HABEAS CORPUS Nº 512.544 - SP (2019/0152700-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAIO HARUO UEHARA IZUMI
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GABRIEL HENRIQUE INACIO DA SILVA REIS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GABRIEL HENRIQUE INACIO DA SILVA REIS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi absolvido na sentença (e-STJ, fls. 15-18).

Irresignado, o Ministério Público do Estado de São Paulo apelou à Corte local, que deu provimento ao recurso para condenar o ora paciente à pena de 4 anos de reclusão, em regime fechado, além de 10 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 25-33).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que, nos termos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, o condenado a pena inferior a 4 anos, desde que não seja reincidente, poderá cumprir a pena em regime aberto. Afirma que o paciente é primário e teve a pena-base fixada no mínimo legal, não havendo justificativa para a imposição do regime mais gravoso, que foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja fixado o regime inicial aberto para o início do desconto da cumprimento da reprimenda.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ, fl. 36), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 40-43).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

No que toca à fixação do regime fechado, colhe-se do acórdão impugnado:

> "No mais, tratando-se de roubo, a opção pelo regime inicial fechado é a mais adequada.
> Aliás, pouco importa que o roubo seja simples ou qualificado, consumado ou tentado: em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o

> comete.
> Ora, todos sabem que são, precisamente, as características da personalidade do criminoso e a natureza do delito praticado que devem ditar a espécie de reprimenda a ser aplicada e, no caso de aplicação de reprimenda carcerária, o regime inicial do cumprimento da pena. Em outras palavras, para crimes menos graves, reprimendas mais brandas, como as restritivas de direitos e as pecuniárias, cumulativamente, ou não; para crimes mais graves, reprimendas mais severas, como as carcerárias, cumulativas com as pecuniárias, ou não. E, em ambos os casos, a maior ou menor periculosidade do criminoso tem que ser levada em conta. É isto o que diz a Doutrina, o que estabelece a Lei e o que recomenda o bom senso.
> Então, se o agente criminoso cometeu delito grave e possui sérias falhas de personalidade, obviamente não pode permanecer na rua, terá que ser segregado. E, como a natureza não dá saltos, também essa terapêutica penal terá que se iniciar, naturalmente, pelo regime mais rigoroso, passar pelo intermediário e, finalmente, terminar no mais brando. Nos delitos de, digamos, média gravidade, o criminoso, sabidamente, pode iniciar o desconto da pena carcerária no regime semiaberto.
> Só desta maneira as três finalidades da pena - neutralização do criminoso, desencorajamento dos potenciais delinqüentes, e restabelecimento do equilíbrio social - estarão satisfeitas." (e-STJ, fls. 31-32)

Conforme se extrai da leitura do excerto, a fundamentação adotada para a fixação do regime mais gravoso, a despeito de extensa, nada mencionou acerca do caso concreto dos autos, baseando-se, tão somente, na gravidade em abstrato do crime de roubo, em análises teóricas sobre possíveis critérios a serem utilizados para a fixação do regime prisional e sobre as finalidades da pena.

Com efeito, 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".

In casu, malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, forçoso reconhecer que 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).

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

> "*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.

SÚMULA N. 443 DO STJ. **REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.** *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: 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.

4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir, à fração de 1/3, o aumento da pena do paciente, decorrente das majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 381.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE RECLUSÃO DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.** *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

> - **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 (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.**
> - No caso dos autos, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final ter sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas em elementos inerentes ao próprio tipo penal, e no fato de o paciente estar preso por outro processo, ainda em curso, fundamento igualmente inidôneo. Incidem, ao caso, assim, os referidos enunciados sumulares.
> - Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar regime inicial aberto.
>
> (HC 381.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017, grifou-se).

Em verdade, tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena em montante não superior 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.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, com o fim de estabelecer o regime prisional aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da 15ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro