

HABEAS CORPUS Nº 500.152 - SP (2019/0081793-7)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : MILENA JACKELINE REIS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO LUIS GONCALVES JUNIOR (PRESO)
PACIENTE : RAYSON JOSE DE ARAUJO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de MARCELO LUIS GONCALVES JUNIOR e RAYSON JOSE DE ARAUJO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0073633-64.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, em razão da prática do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso, a fim de fixar o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

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 e 719 da Suprema Corte, e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Defende a alteração do modo prisional fechado para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, do CP, levando em consideração a primariedade e a quantidade da pena aplicada.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja fixado o regime inicial semiaberto aos pacientes.

A liminar foi indeferida às fls. 43-44.

Informações prestadas às fls. 51-76.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 78-80, pelo não conhecimento da impetração, contudo, pela concessão da ordem, de ofício.

É o relatório.

Cumpr 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 Tribunal de origem fixou o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 31-35):

"Preservado o convencimento de S. Exa., o MM. Juiz,

diante das circunstâncias evidenciadas neste processo, respeitosamente, a imposição de regime mais severo para os recorridos mostra-se adequada para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Guardadas as devidas proporções, outorgar regime mais brando só pela quantidade da reprimenda brindaria aqueles que contribuíram decisivamente contra a ordem pública com benefício que não se acha devidamente posto na lei do ponto de vista teleológico.

Destarte, não se há de tabelar regime de cumprimento pela dimensão da reprimenda.

Cf. jurisprudência do Col. Supremo Tribunal Federal, o regime inicial de cumprimento da pena não resulta tão-somente de seu quantum, mas, também, das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º do mesmo diploma legal.

Data vênia, a estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base.

O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda.

[...]

Com o devido respeito, aquele que comete a subtração, em comparsaria, em número de três indivíduos, mediante o emprego de um simulacro, comete crime que, pelas condições e conseqüências, merece sanção exemplar.

Ora, fatos dizem mais do que idéias: roubo é ação que expõe graves perspectivas emocionais do seu cometedor, pessoa agressiva, destemida e que faz pouco caso do trabalho realizado pelo próximo, cujo próprio esforço acumulou bens, agora transferidos para mãos ilegítimas pelo emprego da grave ameaça, senão da própria violência. Pior: conturba a paz social, promove intranqüilidade e, não bastasse os danos materiais, ainda obriga que as pessoas ordeiras gastem mais com o reforço de sua segurança, o que exige o mais firme posicionamento estatal em sua repressão, especialmente pela adoção dos programas mais severos de ressocialização.

[...]

Desse modo, à medida 'em que a criminalidade recrudesça e se agrave, pondo, a cada instante, mais e mais risco à segurança e à paz social, cumpre ao Juiz reprimi-la, desestimulá-la e arrostar-la, mercê de uma mais

adequada, mais necessária e, quiçá, até mais rigorosa aplicação do Direito' {verbis no Agravo em Execução n. 509.131-7, rei. Des. CANGUÇU DE ALMEIDA, TACRIM/SP).

[...]

Por tais razões, acolho a insurgência ministerial para modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o programa fechado."

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:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO. REGIME PRISIONAL. RÉU PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL.

1. O posicionamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea, mormente em se tratando de réu primário, sem antecedentes e com pena-base no mínimo legal. Incidência do entendimento consolidado nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

2. Ainda que a gravidade concreta do crime, praticado em concurso de agentes e com o uso de arma de fogo, demonstrem uma maior periculosidade do agente, no caso específico dos autos a fundamentação retratada no acórdão da apelação, sucinta e genérica, não justifica a imposição do regime mais gravoso ao ora agravado,

primário e sem antecedentes, sem nada que desabone a conduta social e a personalidade, além das consequências do crime inerentes ao delito.

3. A gravidade abstrata do crime não constituiu fundamento idôneo para a imposição do regime prisional mais gravoso.

4. Agravo regimental improvido.

(AgInt no HC 479.593/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019)

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)

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. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

