

**HABEAS CORPUS Nº 540.287 - SP (2019/0312246-6)**

**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  
LUIZ ANTONIO FELIPE FRANCHITO - SP308521  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : WAGNER SILVA FARIA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de WAGNER SILVA FARIA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0011920-49.2018.8.26.0451.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, ao cumprimento de **2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto**, mais o pagamento de 6 (seis) dias-multa, no mínimo legal (fls. 14-31).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 32-39.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime mais gravoso do que o **quantum** da pena comportaria, em total desacordo com o enunciado das Súmulas nº 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte Superior.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja alterado o regime inicial para o **aberto** para resgate da reprimenda imposta ao paciente.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 54-55.

O Ministério Público Federal, às fls. 86-87, manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, em parecer assim ementado:

**"EMENTA: ROUBO NA MODALIDADE TENTADA. CONDENAÇÃO À PENA DE 2 ANOS E 8 MESES. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO CABÍVEL (ART. 33, § 2º, "C", CP). FIXAÇÃO DE REGIME MAIS SEVERO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. ILEGALIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ.**

*Parecer pelo conhecimento e concessão do habeas corpus" (fl. 86).*

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 da impetração, ressalvados 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**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *"dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade"* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte trecho do v. acórdão impugnado, quanto a fixação do regime **semiaberto**:

*"O regime prisional fixado foi o semiaberto. Não se cogita de abrandamento para o aberto, até porque, no caso, o regime adequado para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao apelante era, em verdade, o fechado, já que condenado por crime de roubo, infração penal repugnante que, por suas circunstâncias e consequências, desassossega a sociedade e causa traumas profundos em suas vítimas.*

*[...]*

*Contudo, dada a resignação ministerial, fica mantido o regime semiaberto. Importante consignar, a propósito, que não há qualquer ilegalidade na fixação do referido regime inicial, e nem ofensa às Súmulas 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, pois os fatos concretos (6 roubadores contra apenas 1 vítima) demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando, sobretudo para não se provocar afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade" (fls. 38-39).*

Contudo, segundo jurisprudência pacífica do excelso Supremo Tribunal Federal, *"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 n. 718/STF), e *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF).

Importante consignar ainda que, *"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).

Na **hipótese**, verifica-se que o regime inicial **semiaberto** foi determinado tão somente com base 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.

Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e

consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **aberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do **art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal**.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

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

*[...]*

*2. Os fundamentos genéricos utilizados pelo acórdão ora hostilizado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.*

*3. 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.*

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal imposta aos pacientes, salvo se, por outro motivo, estiverem descontando pena em regime mais severo" (HC n. 363.213/SP, Quinta turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 18/10/2016).*

*"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.*

*2. Ainda que a pena-base haja sido fixada no mínimo legal, o quantum de pena tenha sido definido em 2 anos e 8 meses de reclusão e o paciente seja primário, o regime inicial fixado foi o semiaberto, justificado, unicamente, pela gravidade*

*abstrata do delito e pelo desassossego gerado na sociedade pela prática do crime de roubo, elementos que não constituem fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso, consoante disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.*

*3. A ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.*

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena" (HC n. 343.440/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 16/2/2016).*

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício para fixar o regime inicial aberto** para o cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2019.

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

Relator