HABEAS CORPUS Nº 506.374 - SP (2019/0117139-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DANIEL TEREZA
ADVOGADO	:	DANIEL TEREZA - SP309228
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LEONARDO PRUDENCIATO ZAPIELLO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LEONARDO PRUDENCIATO ZAPIELLO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0003807-39.2017.8.26.0032.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, e 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso I, c/c o art. 70, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte *a quo*, que deu provimento parcial ao recurso, a fim de redimensionar a reprimenda para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa.

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram rejeitados.

Nesta via, sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação suficiente para justificar a fixação do regime prisional fechado, em descompasso com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 da Suprema Corte e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja estabelecido o regime inicial semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 69-70.

Informações prestadas às fls. 73-76.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 91-93, pelo não conhecimento da impetração e, se conhecida, pela sua denegação.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que tange à pretensão de abrandamento do regime prisional, a Corte *a quo* manteve o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ, fl. 50):

> *"Adequado o regime inicial estabelecido, fechado, em face da gravidade do crime e da extrema audácia com*

> *que agiu o réu, que utilizou uma 'faca', para intimidar as vítimas, em via pública, subtraindo celulares e dinheiro. Tal conduta merece receber uma resposta enérgica do Judiciário. Ademais, 'regime inicial fechado para o cumprimento da pena pela prática do crime de roubo qualificado é o adequado à reprimenda, ainda que se trate de réu primário' (STF, HC n° 74.301-3, DJU 6.12.96, pág. 48.711, Rei. Min. Maurício Corrêa)."*

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado considerou apenas a gravidade em abstrato do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

> *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.*

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, 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.*

Nesse norte, os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. 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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

*II - **A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de 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" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).***

*III - "**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" (Súmula n. 440/STJ).***

IV - Na hipótese, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na majorante do emprego de arma de fogo e na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

V - Desse modo, sendo os réus primários, fixadas as penas-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena dos pacientes, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 442.914/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ART. 33, § 2º, B, DO CP. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENAS-BASE ESTIPULADAS NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA DEFINITIVA ESTIPULADA EM 6 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE.

1. Foram utilizados pelo Tribunal paulista fundamentos abstratos e genéricos na fixação do regime de cumprimento de pena mais grave, com suporte em elementos inerentes aos tipos penais violados.

2. Todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao agravante, sendo fixadas as penas-base dos crimes de roubo e de corrupção de menores, no mínimo legal, respectivamente, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, e em 1 ano de reclusão. Sendo assim, não há fundamento para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que o permitido pelo quantum da pena, ex vi da Súmula 440/STJ.

3. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça. [...] Hipótese em que o Juiz de primeiro grau considerou, para fins de regime prisional, favoráveis as circunstâncias judiciais, fixando o intermediário. Contudo, o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado sem apresentar motivação idônea. Assentou a gravidade genérica do delito, bem como o entendimento, reiteradamente rechaçado por esta Corte, de que em casos de crime de roubo deve sempre ser imposto o regime fechado (HC n. 331.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2015).

4. Fixadas as penas-base no mínimo legal e não ostentando o agravante antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea, nos termos das referidas súmulas. Por conseguinte, levando-se em consideração as penas definitivas cominadas ao agravante (6 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 13 dias-multa), é possibilitada a imposição do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

*5. **A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de 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" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF). "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" (Súmula 440/STJ) - (HC n. 442.914/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 8/5/2018).***

6. Agravo regimental provido a fim de reconsiderar a decisão agravada e, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dar provimento ao recurso especial para abrandar o regime inicial ao semiaberto.

(AgRg no REsp 1.762.097/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018)

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 8 (oito) anos e

considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do CP.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, de conformidade com o art. 654, § 2º, do CPP, a fim de fixar o regime prisional **semiaberto** para início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator