

HABEAS CORPUS Nº 506.436 - SP (2019/0117335-7)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DIOGO CESAR PERINO - SP274029
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TAWANE CRISTINA LOURENCO DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de TAWANE CRISTINA LOURENCO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000558-16.2017.8.26.0603.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, em razão da prática de previsto no art. 33, *caput*, e no art. 40, inciso VI, ambos da Lei n. 11.343/2006, sendo substituída por restritiva de direitos.

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao apelo defensivo, e deu parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, e fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda, 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 e a conversão da reprimenda privativa por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja alterado o regime prisional para o aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 67-68.

Informações prestadas às fls. 119-150.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 152-156, pelo não conhecimento da impetração, contudo, pela concessão da ordem, de ofício.

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, o acórdão recorrido fixou o modo inicial semiaberto, nos seguintes termos (e-STJ fl. 58):

"O regime inicial aberto, para o crime de tráfico de drogas, deve ser afastado e fixado o regime prisional

inicial semiaberto, com base nas circunstâncias que lhe foram favoráveis para a aplicação do benefício previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, presentes, ainda, as demais condições favoráveis (ré primária, sem antecedente desabonador) justifica-se e recomenda-se que a acusada inicie o cumprimento da pena corporal em regime inicial intermediário, em que se submeterão a uma fiscalização ostensiva, apesar de poder exercer atividade laboral que a auxiliará na sua reintegração social com menor risco. Posteriormente, preenchidos os requisitos necessários, poderá obter outro regime, menos rigoroso, no Juízo da execução penal."

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial semiaberto 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 (e-STJ fl. 55), 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 4 (quatro) anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo aberto ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

Finalmente, não há que se 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, de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de fixar o regime prisional **aberto** para início do cumprimento da pena pelo paciente, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

