HABEAS CORPUS Nº 494.597 - SP (2019/0050314-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ERICA LEONI EBELING - SP0323262
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CLEVERSON DOS SANTOS BARRETO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **CLEVERSON DOS SANTOS BARRETO**, em que aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 4 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e o pagamento de 10 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação no TJSP, que negou provimento ao recurso.

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, manifesto constrangimento ilegal, pois foi imposto à paciente o regime inicial semiaberto, sendo que cabível o aberto, a teor do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal, bem como das Súmulas 440/STJ, 718 e 719 do STF.

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para que seja fixado o regime aberto para o cumprimento da pena.

É o relatório.

Decido.

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.

No caso em exame, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

O Tribunal de origem manteve o regime inicial semiaberto fixado na sentença, nos seguintes termos:

> "[...]
> Considerando o *quantum* da pena, a dinâmica dos fatos e a gravidade da conduta pelo réu praticada, a pena privativa de liberdade deverá, para a efetiva prevenção e reprovação do crime, ser cumprida em regime inicial semiaberto." (e-STJ, fl. 11).
>
> "[...]
> E certo, ainda, que as peculiaridades da hipótese dos autos demonstram não ser possível a colocação do réu em regime inicial menos gravoso do que o já estabelecido (semiaberto).
> Cabe consignar que o apelante se portou de forma extremamente ousada, que chegou a ser acintosa, distanciando-se do observado em roubos mais comezinhos, pois simulou estar portando arma de fogo,

> infundindo maior temor à vítima e subjugando-a completamente por meio deste ardiloso artifício. Destarte, como o princípio da suficiência da pena faz com que ela, inclusive quanto ao seu modo de execução (regime prisional), deva ser de molde a afastar qualquer sensação de impunidade e iniba, efetivamente, a reiteração delitiva, verifica-se não ser possível cogitar, in casu, de regime mais brando.
> Assim, o regime inicial semiaberto já é, até mesmo, muito suave em face do caso concreto (não se mostrando possível, porém, cogitar de agravá-lo aqui porque descabe reformatio in pejus). Só resta mantê-lo, pois outro mais leve não serviria para a reprovação e prevenção do crime, observado o princípio da suficiência da pena, bem como o princípio da proporcionalidade." (e-STJ, fls. 20-21).

Nesse contexto, os fundamentos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, e que foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial aberto.

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

> "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. DESFAVORECIMENTO DA CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. SÚMULA 545/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.
> 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, seja possível a concessão da ordem, de ofício.
> II - Inicialmente, cumpre registrar que a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).
> III - "A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores

diversos, com regramentos próprios" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel.
Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016).
IV - Ademais, não é possível, que o magistrado formule nenhum juízo conclusivo, com base nos elementos apontados no édito condenatório (uma das vítimas do roubo era criança de tenra idade), sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes, com supedâneo técnico, para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de justificar o aumento da pena-base.
V - A confissão do paciente foi utilizada para lastrear a condenação, ainda que de forma parcial, razão pela qual deve ser reconhecida a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal.
VI - Assim, com o decote das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social e não podendo o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, nos termos da Súmula n. 231/STJ, deve a reprimenda final do paciente ser reduzida ao novo montante de quatro anos de reclusão.
VII - **Na ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não sendo o paciente reconhecidamente reincidente, e nem tendo sido apresentada qualquer razão concreta relativa à especial gravidade do delito para a fixação de regime mais rigoroso, deve ser-lhe imposto o regime aberto para o início do desconto da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'c', do Código Penal.**
Habeas corpus não conhecido.
Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda final do paciente ao novo patamar de quatro anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto."
(HC 381.153/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 06/06/2017, grifou-se).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, EXTRAORDINÁRIO E REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO DE RECURSO POR CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE LASTREADA EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE DIANTE DO EMPREGO DE SIMULACRO. INADMISSIBILIDADE. ELEMENTAR DO PRÓPRIO DELITO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ATENUAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
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. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 597.133/RS, firmou entendimento no sentido de que os julgamentos de recursos por órgãos fracionários de tribunais compostos majoritariamente por magistrados de primeiro grau convocados, não violam o princípio constitucional do juiz natural.
> 3. As ações penais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa dos antecedentes criminais, por força da Súmula 444/STJ: [é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.
> 4. O emprego de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo apto à exasperação da pena do crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito de roubo.
> 5. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal - Súmula 231 do STJ.
> 6. **O estabelecimento do regime fechado, sem qualquer fundamento concreto, em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.**
> 7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir a pena no mínimo legal e fixar o regime aberto."
> (HC 149.337/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 06/11/2015, grifou-se).

Desse modo, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade apta a justificar a concessão da ordem por esta Corte.

Ante o exposto, nos termos do art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial de cumprimento de pena aberto ao paciente, salvo se estiver descontando pena em regime mais grave por outro motivo.

Publique-se. Intime-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Sem recurso, certifique-se o trânsito em julgado e arquivem-se os autos.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator