HABEAS CORPUS Nº 553.080 - SP (2019/0379704-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	GUILHERME MARTINS FONSECA
ADVOGADO	:	GUILHERME MARTINS FONSECA - SP406804
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	THIAGO LIMA DE ARAUJO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar impetrado em favor de THIAGO LIMA DE ARAUJO contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no julgamento da Apelação n. 0030039-02.2014.8.26.0224.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime **fechado**, mais pagamento de 13 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (fls. 16-20).

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. 21-27.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime mais gravoso, uma vez que ocorreu com base na gravidade abstrata do crime, e em total desacordo com o enunciado das Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte de Justiça.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime **intermediário** para início de cumprimento da pena imposta.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 31-32.

Informações prestadas às fls. 40, 50-59 e 60-61.

A defesa impetrou, ainda, **habeas corpus** perante o Supremo

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22D252B9-90D7-4CF9-A546-3FDEDEFF73B4

Tribunal Federal, que, sob a relatoria do e. Ministro MARCO AURÉLIO, através do Oficio juntado às fls. 78-83, comunicou a esta Corte Superior o **deferimento da liminar** para fixar o regime **semiaberto** ao paciente, até o julgamento do mérito da impetração.

O Ministério Público Federal, às fls. 86-90, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. REGIME MAIS GRAVOSO. RÉU PRIMÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CRIME NORMAL À ESPÉCIE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, MAS PELA CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO"* (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 asseverar 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 caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22D252B9-90D7-4CF9-A546-3FDEDEFF73B4

sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado quanto ao tema, **in verbis:**

"Por fim, tratando-se de crime de roubo qualificado, a opção pelo regime inicial fechado é mesmo a mais adequada, por isso deve ser mantida.

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.

Em suma, desta forma, as três finalidades da pena - neutralização do criminoso, desencorajamento dos potenciais delinquentes e restabelecimento do equilíbrio social - estarão atendidas" (fls. 26-27).

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

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22D252B9-90D7-4CF9-A546-3FDEDEFF73B4

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 **fechado** 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 réu primário, fixadas as pena-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 das reprimendas, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *"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*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22D252B9-90D7-4CF9-A546-3FDEDEFF73B4

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, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO, PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA, COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

V. Cuida-se, na presente hipótese, de réu primário, cuja pena definitiva restou fixada em 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 CP), e o regime inicial estabelecido com base na gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo. O mesmo acórdão registrara que, "neste caso concreto, apesar do uso de uma arma de fogo e concurso de pessoas, não se vislumbra relevância em tais circunstâncias".

VI. Se todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente, primário, sendo-lhe fixada a pena-base no mínimo legal, não há como manter o regime inicial fechado, invocando a gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, razão pela qual deve ser fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal. Incidência das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22D252B9-90D7-4CF9-A546-3FDEDEFF73B4

VII. Habeas corpus não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, §§ 2º, b, e 3º, CP)" (HC 274.655/SP, **Sexta Turma,** Relª. Minª. **Assusete Magalhães,** DJe de 3/2/2014, grifei).

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

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

P. e I.

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 22D252B9-90D7-4CF9-A546-3FDEDEFF73B4