

HABEAS CORPUS Nº 537.172 - SP (2019/0296312-9)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGERIO FERREIRA DA SILVA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ROGERIO FERREIRA DA SILVA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação Criminal n. 0025432-12.2016.8.26.0050.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no artigo 157, § 1º, 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.

Sustenta a impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação idônea para justificar a imposição do regime fechado para início de desconto da reprimenda imposta ao paciente.

Aduz que o sistema prisional mais severo teria sido estabelecido com base na gravidade abstrata da conduta e sem observância aos enunciados das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja fixado o regime inicial aberto ao paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 30-31.

Informações prestadas às fls. 37-47.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 49-53, pela concessão da ordem, para que seja fixado o regime semiaberto.

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, quanto a pretensão de abrandamento do regime prisional, verifica-se que o juízo primevo fixou o modo fechado, sob o seguinte fundamento (e-STJ fl. 19):

"O réu, em razão do delito que cometeu associado à

Superior Tribunal de Justiça

violência para assegurar impunidade, iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado"

O colegiado estadual, por sua vez, assim se manifestou sobre o modo inicial da execução da pena (e-STJ fl. 26):

"O regime semiaberto deve ser mantido por ausência de impugnação ministerial (vedada a reformatio in pejus), pois a gravidade concreta da conduta já minuciosamente analisada incompatibiliza e desautoriza o estabelecimento de regime prisional mais brando (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 foi escolhido apenas com base na opinião do julgador acerca da 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. 25) .

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. ROUBO SIMPLES. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REGIME SEMIABERTO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ABRANDAMENTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Juízo sentenciante, ao negar o direito de recorrer em liberdade, limitou-se a afirmar que, "preso pelo processo, o réu não poderá recorrer em liberdade, interessando a prisão a eficaz aplicação da lei penal". Logo, deixou de fundamentar, concretamente, a necessidade da custódia preventiva, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal e conforme própria determinação do art. 387, § 1º, do mesmo diploma processual.

2. A instância de origem não apontou nenhum elemento dos autos que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso para o cumprimento da pena, pois a gravidade excepcional do delito não se sustenta. Nesse sentido, o fundamento apresentado não se reveste da devida idoneidade para sustentar a determinação do regime mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, conforme dicção das Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

3. Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de responder à ação penal em liberdade se por outro motivo não houver necessidade de ser preso, bem como para determinar o regime aberto para o início do cumprimento da pena. Fica ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar caso efetivamente demonstrada a superveniência de fatos novos que indiquem a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

(HC 505.879/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 10/06/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS INTERPOSTO PELA ACUSAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PENA INFERIOR À QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

III - In casu, constata-se que o regime inicial fechado foi determinado com base em considerações genéricas e intrínsecas ao tipo penal violado, conjuntura a qual, isolada de demais elementos, mostram-se inadequadas a motivarem o recrudescimento do regime inicial de cumprimento da pena.

Superior Tribunal de Justiça

Desse modo, sendo o paciente primário e fixada a pena-base em seu mínimo legal, o regime inicial aberto é o mais adequado para o resgate da reprimenda, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 489.857/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 18/03/2019)

Assim, fixada a reprimenda em 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.

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 aberto** para início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator