPP, renovando-se o júri em caso de provimento. É que, se o próprio Tribunal togado reformasse a sentença, não haveria mera correção de pena, mas desrespeito à decisão dos jurados reconhecedora ou não da tipicidade derivada, com evidente afronta à soberania dos vereditos. Precedentes. 2. Evidenciado que o motivo ensejador da prática delituosa é incontroverso, a valoração dos fatos como qualificadora "por motivo fútil" é da competência exclusiva do Tribunal do Júri, e, por isso mesmo, não autoriza o provimento de apelação com funda mento na contrariedade das provas. Doutrina.3. Ordem denegada. (STF - HC 122.320, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015).

Bem delineada, pois, a incidência da qualificadora.

Diante do exposto, observa-se que a decisão do Júri, sem dúvida, ao revés de contrária às evidências dos autos, vêm exatamente ao encontro delas.

O Conselho de Sentença muito bem analisou a conduta imputada ao acusado, optando por uma das linhas plausíveis de interpretação para o fato, não havendo que se falar em julgamento contrário às provas dos autos.

Há a considerar ainda que a opção do Conselho de Sentença por uma das versões figurantes nos autos, desde que razoável, não configura arbítrio, mas, isto sim, exercício normal da soberania do Júri.

Ademais, é pacífico, hoje, que o advérbio "manifestamente", usado pelo legislador no artigo 593, III, "d", do Código de Processo Penal, dá bem a ideia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária, por se dissociar inteiramente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção deles constantes, opte por uma das versões

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

apresentadas (TJSP, Apelação Criminal, Relator:

Álvaro Cury, RT 595/349).

Vê-se, pois, que a tese apresentada pelo réu, além de pueril e imprecisa, restou isolada nos autos, não encontrando ressonância nas provas colhidas durante a instrução criminal.

Com efeito, as provas são totalmente desfavoráveis ao apelante, não subsistindo a tese que versa sobre julgamento contrário às evidências dos autos. Assim, de rigor a mantença da condenação do réu, prevalecendo à decisão soberana dos senhores jurados.

Quanto à pena imposta, tem-se que ela não merece reparo.

Isto porque, na primeira fase da dosimetria, tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, esta foi fixada no piso mínimo legal, em 12 anos de reclusão.

Na segunda etapa, não há agravantes ou atenuantes, razão pela qual a pena imposta fica mantida no patamar acima aludido.

Na terceira etapa da dosimetria, escorreita a diminuição operada em decorrência do reconhecimento da modalidade tentada do delito, em patamar suficiente e adequado ao caso (1/3), considerado o iter criminis percorrido pelo acusado, que, ao atropelar a vítima, esta foi encaminhada à Santa Casa, onde foi socorrida e permaneceu internada, suportando ferimentos graves traumatismo crânio-encefálico e hematomas intra-cerebrais acarretando-lhe perigo de vida.

Ou seja, o delito quase se consumou, conforme se pode verificar dos laudos de fls. 36 e 49, a qual sofreu lesões corporais de natureza grave, com perigo de vida.

Ainda em terceira etapa, tendo em vista o reconhecimento do privilégio, a pena foi reduzida em 1/6, salientando a Julgadora que as circunstâncias de a injusta provocação ter sido leve e o domínio da violenta emoção, com pouco suporte em prova, desproporcional a conduta do acusado.

O grau de redução da pena, diante da causa de diminuição prevista no § 1º do artigo 121 do Código Penal, deve ser avaliado conforme o comportamento da vítima e o estado de ânimo que o agente apresentava no momento do crime. A redução pelo privilégio deve ser conferida na fração mínima de 1/6, se há elementos suficientes e fundamentação idônea para não se aplicar redução maior, como na espécie.

Conforme cediço, a lei não fixa os critérios a serem balizados para eleição da fração de diminuição, devendo o magistrado socorrer-se das circunstâncias ocorrentes nos autos, relativamente aos próprios elementos configuradores do privilégio, sopesando-os em maior ou menor grau, como acertadamente ocorreu no caso vertente.

A esse respeito, confira-se o entendimento doutrinário ora colacionado:

"Critério para redução da pena:

estabelece a lei o grau de redução, variando de um sexto a um terço, devendo o juiz ater-se, exclusivamente, à causa em si, não levando em consideração fatores estranhos, vinculados a outras fases da aplicação da

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

pena, como as circunstâncias judiciais (art. 59, CP). Portanto, tratando-se de relevante valor social ou moral, deve focar o quão importante esse valor apresentou-se ao réu e à sociedade no momento dos fatos. Embora de cunho subjetivo, a avaliação judicial deve ser fundamentada e calcada nas provas dos autos.

Maior diminuição (um terço) para a mais aguda relevância; menor diminuição (um sexto), para relevância ordinária. No tocante à violenta emoção, mensura-se a intensidade desse sentimento exacerbado, conforme o grau de provocação injusta da vítima. Maior redução para a violentíssima emoção fundada em provocação da cristalina injustiça; menor, para a violenta emoção calcada em provocação de injustiça ordinária, sem qualquer destaque. (...)". (Código Penal Comentado - Guilherme de Souza Nucci - 13ª edição - RT - p. 642).

Portanto, estando a sentença devidamente fundamentada quanto à fração aplicada ao privilégio, uma vez que a reação apresentada pelo réu, logo após a injusta provocação da vítima, mostrou-se desproporcional ao resultado por ele provocado, deve-se prestigiá- la nessa parte.

Desse modo, a pena imposta foi acertadamente estabelecida em 06 anos e 08 meses de reclusão.

E no que tange ao regime prisional eleito, tem-se o regime prisional fechado foi adequado à espécie, vez que o regime inicial fechado afigura-se, de fato, como o mais adequado ao caso concreto, necessário à conscientização da ilicitude e único apto a prevenir a reincidência, haja vista que, a par do quantum da pena imposta, trata-se de delito extremamente grave, cabendo ao Julgador destinar-lhe especial cautela, impedindo a ocorrência de uma falsa impressão de impunidade.

E nem se diga que tal medida se baseia na mera gravidade abstrata do delito. Não se olvide que o acusado tomou a vítima de surpresa, atropelando-o quando esta estava caminhando pela calçada, de surpresa e fugindo em seguida do local, quase matando o ofendido.

Evidente que sua conduta requer a imposição de regime contundente e eficaz a atender o caráter preventivo e repressivo da pena imposta.

Quanto ao sursis humanitário, os documentos coligidos aos autos (fls. 623/626) não permitem aferir a gravidade do estado de saúde do apelante - apenas para atividades laborativas - , de sorte que não restou demonstrada a incompatibilidade do tratamento médico com o cumprimento da pena imposta.

Portanto, não há razões de saúde que justifiquem a suspensão da execução da pena, conforme previsão do art. 77, § 2º, do Código Penal.

Assim, inviável acatar o pedido de sursis humanitário.

De igual modo, incabível a concessão da prisão domiciliar, eis que o pedido de concessão deve ser proposto perante o juízo executório, competente para decidir incidentes da execução, não podendo tal matéria ser analisada em sede de apelação criminal, sob pena de supressão de instância.

Via de consequência, NEGO PROVIMENTO ao apelo interposto pela Defesa de Sergio Viana da Silva, ficando mantida a r. decisão por seus

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

próprios fundamentos . Tendo em vista que ao réu foi possibilitado o recurso em liberdade, oportunamente expeça-se mandado de prisão em seu desfavor" (fls. 29-40).

No que tange a desclassificação da conduta para lesão corporal e o afastamento das qualificadoras do inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal, o pleito não prospera.

No ponto em questão, infere-se do acórdão impugnado que o Tribunal **a quo**, de modo fundamentado, concluiu que a versão acolhida pelo conselho de Sentença *"as provas são totalmente desfavoráveis ao apelante, não subsistindo a tese que versa sobre julgamento contrário às evidências dos autos. Assim, de rigor a mantença da condenação do réu, prevalecendo à decisão soberana dos senhores jurados"* (e-STJ fls. 36).

Assim, admitir o inconformismo nos moldes pretendidos, no intuito de modificar as conclusões da competente Instância de origem, não encontra amparo na via eleita, dada a necessidade de aprofundado revolvimento do conjunto fático/probatório, procedimento vedado na estreita via do **habeas corpus**.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL). ABSOLVIÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. NEGATIVA DE AUTORIA. RECURSO DE APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO IMPROVIDO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ.*
>
> *1. A pretensão de ver reconhecida, nesta Corte Superior, a existência de decisão do Tribunal do Júri manifestamente contrária à prova dos autos esbarra no óbice da Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.*
>
> *2. Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

381.482/SE, de minha relatória, Quinta Turma, julgado em 24/02/2015, DJe 11/03/2015)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 593, III, "D", DO CPP E 121, § 2º, II E IV, DO CP. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS E EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, - que soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu que a decisão dos jurados não foi manifestamente contrária às provas dos autos, mas, simplesmente, acolheu a tese da acusação, bem como entendeu por manter as qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença - , seria necessário o revolvimento do material fático-probatório dos autos, procedimento incabível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 699.063/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ÉDITO CONDENATÓRIO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO. PRETENSÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Somente é possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, nos termos do disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, quando os jurados decidirem de forma arbitrária, em desconformidade com os elementos de prova constantes nos autos.

2. No caso, diante das versões apresentadas pela defesa e acusação, o conselho de sentença, no exercício da sua função constitucional, acolheu uma delas, entendendo que o agravante cometeu o crime previsto no art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

3. A Corte de origem, em sede de apelação, concluiu haver suporte probatório suficiente para sustentar a decisão

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

condenatória proferida pela Corte Popular. Assim, a inversão do julgado demandaria a análise do conjunto probatório, o que é inviável na via eleita, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 512.947/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015)

AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSOS ESPECIAIS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO TENTADO. TESE DE QUE A DECISÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI TERIA SIDO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA QUE OPTA POR UMA DAS VERSÕES AMPARADAS NAS PROVAS PRODUZIDAS. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. DECOTE DAS QUALIFICADORAS RECONHECIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI. DESCABIMENTO. TENTATIVA. AFERIÇÃO DO QUANTUM A SER REDUZIDO. INVIABILIDADE. ÓBICE DO VERBETE SUMULAR N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

1. Só se anula o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal, nas hipóteses em que a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, dissociando-se completamente da prova dos autos, o que não ocorre quando os jurados, amparados pelo conjunto probatório existente, optam por uma das versões apresentadas.

2. As instâncias ordinárias entenderam que restou sobejamente demonstrado, no conjunto probatório carreado aos autos, a presença das qualificadoras reconhecidas pelo Tribunal do Júri. Conclusão diversa demandaria reanálise de provas.

(...)

5. Agravos regimentais desprovidos. (AgRg no AREsp 96.517/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 30/04/2013).

Este mesmo óbice incide no que diz respeito à pretensão de aumento da fração de redução da pena pela **tentativa** e pelo **privilégio**.

Como cediço, a dosimetria da pena é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger,

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

fundamentadamente, o **quantum** ideal da sanção a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado. Sendo assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto.

Aliás, nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a revisão da dosimetria da pena em sede de **habeas corpus** é admissível apenas diante de ilegalidade flagrante, **o que não se verifica.**

Note-se nas transcrições acima colacionadas que o Tribunal **a quo**, apoiado no acervo probatório, considerando as circunstâncias concretas do cometimento do delito, entendeu que a aplicação das causas de diminuição de pena no patamar de 1/6 (um sexto), em razão do privilégio, e 1/3 (um terço), pelo **quantum** do **inter criminis** percorrido pelo insurgente, seriam as mais adequadas ao caso, e para chegar a solução diversa da alcançada na origem seria necessário o revolvimento das provas colhidas nos autos, o que, consoante reiteradas decisões deste Sodalício Superior, é vedado na estreita via do **mandamus**.

Precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DISPARO EM VIA PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. RISCO À VIDA DE TERCEIROS. FUNDAMENTO IDÔNEO. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DECORRENTE DO PRIVILÉGIO. REVISÃO. MATÉRIA DE CUNHO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*
>
> *(...)*
>
> *2. O quantum de redução pelo reconhecimento da forma privilegiada (1/6) foi estabelecido a partir de fundamentação idônea e concreta, cuja revisão demandaria o reexame de matéria fática, vedado em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1558481/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE. SÚMULA 7/STJ. REVISÃO SUPRIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE.

1. O exame da insurgência, qual seja o redimensionamento da pena-base e a verificação da fração da atenuante de violenta emoção, demanda a incursão no conjunto probatório dos autos, medida vedada em sede de recurso especial.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1283022/CE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 16/09/2013).

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO COM USO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. TENTATIVA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ITER CRIMINIS. REVISÃO DE FRAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA.

1. A redução da pena em razão da tentativa se deu de forma devidamente fundamentada no iter criminis percorrido pelo agente na prática delitiva, de modo que a sua revisão demandaria indevida incursão na seara fático-probatória, providência vedada na via especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 720.473/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 24/09/2015).

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE. TENTATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. SÚMULA N.7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

- A avaliação do iter criminis percorrido pelo agravante, para que seja aplicado o grau máximo da fração pela tentativa, enseja o revolvimento de fatos e provas, vedado no recurso especial, conforme Súmula n. 7 do STJ.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

> *(...)*
> *Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1160472/TO, Rel. Ministro ERICSON MARANHO* (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 13/10/2015).

> *PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA FUNGIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 65, III, "D", DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. AFRONTA AO ART. 121, § 1º, DO CP. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. PERCENTUAL APLICADO. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AFRONTA AOS ARTS. 5º, XXXVII E LV, E 93, IX, AMBOS DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. ACLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
> *(...)*
> *3. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a incidência de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena e a respectiva fração a ser aplicada, porquanto é vedado na instância especial o reexame de fatos e provas, nos termos do enunciado 7 da Súmula deste STJ.*
> *(...)*
> *5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento.* (EDcl no AREsp 154.323/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 18/11/2013).

Quanto ao regime prisional, verifica-se que não assiste razão ao impetrante. Isso porque, diante da fundamentação oferecida pelo Tribunal de origem, não verifico a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial **fechado**, uma vez que há, **nos autos**, dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie,** o **modus operandi**, onde o paciente **"tomou de supressa a vítima, atropelando-o quando esta estava caminhando pela calçada, de surpresa e fugindo em seguida do local, quase matando o ofendido"**, situação que confirma periculosidade do agente

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

–, ainda que o **quantum** da pena seja inferior a oito anos.

Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, o que ensejaria violação dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF, como alegado pela defesa do paciente.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EMPREGO DE ARMA E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.*
>
> *2. A interpretação sistemática do artigo 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena permitem tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada.*
>
> *3. No caso vertente, a valoração das causas especiais de aumento atinente ao emprego de arma e à restrição da liberdade vítima ensejou o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal (de 4 anos foi elevada para 4 anos e 6 meses de reclusão), quando, se considerada na terceira etapa da dosimetria da pena, poderia permitir o aumento da reprimenda de até metade.*
>
> *4.* ***Diante da fundamentação oferecida pelas instâncias de origem, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontado dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o fato de o réu haver usado arma de fogo e restringido a liberdade da vítima –, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

(art. 33, § 3º, do CP).

*5. Agravo regimental não provido" (*AgRg no REsp n. 1.551.168/AL, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2016, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RÉU REINCIDENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO.INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante deverá observar, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). ***Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal.***

2. Nesse contexto, não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sua condição de reincidente, somada à análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes, impede a aplicação do disposto na Súmula n. 269 desta Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 383.158/MG, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 28/8/2017, grifei).

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, havendo **fundamentação concreta**, e diante das **circunstâncias do caso**, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

Nesse sentido o seguinte precedente da col. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE, EM TESE. ANÁLISE DE CADA CASO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETADA À SEÇÃO.*
>
> *1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento, cabendo a análise de flagrante ilegalidade.*
>
> *2.* ***A Terceira Seção decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso.***
>
> *3. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade, haja vista que a Corte estadual invocou concretamente as circunstâncias do delito para justificar o regime prisional fechado, em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foi indicada a concreta gravidade do crime (tentativa de matar mulher grávida de 4 meses, valendo-se das relações domésticas, mediante meio cruel e motivo fútil, inclusive na presença do filho de 4 anos da vítima e mediante "roleta russa").*
>
> *4. Writ não conhecido"* (HC n. 362.535/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 8/3/2017).

Inviável, também, o pleito de reconhecimento do **sursis** humanitário, haja vista a ausência de documentação para este fim. Situação bem relatada pelo o v. acórdão impugnado, **in verbis:** "*os documentos coligidos aos autos (fls. 623/626) não permitem aferir a gravidade do estado de saúde do apelante - apenas para atividades laborativas - , de sorte que não restou demonstrada a incompatibilidade do tratamento médico com o*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

cumprimento da pena imposta. Portanto, não há razões de saúde que justifiquem a suspensão da execução da pena, conforme previsão do art. 77, § 2º, do Código Penal. Assim, inviável acatar o pedido de sursis humanitário" (fl. 39).

Do mesmo modo, no tocante a prisão domiciliar, consigno que não há nos autos elementos que permitam avaliar a possibilidade ou não da concessão da benesse, razão pela qual deverá o pedido ser apresentado perante o Juízo da Execução Penal.

Por fim, denota-se que o eg. Tribunal **a quo** determinou a **expedição de mandado de prisão para início da execução provisório** (e-STJ fl. 40).

Verifica-se, portanto, que, no ponto, o v. acórdão está em desarmonia com o recente entendimento pacificado pelo Col. Pretório Excelso, uma vez que não houve imposição de prisão preventiva ao ora paciente no curso do processo, foi concedido-lhe o direito de **recorrer em liberdade** e, após o julgamento do recurso de apelação da defesa, o eg. Tribunal de origem determinou a expedição de mandado de prisão assim que esgotada a jurisdição perante aquela Corte.

Ademais, consoante informações prestadas pelo Tribunal **a quo**, às fls. 728-726, observa-se que **a ação penal não transitou em julgado**, foram interpostos recurso especial ainda em fase de juízo de prelibação.

Destarte, declarada a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, a pena só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes deste Tribunal Superior:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIMES DE LICITAÇÃO PRATICADOS PELO PREFEITO E VICE-PREFEITO. MAJORAÇÃO DA PENA BASE. CULPABILIDADE ACENTUADA EM RAZÃO DO CARGO QUE OS ACUSADOS OCUPAVAM. FUNDAMENTO IDÔNEO. PRECEDENTES.* ***EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NOVO***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE NO JULGAMENTO ADC N. 43, 44 E 54 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF*. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. "A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que o crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 classifica-se como comum, não se exigindo, assim, do sujeito ativo nenhuma qualidade em específico. 2. Mostra-se idônea a valoração negativa do vetor da culpabilidade pelo fato de o agente exercer o cargo de Chefe do Poder Executivo Municipal, ocupação que demanda exercício com efetivas lisura e ética, inexistentes in casu" (AgRg no REsp 1795894/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/3/2019, DJe 8/4/2019).

3. ***O Plenário da Suprema Corte, ao concluir o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, modificou seu posicionamento, por 6 votos a 5, no sentido de não ser possível a execução da pena pelo simples exaurimento recursal perante as instâncias ordinárias, retornando o entendimento de que deve prevalecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação.***

No julgado, a Suprema Corte ressaltou que a decisão não significa a soltura imediata de todos presos custodiados após o julgamento em segunda instância sem o trânsito em julgado da condenação. Restou consignado que, a situação de cada encarcerado deveria ser revista caso a caso, podendo ser mantida nos casos em que o acusado tenha sido segregado no curso do processo diante da presença dos requisitos ensejadores da prisão cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP*.*

4. A prisão do paciente foi decretada exclusivamente em decorrência dos julgados anteriores da Suprema Corte, que restaram superados com o julgamento do mérito das ADCs n. 43, 44 e 54, razão pela qual entendo que deve ser concedida a ordem, de ofício, para assegurar-lhe o direto de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, resguardada a possibilidade de decretação da nova segregação antecipada com base em decisão devidamente fundamentada e

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593

com base nos requisitos ensejadores da custódia cautelar previstos no art. 312 do Código de Processo Penal

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, ressalvada a possibilidade de decretação de nova prisão por decisão devidamente fundamentada". (HC 454.611/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 26/11/2019, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. VIOLAÇÃO DO ART. 386 DO CPP. PLEITO ABSOLUTÓRIO. PALAVRA DA VÍTIMA QUE OSTENTA ESPECIAL RELEVÂNCIA NOS CRIMES PRATICADOS ÀS OCULTAS, MORMENTE QUANDO CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. PRECEDENTES DO STJ. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE FIRMA A SUFICIÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ***EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. INVIABILIDADE EXCLUSÃO. ADCS 43 E 44 (STF). EXCLUSÃO DA DETERMINAÇÃO****.*

Agravo regimental parcialmente provido, a fim de excluir da decisão agravada a determinação de execução provisória da pena, com comunicação ao Juízo de primeiro grau" (AgInt no AREsp 1335396/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe 26/11/2019, grifei).

Ante o exposto, **não conheço** do **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem**, **de ofício**, para suspender a determinação de execução da pena, até o trânsito em julgado da condenação.

É o voto.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: D593B42C-05CB-4306-82D7-3B806DFA2593