HABEAS CORPUS Nº 505.909 - SP (2019/0113464-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ELIZANGELA OLIVEIRA DOS SANTOS - SP348284
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MICHAEL DOUGLAS OLIVEIRA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de MICHAEL DOUGLAS OLIVEIRA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000480-17.2017.8.26.0540.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso nas sanções do artigo 180, *caput*, do Código Penal.

No julgamento da apelação, o tribunal de origem deu provimento parcial ao recurso da defesa, a fim de redimensionar a reprimenda do réu para 1 (um) ano de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante, em síntese, a inexistência de motivação para a imposição de regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena, sendo cabível a alteração para o aberto, aduzindo, também que o apenado preenche os requisitos para a conversão da pena privativa por restritiva de direitos.

Requer, ao final, a fixação do regime inicial aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls 69-70.

As informações foram prestadas às fls. 83-109.

O MPF, às fls. 111-115, manifestou-se pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, não sendo cabível a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos e ações cabíveis, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

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

No que tange à pretensão de abrandamento do regime prisional, a Corte estadual teceu as seguintes considerações: (e-STJ fls. 62-63):

> *"Na hipótese dos autos, tem-se que o réu foi preso em flagrante pela suposta prática de outro delito quando usufruía do benefício de liberdade provisória no presente processo.*

> *Assim, ao menos em princípio, não demonstrou possuir méritos para fazer jus à fixação do regime inicial aberto.*
> *Tal fato indica que, em regime mais brando, muito provavelmente continuará a ganhar a vida levianamente.*
> *Assim, a fixação de regime inicial intermediário decorre das circunstâncias concretas dos autos, que demonstram maior ousadia e periculosidade do agente, além de gerar grave insegurança na sociedade como um todo."*

In casu, verifica-se que, de fato, não foram apresentados fundamentos jurídicos idôneos capazes de sustentar o agravamento do regime. Observa-se que o regime inicial semiaberto foi escolhido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, o que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação do sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal (e-STJ fl. 62), 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:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPTAÇÃO. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PEDIDO DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO AO CORREÚ. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 580 CPP. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. REGIME SEMIABERTO IMPOSTO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO.*
> *1. Hipótese na qual resta evidenciada a semelhança entre as*

condições objetivas e subjetivas dos corréus, para fins do art. 580 do CPP, impondo-se a fixação do regime prisional aberto para o início do desconto da reprimenda a eles estabelecida.

*2. **De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, 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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".***

3. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

*4. **Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena inferior a 4 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.***

5. Pedido de extensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos deferido, com fundamento no art. 580 do CPP, para estabelecer ao corréu o regime prisional aberto para o início do desconto da reprimenda.

(PExt no HC 495.598/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)"

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O posicionamento hoje pacificado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que se mostra inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito.

2. Considerando a reprimenda definitiva imposta (inferior a 8 anos), a fixação da pena-base no mínimo legal e a ausência de fundamentação para a imposição de regime inicial mais rigoroso, verifica-se, assim, que o sentenciado faz jus a iniciar o cumprimento da reprimenda imposta no regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

> *3. Agravo regimental improvido.*
> *(AgRg no HC 497.559/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)*

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *c*, e § 3º, do CP.

Finalmente, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista que as circunstâncias do delito evidenciam que, *in casu*, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se a ordem**, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de fixar o regime prisional **aberto** para início do cumprimento da pena pelo paciente.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator