

HABEAS CORPUS Nº 539.510 - SP (2019/0308232-5)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - SP199591
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON CARLOS DOS SANTOS COSTA
PACIENTE : FELLYPE BATISTA DA SILVA LOPES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **JEFERSON CARLOS DOS SANTOS COSTA** e **FELLYPE BATISTA DA SILVA LOPES** contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram absolvidos, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, da prática do delito previsto no 157, parágrafo 2º inciso II (por duas vezes), na forma do artigo 71, ambos do Código Penal.

Irresignada, a acusação interpôs recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento ao apelo, para condenar os pacientes às penas de **05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e 13 (treze) dias-multa**, como incursos nas sanções do artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal, nos termos do acórdão juntado às fls. 10-32.

No presente **writ**, o impetrante alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para fixar o regime semiaberto, para início de cumprimento das penas (fls. 3-6).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 39-40).

As informações foram prestadas às fls. 47-76.

O Ministério Público Federal, às fls. 78-81, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO DO WRIT. JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STF E DO STJ (TURMAS VINCULADAS À 3ª SEÇÃO). REEXAME DO REGIME INICIAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. 1. O pedido de reanálise do regime inicial demanda exame minucioso do conjunto fático-probatório produzido nos autos, o que é inadmissível na via estreita do writ. Precedente. - Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus."

É o relatório.

Decido.

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 do ato, salvo os casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime.

Em relação ao **regime inicial de cumprimento de pena**, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 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.

Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

"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."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **in verbis**:

"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."

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

Quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"De rigor a fixação do regime prisional extremo para início do desconto da pena privativa de liberdade. Isso porque, embora sejam os réus primários, a gravidade CONCRETA do delito – assaltos em comparsaria, com simulação de porte de arma de fogo, em via pública – evidenciaram clara demonstração de desprezo a norma penal e às regras de convívio em sociedade."

In casu, o regime fechado foi estabelecido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal.

Desse modo, sendo os pacientes primários e fixadas as penas-bases no mínimo legal, eis que favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto se mostra o mais adequado para o resgate das reprimendas, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Nesse sentido:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...] 2. Os fundamentos genéricos utilizados do 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), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de roubo, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Além disso, o simples fato de o paciente ter sido beneficiado com o reconhecimento da continuidade delitiva não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, estiver descontando pena em regime mais severo" (HC n. 356.130/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/11/2016).

Ante o exposto, não conheço do **writ**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para **fixar o regime intermediário (semiaberto)**, para o início do desconto das reprimendas, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator