



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.224 - SP (2016/0319523-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS BENTO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS BENTO - SP050605
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO BUENO DE MORAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PLEITOS NÃO EXAMINADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CRIME HEDIONDO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS DITAMES DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

3. 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, nos termos da Súmula 267/STJ.

4. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

5. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena".

6. As discussões acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e da suspensão condicional da pena não foram debatidas no Tribunal de origem.

7. Hipótese em que o ato alegado como coator foi praticado por Juiz de primeiro grau e não pelo Tribunal *a quo*, motivo pelo qual não pode esta Corte Superior examinar a matéria sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

8. O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afirmando que "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 17/12/2013).

9. 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". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece 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", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

10. No caso, verifica-se que as referidas súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*, porquanto o regime semiaberto foi imposto sem motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 2 anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial aberto ao paciente, se, por outro motivo, não estiver em regime mais severo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de abril de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.224 - SP (2016/0319523-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS BENTO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS BENTO - SP050605
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO BUENO DE MORAIS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **CARLOS EDUARDO BUENO DE MORAIS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo do primeiro grau (Ação Penal n. 0065301-74.2013.8.26.0506) condenou o paciente à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, por incurso no art. 213 c/c 14, II, do CP (e-STJ, fls. 176-177).

O Tribunal de origem, por unanimidade, deu parcial provimento à apelação interposta pela defesa (Apelação n. 0065301-74.2013.8.26.0506) somente para reduzir a pena para 2 anos de reclusão (e-STJ, fl. 258). Além disso, o regime inicial semiaberto foi mantido na forma seguinte:

"Tratando-se de crime hediondo, mantenho o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta" (e-STJ, fl. 258).

Ademais, determinou-se a execução provisória da pena privativa de liberdade nos termos subseqüentes:

"Considerando que eventuais recursos que poderão ser interpostos aos Tribunais Superiores não terão efeito suspensivo e levando-se em conta o teor do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus nº 126.292/SP, reconhecendo a possibilidade de início do cumprimento da pena, após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau de jurisdição, sem ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, de rigor a imediata expedição de mandado de prisão" (e-STJ, fl. 259).

A defesa interpôs recurso especial, ainda pendente de exame de admissibilidade (e-STJ, fls. 265-278).

Neste *writ*, o impetrante sustenta que: a) o Tribunal *a quo* determinou "a expedição do respectivo mandado de prisão, sem qualquer fundamentação, em termos de cautelaridade da prisão provisória, porquanto não ocorrido o trânsito em julgado da condenação" (e-STJ, fl. 2); e b) "a prisão antes do trânsito em julgado, é uma exceção que ocorre apenas nos casos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria" (e-STJ, fl. 15).

Além disso, afirma que: c) no caso em apreço, em que o Tribunal de origem determinou a prisão do paciente "EXCLUSIVAMENTE EM VIRTUDE DO JULGAMENTO DO SEU RECURSO DE APELAÇÃO", "NÃO SE TRATA DE DECRETAÇÃO DE PRISÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PREVENTIVA OU OUTRA MEDIDA DE CARÁTER CAUTELAR, mas sim de EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA, eis que se DETERMINOU A EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO, EM VIRTUDE TÃO SOMENTE DO JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO" (e-STJ, fl. 7); d) "NÃO HÁ MENÇÃO DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA JUSTIFICAR A PRISÃO DO PACTE. CARLOS, sendo certo que a EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO SE DEU EM VIRTUDE APENAS E TÃO SOMENTE DO NOVO ENTENDIMENTO DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADOTADO NO JULGAMENTO DO HABEAS CORPUS Nº 126.292/SP, RELATADO PELO EMINENTE MINISTRO TEORI ZAVASCKI, JULGADO EM 17.02.2016, DJE 16.05.2016, não se olvidando de que o Poder Judiciário, NÃO LEGISLA!!! E, suas decisões não podem ser *contra legem*, nem *extra legem*, e, muito menos, *ultra legem*, sob pena de subversão da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito" (e-STJ, fl. 8); e) "a falibilidade do próprio Supremo Tribunal Federal, é incontestável, diante das mudanças de entendimento a depender da mudança de seus membros, tudo a demonstrar que o melhor caminho é simplesmente, o cumprimento da Lei" (e-STJ, fl. 7); f) "NÃO É POSSÍVEL FALAR-SE EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SANÇÃO PENAL, aliás, sem qualquer previsão legal!!!" (e-STJ, fl. 9); g) "a execução provisória da pena, no caso em análise, consiste em verdadeira ANTECIPAÇÃO DA SANÇÃO PENAL, restando violado o PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, estampado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, e, repita-se, sem qualquer previsão legal. Pelo contrário até, pois viola frontalmente o disposto no art. 283, do Código de Processo Penal" (e-STJ, fl. 12); h) "ninguém pode ser compelido a pagar uma conta antes que seja ela exigível", nos moldes do seguinte "Princípio do direito processual civil: para execução de uma dívida, não basta seja ela líquida e certa, mas precisa ser exigível!!!" (e-STJ, fl. 15); e i) "o pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, caso reformado o título. No campo patrimonial, por exemplo, uma tutela antecipada pode ser revertida de forma que a situação retorne ao estágio anterior, mas o mesmo não ocorre na execução provisória da pena, porque a liberdade não tem preço, e não pode ficar mercê de interpretações, por mais louváveis que sejam, ainda que espelhadas na legislação estrangeira que não se aplicam ao direito interno" (e-STJ, fl. 16).

Além do mais, aduz que: j) "o NOVO ENTENDIMENTO DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO SE APLICA AO CASO EM ANÁLISE" (e-STJ, fl. 8), porquanto: j.1) "NÃO HOUE O ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, eis que a r. sentença condenatória ainda não transitou em julgado, cabendo, inclusive, Recurso Especial [já interposto], impugnando o v. acórdão que deu parcial provimento ao Apelo defensivo e determinou a expedição do mandado de prisão" (e-STJ, fl. 8); j.2) "NÃO HOUE O ESGOTAMENTO DA JURISDIÇÃO DO EGRÉGIO TRIBUNAL COATOR, EIS QUE AINDA PENDENTE O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO PACIENTE" (e-STJ, fl. 8); e j.3) "Tal precedente NÃO FOI PROLATADO POR UNANIMIDADE PELO PRETÓRIO EXCELSO e NÃO VINCULA AS DECISÕES DE OUTROS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS, além de, em nosso entender, violar o PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO" (e-STJ, fl. 8). Nesse contexto, assevera que: k) "já decidiu a Colenda 5ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, nos autos do HABEAS CORPUS Nº 343.302/SP, de relatoria do Eminentíssimo Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 13.04.2016 [...] 'não é possível dar início à execução provisória da pena porque a segunda instância não encerrou o julgamento da ação penal originária. Pende de julgamento embargos de declaração (com efeitos infringentes)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

opostos pela defesa. O Ministério Público noticiou, ainda, a oposição de embargos infringentes [...] Ordem concedida de ofício para determinar que a paciente aguarde em liberdade, pelo menos, o exaurimento da jurisdição do Tribunal de origem, salvo se por outro motivo estiver presa" (e-STJ, fls. 9-11).

De mais a mais, diz que: l) "é de se reconhecer a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal" (e-STJ, fl. 15); m) "não há dúvida de que o artigo 283 do Código de Processo Penal se harmoniza ao princípio constitucional da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal), até porque, a literalidade do preceito não deixa margem para dúvidas de que a constatação da culpa só ocorre com o julgamento em última instância" (e-STJ, fl. 15); e n) "nem mesmo o Supremo Tribunal Federal pode, deixar de cumprir a Lei, sem antes declarar a sua inconstitucionalidade. E, cremos que mesmo os Ministros que perfilarão o novo entendimento, não tem como afirmar a inconstitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, sem o quê, ficam os cidadãos à mercê do arbítrio, verdadeiro motor da subversão do Estado Democrático de Direito (e-STJ, fl. 7).

Ainda, alega que: o) a lei assegura ao paciente "o direito líquido e certo a iniciar o cumprimento de sua pena em regime aberto, e até mesmo do *sursis* (suspensão condicional da pena)" (e-STJ, fls. 24-25); p) se "o Juiz concluiu que deveria fixar a pena no mínimo legal, não há justificativa para fixar regime prisional inicial mais grave do que o estabelecido pelo legislador, não podendo o Juiz substituir o legislador, por força da constitucional tripartição dos poderes" (e-STJ, fl. 25); q) "a quantidade de pena imposta, se enquadra perfeitamente na previsão legal de imposição do regime aberto, como inicial, já que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, também se mostram favoráveis ao Pacte., tanto que fixada a reprimenda no mínimo legal" (e-STJ, fl. 26); e r) há ofensa a diversos julgados do STJ, e às Súmulas 718 e 719 do STF e à Súmula 440 do STJ (e-STJ, fls. 26-32).

Requer, assim, que se permita ao paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgada da sentença penal condenatória (e-STJ, fls. 14-16) e pleiteia a fixação do regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena, bem como a "substituição por penas restritivas de direito, ou a suspensão condicional da pena" (e-STJ, fl. 34).

O pedido de medida liminar foi deferido "para permitir ao paciente aguardar no regime aberto o julgamento do mérito deste *habeas corpus*" (e-STJ, fl. 296).

O Ministério Público Federal opinou "pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido for, pela denegação da ordem" (e-STJ, fl. 318).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.224 - SP (2016/0319523-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : LUIZ CARLOS BENTO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS BENTO - SP050605
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO BUENO DE MORAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA E PRISÃO PREVENTIVA. INSTITUTOS DISTINTOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. PLEITOS NÃO EXAMINADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CRIME HEDIONDO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS DITAMES DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.
2. A execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.
3. 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, nos termos da Súmula 267/STJ.
4. O Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.
5. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoriza o início da execução da pena".

6. As discussões acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e da suspensão condicional da pena não foram debatidas no Tribunal de origem.

7. Hipótese em que o ato alegado como coator foi praticado por Juiz de primeiro grau e não pelo Tribunal *a quo*, motivo pelo qual não pode esta Corte Superior examinar a matéria sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

8. O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afirmando que "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 17/12/2013).

9. 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". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece 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", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

10. No caso, verifica-se que as referidas súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*, porquanto o regime semiaberto foi imposto sem motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 2 anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime aberto para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

11. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial aberto ao paciente, se, por outro motivo, não estiver em regime mais severo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Nesse contexto, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a execução provisória da pena não se confunde com a prisão preventiva. Esta possui natureza cautelar e dever ser decretada quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP e aquela decorre da condenação confirmada em segundo grau e ainda não transitada em julgado.

Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), 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, nos termos da Súmula 267/STJ.

Sobre o tema, confirmam-se:

"DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. MÉRITO. ROUBO QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126.292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência. Ademais, a sentença assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, o que representa a prerrogativa de apelar em liberdade, como ocorreu, tendo em vista que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Cassada, de ofício, a liminar outrora deferida em benefício do paciente e recomendada a análise da detração penal."

(HC 350.518/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO HC 126292. *HABEAS CORPUS* DENEGADO.

1. Não se constata ilegalidade no decreto de prisão quando proferido em acórdão condenatório em sede de apelação criminal nos termos da nova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação da Sexta Turma ao apreciar o HC 352.845/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016, adotando recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, de 17/2/2016, DJe 17/5/2016), segundo o qual, a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.

2. *Habeas corpus* denegado."

(HC 354.470/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 16/06/2016)

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

Outrossim, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". O referido julgado recebeu a seguinte ementa:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE MAGISTRADO DE 1º GRAU QUE DETERMINOU A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE *HABEAS CORPUS* DESTA CORTE QUE GARANTIRA AO RÉU O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E QUE TRANSITOU EM JULGADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (HC 126292/SP). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não existe descumprimento de acórdão desta Corte, nem tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em *Habeas Corpus*, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuará uma *reformatio in pejus*, agravando a situação do réu, ao determinar a prisão preventiva do réu, em decisão desfundamentada, enquanto que a decisão apontada como coatora, do julgador de 1º grau, determinou a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão

cautelar. A primeira não ocorre com simples mandado de prisão. Exige-se, no mínimo, a expedição de Guia de Recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser efetivada pelo Juízo da Execução Penal, consoante se depreende da Resolução n. 113/2010, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

3. Ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

4. Reclamação improcedente." (Rcl 30.193/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 11/5/2016)

No caso em exame, verifica-se que as discussões acerca da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito e da suspensão condicional da pena não foram debatidas no Tribunal de origem.

Desse modo, verifica-se que ato alegado como coator foi praticado por Juiz de primeiro grau e não pelo Tribunal *a quo*, de modo a atrair a competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, II, "a", da Constituição Federal, motivo pelo qual não pode esta Corte Superior examinar a matéria sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido, confira-se:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. CRIMES DE HOMICÍDIO SIMPLES. DOSIMETRIA. REVISÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MAIOR REPROVABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. INCIDÊNCIA DA REGRA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

7. Quanto ao pleito de obtenção de benefícios inerentes à execução penal, observa-se que não houve manifestação do Tribunal impetrado, de modo a atrair a competência do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, II, *a*, da Constituição Federal. Por essa razão, não pode ser analisado diretamente por esta Corte Superior, sob pena de configurar indevida supressão de instância.

8. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 294.094/PR, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, Desembargador convocado do TJ/PE, QUINTA TURMA, DJe 11/5/2015.)

Por fim, quanto ao pleito referente à fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, observa-se que, conforme relatado, o Tribunal de origem, após reduzir a pena o patamar de 2 anos de reclusão, manteve o regime inicial semiaberto com a seguinte fundamentação:

"Tratando-se de crime hediondo, mantenho o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta" (e-STJ, fl. 258).

O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afirmando que "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC 111.840/ES, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 17/12/2013).

Além do mais, 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". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece 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", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso, verifica-se que as referidas súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*, porquanto o regime semiaberto foi imposto sem motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. As instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada no mínimo legal. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 2 anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime inicial aberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo**, porém, a ordem, de ofício, confirmando a liminar, a fim de estabelecer o regime aberto ao paciente, se, por outro motivo, não estiver em regime mais severo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0319523-3

HC 381.224 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00653017420138260506 20160000684638 21162013 653017420138260506

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ CARLOS BENTO
ADVOGADO : LUIZ CARLOS BENTO - SP050605
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO BUENO DE MORAIS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.