HABEAS CORPUS Nº 466.733 - SP (2018/0222215-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	FLAVIO TIEPOLO
ADVOGADO	:	FLAVIO TIEPOLO - SP263026
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WALTER FERNANDO DE BARROS LIMA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de WALTER FERNANDO DE BARROS LIMA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0004962-82.2014.8.26.0129.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de 1º grau, às penas de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, por infração ao art. 180, *caput*, do Código Penal (fls. 21/27).

Inconformada, a defesa recorreu e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (fls. 13/20).

No presente *mandamus*, a defesa sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial semiaberto ao réu primário, com pena fixada em patamar igual a 4 anos, com base apenas na gravidade abstrata do delito, vulnerando os termos do disposto no art. 33, § 2º, alínea *c*, do Código Penal.

Dessa forma, pede, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja fixado regime inicial aberto.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 54/55.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 59/63, pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido**.

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento da ilegalidade na fixação do regime semiaberto, não obstante a pena seja inferior a 4 anos de reclusão.

Sabe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

Nessa linha, foi editada a Súmula n. 440/STJ, segundo a qual, *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*.

Na mesma esteira, há os Enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

> *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.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Assim foi consignado pelo Tribunal local ao manter a fixação do regime semiaberto (e-STJ fl. 19):

> *É certo que a quantidade de pena imposta autorizaria, em tese, a fixação de regime inicial mais brando, no entanto, as circunstâncias negativas expressamente reconhecidas impõem a fixação do regime inicial semiaberto, que fica mantido.*

No caso, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime intermediário, não obstante o paciente seja primário e a pena seja inferior a 4 anos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, uma vez que as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis. Assim, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º do Código Penal, o regime semiaberto se mostra mais adequado.

A propósito:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MOEDA FALSA. MAUS ANTECEDENTES. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *(...)*
>
> *6. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu. Porém, considerando a sua primariedade e a redução da pena a patamar inferior a 4 anos de reclusão, revela-se proporcional o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao ora paciente.*
>
> *7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer a pena em 3 anos e 9 meses de reclusão, a ser cumprida em regime prisional semiaberto, mais 13 dias-multa,*

ficando mantido, no mais, o acórdão condenatório.

(HC 487.876/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 01/04/2019)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator