



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.446 - SP (2017/0117511-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **EDUARDO DA SILVA LOPES**
ADVOGADO : **EDUARDO DA SILVA LOPES - SP089461**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ALAN DE ANDRADE SOARES**

EMENTA

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RÉU CONDENADO À PENA DE 2 ANOS E 6 MESES. REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269/STJ. DEFERIDO O REGIME INICIAL SEMIABERTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. 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. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

2. 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.

*3. O Superior Tribunal de Justiça já firmou orientação no sentido de que não há falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes.*

4. Quanto ao regime de cumprimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

5. Consoante a Súmula n. 269 desta Corte, *é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

6. No caso, o paciente faz *jus* ao regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal, pois, estabelecida a reprimenda em patamar inferior a 4 anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais, tanto que a pena-base foi aplicada no mínimo legal, revela-se desproporcional a fixação do regime fechado apenas em razão da reincidência do acusado. Precedentes.

7. *Habeas corpus* concedido de ofício apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

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, conceder a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.446 - SP (2017/0117511-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : EDUARDO DA SILVA LOPES
ADVOGADO : EDUARDO DA SILVA LOPES - SP089461
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN DE ANDRADE SOARES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALAN DE ANDRADE SOARES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (autos n. 0000261-72.2015.8.26.0540) que deu provimento ao apelo ministerial e, na sequência, determinou a execução provisória da pena.

Segundo narra a inicial, o paciente foi condenado como incurso no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, à pena de 02 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, em regime inicial aberto.

Inconformadas, as partes apelaram da sentença, tendo sido dado provimento ao apelo ministerial para agravar a pena do ora paciente para 02 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 12 dias-multa, determinando-se, ainda, a expedição de mandado de prisão em seu desfavor (e-STJ fls. 12/21).

Na presente oportunidade, a defesa sustenta, em síntese, a ilegalidade da determinação de prisão do ora paciente, ante a ausência de fundamentação que demonstrasse a necessidade da segregação cautelar neste momento processual, em total descompasso com o preconizado pelo princípio constitucional da presunção de inocência.

Diante disso, requer, inclusive liminarmente, seja expedido contramandado de prisão em favor do paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ fls. 24/26) e prestadas as informações (e-STJ fls. 32/52), o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do *writ* (e-STJ fls. 56/58).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 400.446 - SP (2017/0117511-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, em síntese, a revogação da determinação de expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, estabelecida pelo Tribunal de origem por ocasião do julgamento da apelação, que manteve a condenação imposta em primeira instância pela prática do delito de furto qualificado e aumentou a pena inicialmente imposta.

Em outras palavras, a questão jurídica limita-se a verificar se é possível dar início à execução provisória da pena, haja vista, sobretudo, que a sentença condenatória, que foi confirmada pelo Tribunal de origem, teria garantido ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. *Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...] (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o HC n. 126292, 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. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, 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. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. 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.

2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100, divulgado em 16/05/2016, publicado em 17/05/2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs n. 43 e 44), o Plenário da Corte Suprema, em 5/10/2016, reafirmou o entendimento de que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

após condenação em segunda instância
(<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>).

Sobre o disposto no art. 283 do CPP, faço a mesma ressalva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em situação análoga:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÕES QUE DEVEM SER SANADAS. ACOLHIMENTO.

1. O art. 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a prisão à sentença definitiva, sem dúvida, é corolário do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não viola a garantia constitucional a prisão determinada após esgotadas as instâncias ordinárias. Ressalva do entendimento da Relatora quanto ao mérito da questão.

2. Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar as omissões apontadas, sem alteração do julgado. (EDcl no HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

De outra parte, não há que se falar em *reformatio in pejus*, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do Juízo revisional e independe de recurso da acusação. No ponto, a bela tese desenvolvida pela defesa tem por base respeitável diretriz pretoriana superada:

(...)A ausência de efeito suspensivo ao Recurso Especial não acarreta, por si só, a execução provisória da pena, quando não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ. VI. Conforme julgado desta Corte, "a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível reformatio in pejus" (STJ, HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 12/04/2011). VII. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag 1336499/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO, EM PRIMEIRA INSTÂNCIA, A 6 ANOS E 3 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, GARANTIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA (COM MINORAÇÃO DA PENA). 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.

(...)

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 tão somente apelar em liberdade, como ocorreu, valendo ressaltar que os recursos especial e extraordinário não são dotados, regra geral, de efeito suspensivo.

4. De outra parte, não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação. Precedentes da Corte.

5. Habeas Corpus não conhecido. (HC 360.586/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Min. 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.

2. 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.

3. Ademais, esta Corte já firmou posicionamento no sentido de que não há falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de acórdão confirmatório de condenação prescinde do exame dos requisitos previstos no art. 312 do Código Penal. Entende-se que a determinação de execução provisória da pena encontra-se dentre as competências do juízo revisional e independe de recurso da acusação.

Precedentes.

4. Contudo, no caso dos autos, verifica-se que foram apresentados Embargos Infringentes perante o Tribunal de origem, que estão pendentes de julgamento. Assim, ante a não definitividade da condenação no âmbito da jurisdição ordinária, a expedição de mandado de prisão para início de cumprimento da pena caracteriza constrangimento ilegal.

5. Habeas corpus concedido apenas para suspender a execução provisória da pena até o esgotamento da jurisdição ordinária. (HC 372.205/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL.

UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

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

ARTIGO 273, § 1º-B, INCISOS III E V, DO CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

Diante da ausência de previsão legal, não é possível a incidência do redutor do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 ao delito descrito no artigo 273, § 1-B, do Estatuto Repressivo, uma vez que a referida causa de diminuição de pena se restringe aos crimes tipificados no caput e no § 1º do artigo 33 da Lei de Drogas. Precedentes.

PACIENTE CONDENADA A RESGATAR A REPRIMENDA CORPORAL NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A CONSTRIÇÃO PROCESSUAL. ADEQUAÇÃO DA CUSTÓDIA COM O MODO DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA.

1. Não há incompatibilidade na fixação do modo semiaberto de cumprimento da pena e o instituto da prisão preventiva, bastando a adequação da constrição ao modo de execução estabelecido.

Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292/SP, por maioria de votos, firmou o entendimento de que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório, ainda que sujeito a recursos de natureza extraordinária, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência, compreensão que foi recentemente confirmada pelo aludido colegiado ao apreciar as ADCs 43 e 44.

3. Em atenção ao que decidido pelo Pretório Excelso, este Sodalício passou a admitir a execução provisória da pena, ainda que determinada em recurso exclusivo da defesa, afastando as alegações de reformatio in pejus e de necessidade de comprovação da presença dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, uma vez que a prisão decorrente da decisão que confirma a condenação encontra-se na competência do juízo revisional, não dependendo da insurgência da acusação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

4. Na espécie, à luz do que decidido pela Corte Suprema, não há qualquer ilegalidade na execução provisória da pena imposta à paciente, uma vez que já esgotada a instância ordinária, aguardando-se atualmente, o julgamento dos reclamos de natureza extraordinária interpostos pela sua defesa.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 373.120/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017).

HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA NO TRIBUNAL. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, por meio do Tribunal Pleno, decidiu 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, previsto na Constituição Federal.

2. Não prospera a alegação do impetrante de reformatio in pejus para o paciente, uma vez que desnecessário o pedido por parte do Ministério Público, sendo um efeito automático da condenação. Do contrário, seria inviável, em qualquer caso, a determinação do cumprimento da execução provisória.

3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 371.527/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016).

No mesmo diapasão: HC 361.269/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 22/09/2016; HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016 e HC 366.694/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 14/02/2017.

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discute mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo ao recurso especial interposto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, como visto, o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de multa pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, tendo-lhe sido concedido o direito de recorrer em liberdade (e-STJ fls. 34/39).

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao apelo do Ministério Público para aumentar a pena do paciente para 2 anos e 6 meses de reclusão e estabelecer o regime fechado para o início do cumprimento da pena, momento em que determinou a imediata execução da pena (e-STJ fls. 42/49).

Extrai-se do andamento processual do Tribunal de origem que, diante do julgamento do recurso de apelação, foi interposto, pela defesa, recurso especial que, como se sabe, não é dotado de efeito suspensivo.

Assim sendo, 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 violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

Todavia, registro que, a jurisprudência deste Superior Tribunal, quanto ao regime de cumprimento da pena, firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

No caso, embora as circunstâncias judiciais sejam favoráveis e o montante da pena comporte, em princípio, o regime inicial aberto, o Tribunal estabeleceu o regime inicial fechado com base na reincidência do paciente. De fato, nos termos do art. 33, § 3º, do CP e da Súmula n. 269 desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso aos reincidentes. Contudo, diante da pena aplicada, 2 anos e 6 meses, mostra-se mais adequada a aplicação do regime prisional intermediário, qual seja, o semiaberto.

Nessa linha:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE RECURSO. FURTO QUALIFICADO. RÉU REINCIDENTE. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULA/STJ 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

3. 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. Contudo, o paciente é reincidente e a sanção corporal foi fixada em 8 (oito) meses de reclusão, motivo pelo qual, em aplicação do regime legal, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 315.449/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 1 ANO E 2 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E ACUSADO REINCIDENTE ESPECÍFICO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. REGIME INTERMEDIÁRIO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- 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.

- 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, considerando o montante da pena (1 ano e 2 meses de reclusão) e a análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, é possível o estabelecimento do regime intermediário, qual seja, o semiaberto, mesmo sendo o paciente reincidente específico. Precedentes.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, confirmando a liminar deferida, alterar o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial de cumprimento da pena para o semiaberto. (HC 363.892/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016) - grifei.

Ante o exposto, **concedo a ordem *ex officio***, apenas para estabelecer o regime inicial semiaberto.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0117511-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 400.446 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002617220158260540 20170000350127 2617220158260540

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDUARDO DA SILVA LOPES
ADVOGADO : EDUARDO DA SILVA LOPES - SP089461
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN DE ANDRADE SOARES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.