



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.477 - SP (2017/0203298-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO FABRICIO PEREIRA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. FURTO. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. PRESENÇA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO.

I - 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.

II - O **Supremo Tribunal Federal**, recentemente consignou, por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246/SP, que *"fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório preferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal"* (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 24/11/2016).

III - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

IV - **No caso**, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento embargos de declaração opostos pela defesa, razão pela qual, **na hipótese e por ora**, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente.

V - **No mais**, a imposição do regime inicial **semiaberto** constitui exasperação suficiente da reprimenda em virtude da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal, embora a reprimenda seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Contudo, concedo a ordem de ofício para autorizar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, **aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.477 - SP (2017/0203298-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO FABRICIO PEREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de RENATO FABRICIO PEREIRA em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0006672-15.2016.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 40 (quarenta) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 155, § 1º, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante a eg. Corte de origem, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, para reduzir a pena para 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 2 (dois) dias de reclusão, mais 14 (catorze) dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto. Eis a ementa do v. acórdão:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÃO DE QUE O APELANTE DEVE SER ABSOLVIDO, DIANTE DA FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. TESES SUPLETIVAS DE DESCLASSIFICAÇÃO DA SUA CONDUTA PARA O CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO; DE FIXAÇÃO DAS REPRIMENDAS BÁSICAS NO MÍNIMO LEGAL; DE RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO DELITO; DE ESTABELECIMENTO DO REGIME PRISIONAL INICIAL ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 155, § 1º, DO CP. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO. CASO EM QUE AS PENAS, TODAVIA, ESTÃO A MERECER REPAROS, A MENOR.

Recurso parcialmente provido, com determinação" (fl. 54).

Daí o presente **writ**, no qual defende o impetrante, em síntese, que o caso em análise é de "*concessão do remédio constitucional de ofício, para conceder ao paciente o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito de aguardar o trânsito em julgado do seu processo em liberdade, bem como para fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena do paciente" (fls. 3-4).

Sustenta, para tanto, que para a execução provisória da pena é *"imprescindível que haja motivação concreta a ensejar a necessidade da prisão, o que não ocorreu no caso vertente"* e, ainda, que *"o paciente é primário e foi condenado a pena bem inferior a 04 anos de reclusão, de modo que preenche os requisitos do artigo 33, § 2º, c" (fl. 6).*

Pondera, ademais, que se encontram pendentes de julgamento os embargos de declaração opostos pela defesa.

Posto isso, requer seja corrigido o regime inicial de cumprimento de pena do paciente.

A liminar foi deferida, às fls. 69-71, apenas para *"suspender os efeitos da execução provisória determinada em face do paciente, até o julgamento dos embargos de declaração opostos na origem"*.

Informações prestadas às fls. 82-83.

O Ministério Público, às fls. 114-118, opinou pela concessão da ordem de ofício para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento dos embargos de declaração opostos pela Defensoria Pública.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 412.477 - SP (2017/0203298-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO FABRICIO PEREIRA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. FURTO. CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA CONTUDO, NA HIPÓTESE, DE EXAURIMENTO DA JURISDIÇÃO DO EG. TRIBUNAL DE ORIGEM. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO. PRESENÇA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO.

I - 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.

II - O **Supremo Tribunal Federal**, recentemente consignou, por ocasião do julgamento do ARE n. 964.246/SP, que "*fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório preferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal*" (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 24/11/2016).

III - Dessarte, em outras palavras, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de flagrante ilegalidade.

IV - **No caso**, não se verifica o encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem, porquanto pendente de julgamento embargos de declaração opostos pela defesa, razão pela qual, **na hipótese e por ora**, não se pode permitir o início da execução da pena, ainda que provisoriamente.

V - **No mais**, a imposição do regime inicial **semiaberto** constitui exasperação suficiente da reprimenda em virtude da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal, embora a reprimenda seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Contudo, concedo a ordem de ofício para autorizar que o paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, **aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 exames das razões veiculadas no **mandamus**.

Como relatado, requer a defesa que o paciente aguarde em liberdade o julgamento final de mérito e, ainda, a fixação do regime aberto para início de cumprimento da pena.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), com a nova redação, busca afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal, permitindo tão somente a prisão antes do trânsito em julgado da sentença



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva ou a prisão temporária.

Esse era o entendimento que vinha sendo aplicado nesta Corte até recentemente, uma vez que o Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC n. 84.078/MG**, concluíra pela ofensa ao princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, o próprio **eg. Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, por maioria de votos, negou provimento a pedido formulado no **ARE n. 964.246/SP**, de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, decidindo pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação.

Eis a ementa do julgado:

"CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA.

1- Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório preferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

*2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão deral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria" (ARE n. 964.246/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 24/11/2016).*

Tal entendimento, cumpre frisar, **já vem sendo adotado por esta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes:**

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. EMBARGOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACOLHIDOS.

1. *Em recente julgado (HC 126.292/SP), o Supremo Tribunal Federal decidiu que o esgotamento das instâncias ordinárias permite o início do cumprimento da pena, imposta ou confirmada pelo Tribunal de segundo grau, antes do trânsito em julgado da condenação, sem se falar em ofensa ao princípio da presunção de inocência.*

2. *Embargos de declaração acolhidos para determinar a remessa de cópia dos autos ao Tribunal de origem/Juízo das execuções a fim de que adote as providências cabíveis no que se refere ao início da execução provisória da pena imposta ao embargado" (EDcl no HC n. 348.612/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 16/6/2016, grifei).*

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO TRIBUNAL A QUO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVA ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO STF NO HC 126.292/SP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. *Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*

2. *A aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 constitui direito subjetivo do condenado por tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos necessários à sua aplicação, a saber, tratar-se de agente primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes.*

3. *Embora o paciente não tenha sido condenado à pena privativa de liberdade superior a 8 (oito) anos, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis perfaz fundamento idôneo à fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), em observância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal.*

4. *A Sexta Turma, ao apreciar os EDcl no REsp 1.484.413/DF e no REsp 1.484.415/DF, na sessão de 3/3/2016, adotou recente orientação, fixada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 126.292/SP, de 17/2/2016), de que a execução provisória da condenação penal, na ausência de recursos com efeito suspensivo, não viola ao constitucional princípio da presunção de inocência.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus não conhecido*" (HC n. 349.051/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/6/2016, grifei).

Em outras palavras, portanto, está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas as hipóteses em que seja possível a superação do entendimento pela existência de flagrante ilegalidade, seja por meio da concessão de habeas corpus ou atribuindo-se efeito suspensivo a eventual recurso especial ou extraordinário.

Contudo, no presente writ, verifico, conforme as informações prestadas pela Defensoria Pública estadual (fls. 64-66), que muito embora o recurso de apelação tenha sido julgado em 9/3/2017, ainda não se encerrou a jurisdição promovida em segunda instância, haja vista a oposição de **embargos de declaração** pela defesa, **ainda pendentes de julgamento**.

Não se mostra possível, portanto, no caso, a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal.

Cito, ainda, neste sentido, os seguintes precedentes desta Corte, que corroboram tal posicionamento:

"HABEAS CORPUS. DUPLICATA SIMULADA. ART. 172, C/C O ART. 71 DO CP. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO IMEDIATA DE MANDADO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE. PENDÊNCIA DE APRECIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA ORIGEM.

1. Nos termos do disposto no art. 105, I, c, da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça julgar habeas corpus contra atos de Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

2. No caso, muito embora o Juiz tenha garantido ao réu o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação e apesar de o Ministério Público não ter recorrido nem apresentado pedido de prisão, a Câmara julgadora, ao negar provimento à apelação, determinou a imediata expedição de mandado de prisão contra o apelante.

3. Nem o recurso especial, nem o recurso extraordinário, desprovidos de efeito suspensivo, obstam o início da execução provisória da pena, uma vez que os julgamentos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal não se vocacionam a permear a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado.

4. Quanto a eventuais equívocos nos juízos condenatórios proferidos pelas instâncias ordinárias, sempre haverá outros mecanismos aptos a inibir consequências danosas para o condenado, suspendendo, se necessário, a execução provisória da pena.

5. Para que seja ajuizada medida cautelar ou impetrado habeas corpus em tais circunstâncias, há de haver plausibilidade jurídica nas teses apresentadas no recurso.

6. Na espécie, não há verossimilhança das alegações deduzidas, não sendo perceptível, a propósito dos pontos suscitados, contrariedade do acórdão com a jurisprudência consolidada desta Corte, seja pela ausência de flagrante ilegalidade, seja pela inviabilidade do reexame aprofundado das provas.

7. Ordem concedida apenas para garantir a liberdade do paciente até que os embargos de declaração opostos ao julgamento da apelação sejam julgados na Corte estadual" (HC n. 349.749/PR, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 13/6/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. DENÚNCIA: TRÁFICO DE DROGAS. CONDUTA DESCLASSIFICADA, PELO JUÍZO PROCESSANTE, PARA A DESCRIÇÃO TÍPICA DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONDENAÇÃO, POR TRÁFICO DE DROGAS, EM SEGUNDA INSTÂNCIA. PRISÃO DECRETADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO RECURSAL NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PENDENTES DE JULGAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. No particular, a paciente respondia ao processo em liberdade e, em primeira instância, sua conduta foi desclassificada para a adequação típica do art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Em recurso da acusação, entretanto, ela foi condenada, por tráfico de drogas, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado. O Tribunal de origem determinou, ainda, a imediata expedição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandado de prisão.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre 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. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. 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).

4. No caso, o acórdão impetrado não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a segregação cautelar; somente faz referência à gravidade abstrata do delito e a artigos de lei, não ressaltando qualquer aspecto relevante que demonstre o efetivo risco à ordem pública, caso a paciente seja mantida em liberdade. Referências aos termos da lei processual e uma análise teórica, com termos genéricos, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pela paciente não são hábeis para justificar a prisão cautelar.

5. Ademais, e por outro lado, 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) opostos pela defesa. O Ministério Público noticiou, ainda, a oposição de embargos infringentes. Por fim, o regime inicial fechado foi fixado pelo Tribunal em virtude da gravidade abstrata e da hediondez do crime. Constrangimento ilegal configurado.

6. Habeas Corpus não conhecido. 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" (HC n. 343.302/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 13/6/2016, grifei).

Quanto a fixação do regime aberto, colaciono o seguinte trecho do v. acórdão impugnado sobre o tema:

"As penas, todavia, estão a merecer reparos.

Isso porque, das justificativas utilizadas para a elevação das básicas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constata-se que apenas os maus antecedentes, verificados na certidão de fl. 83, são aptos a ensejar aumento, vez que o fato de ter invadido a casa da vítima durante o período de repouso noturno constitui a causa de aumento do § 1º, do artigo 155, do CP, não podendo ser utilizada também para a fixação das básicas acima do patamar mínimo, sob pena de se incidir em bis in idem.

[...]

Por outro lado, o regime prisional inicial semiaberto se mostra adequado à forma de proceder do apelante, que, já condenado anteriormente pela prática de crime doloso contra o patrimônio, invade residência em período noturno, através de escalada de um portão alto e com lanças, para de lá subtrair bem de apreciável valor econômico, tudo a demonstrar sua ousadia incomum e dolo acentuado, em contexto que igualmente denota não fazer jus a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou a qualquer outro benefício, nos termos dos artigos 33, § 3º, 44, III, e 59, todos do Código Penal" (fls. 62-63, grifei).

A concessão do regime **aberto** se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a completa **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

Verifica-se, todavia, que o requisito atinente à conveniência das circunstâncias judiciais não foi atendido, razão pela qual foi fixada a pena-base acima do mínimo legal.

Desse modo, a imposição do regime inicial **semiaberto** constitui exasperação suficiente da reprimenda em virtude da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, haja vista a pena ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o que, **a priori**, conduziria a fixação do regime aberto. Confirmam-se, aliás, alguns julgados desta Corte que corroboram esse posicionamento:

"HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. PENA DE 1 ANO E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE O JULGAMENTO REALIZADO PELO TRIBUNAL A QUO E O PEDIDO DO HC ORIGINÁRIO. QUESTÃO QUE SE CINGIA À ADEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO POR ESTA CORTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (MAUS ANTECEDENTES). DIVERSAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PARECER DO MPF PELO NÃO CONHECIMENTO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT OU, NO MÉRITO, PELA SUA DENEGAÇÃO. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. É possível o conhecimento do HC por esta Corte se a questão, embora suscitada pela parte no mandamus originário, deixou de ser enfrentada pelo Tribunal Estadual. *Precedentes.*

2. **Inexiste ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto, uma vez fixada a pena base acima do mínimo legal por força dos maus antecedentes do paciente, consubstanciados em condenações transitadas em julgado. Precedentes.**

3. Parecer do MPF pelo não conhecimento ou denegação da ordem.

4. **Habeas Corpus denegado"** (HC n. 145.832/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJU de 15/3/2010, grifei).

"HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA QUANTO À CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE DO ACUSADO E MOTIVOS DO CRIME. AFASTAMENTO. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE.

1. O conhecimento da ilicitude é circunstância que, na verdade, integra o tipo do artigo 171 do Código Penal, sendo certo, ademais, que os argumentos apresentados pela Corte Estadual para se ter como reprovável a conduta social e personalidade do paciente, bem como os motivos do crime não passam de impressões subjetivas do julgador, desacompanhadas de elementos concretos, insuficientes, portanto, para justificar a exacerbação da pena-base, evidenciado o constrangimento ilegal.

2. **Tratando de sanção inferior a 4 anos de reclusão, embora reconhecida circunstância judicial desfavorável, e sendo o paciente primário, mostra-se razoável a fixação do regime semiaberto para o início do seu cumprimento.**

3. **Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente a 1 ano e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa, fixando o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção corporal"** (HC n. 130.736/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Haroldo Rodrigues**, Desembargador convocado do TJ/CE, DJU de 14/12/2009, grifei).

Destarte, vislumbro ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem, já que verificada, na hipótese, **a inexistência de encerramento da jurisdição do eg. Tribunal de origem.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **concedo a ordem de ofício para**, confirmando a liminar, **autorizar que o paciente**, salvo se por outro motivo estiver preso, **aguarde em liberdade o esgotamento das vias recursais ordinárias**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0203298-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 412.477 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0006672152016 00066721520168260050 20170000150190 3382016 6672152016
66721520168260050

EM MESA

JULGADO: 17/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RENATO FABRICIO PEREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.