

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 532.348 - SP (2019/0269568-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : FABIANO RICARDO DE CARVALHO MANICARDI
ADVOGADO : FABIANO RICARDO DE CARVALHO MANICARDI -
SP194390
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WESLEY ROGER DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WESLEY ROGER DA SILVA apontando como autoridade coatora a 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 3001198-17.2013.8.26.0438.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c/c 29, ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte *a quo*, a qual negou provimento ao apelo defensivo, mantendo incólume 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.

Aduz que o paciente é primário, não ostenta maus antecedentes e não restou demonstrado que se dedica à prática reiterada de atividades criminosas, razão por que seria cabível a aplicação de regime prisional mais brando.

Requer a concessão da ordem constitucional para que o regime inicial de cumprimento de pena seja o semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 97-98.

Informações prestadas às fls. 102-142.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 146-147, pela denegação da ordem.

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.

Com efeito, verifica-se que o Juízo primevo fixou o regime inicial fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 38):

"No caso, o único regime compatível é o inicial fechado, para ambos os réus.

A meu alvedrio e da maioria da jurisprudência, a fixação, embora se utilize dos mesmos critérios, não guarda

Superior Tribunal de Justiça

relação de dependência estrita com o quantum da pena imposta.

O crime é de extrema gravidade, colocando, em determinados momentos, a sociedade à margem, tendo-se em vista a periculosidade de seus agentes, o que não pode ser desconsiderado na fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda."

A Corte *a quo*, por sua vez, assentou (e-STJ fls. 21-23):

"Observe-se que a vítima se sentiu atemorizada e impossibilitada de qualquer reação pela abordagem repentina dos apelantes.

Foi intimidada pela grave ameaça perpetrada com o uso de arma de fogo. Tais elementares caracterizam, à saciedade, o crime de roubo, restando afastado o pleito defensivo de desclassificação da conduta para o delito de furto.

[...]

A duas, pela ousadia demonstrada, visto que os apelantes, valendo-se da superioridade física e aproveitando-se do gênero da vítima (mulher), em total desprezo para com a liberdade individual, munidos de arma de fogo, surpreenderam L. dos S. E. durante o desenvolvimento de suas atividades profissionais e em plena luz do dia, sem contar que agiram na presença e cliente e, inclusive, intimidaram-nas para que não relatassem o ocorrido.

[...]

O regime inicial fechado deve ser mantido, pois diante da gravidade concreta das condutas já minuciosamente analisada além dos maus antecedentes e recidiva de Willian, incompatibilizado e desautorizado o estabelecimento de regime prisional mais brando (cf. artigo 59, III; c.c. artigo 33, § 3º, do Código Penal)."

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 fechado foi mantido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime de roubo, 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, como no caso dos autos (e-STJ fl. 37) .

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

Superior Tribunal de Justiça

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. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA (CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA). ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS N.os 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é razão obrigatória de majoração da punição em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o Magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação. Entendimento consolidado no enunciado n.º 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

2. Na hipótese, o acréscimo da pena implementado em 3/8 (três oitavos), em decorrência das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, foi concretamente fundamentado, notadamente em virtude do modus operandi do delito, praticado com ousadia e periculosidade, o que demonstra a idoneidade da exasperação. Precedentes.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso. Precedentes. Entendimento sedimentado nos Verbetes Sumulares n.os 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação dos Pacientes, fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena.

(HC 472.746/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 22/11/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO

Superior Tribunal de Justiça

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** para o resgate da pena corporal aplicada ao paciente, 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 a ordem, de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, a fim de fixar o regime prisional **semiaberto** para início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator

