

HABEAS CORPUS Nº 485.105 - SP (2018/0339320-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : LORIS JEAN HALLAL
ADVOGADO : LORÍS JEAN HALLAL - SP239151
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO APARECIDO DE SOUSA (PRESO)

DECISÃO

DIEGO APARECIDO DE SOUSA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0022137-06.2014.8.26.0577.

Consta dos autos que o acusado foi condenado, em primeira instância, à **pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado**, mais multa, juntamente com o **corrêu Erivelton Gonçalves de Oliveira**, pela prática de roubo majorado – art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 17-27).

O Tribunal estadual **negou provimento ao apelo defensivo** e manteve a sentença condenatória em todos os seus termos (fls. 28-37).

Neste *writ*, a impetrante aponta ilegalidade **na imposição do regime prisional fechado**, sob o argumento de haver sido estabelecido apenas com base na gravidade abstrata do delito.

Pleiteia, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem a fim de que seja **determinado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena**.

O pedido de **liminar foi indeferido** (fl. 57).

Dispensadas as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela **concessão da ordem** de ofício (fls. 60-61).

Decido.

I. Regime

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, insta enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de

cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, 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 total da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.

Na primeira instância, o Juiz justificou o regime fechado pelos seguintes motivos (fls. 24-25, grifei):

[...]

Passo, então, à dosimetria das penas.

No que tange a ambos os acusados, **observe que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal lhes são favoráveis**, sobretudo porque as certidões de fls. 12/13 e 25 do apenso próprio relevam condenações em grau de recurso, sem trânsito em julgado, de modo que não servem para comprovar os maus antecedentes dos réus. **Portanto, fixo a pena-base de cada qual no patamar mínimo, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.**

[...]

Nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, **em razão das penas ora aplicadas, além de se tratar de delito cometido mediante grave ameaça à pessoa**, os acusados não fazem jus aos substitutivos penais. Da mesma forma, não há que se falar em suspensão condicional da pena (artigo 77, *caput*, do Código Penal).

Pelos mesmos motivos, os condenados iniciarão o cumprimento da pena no regime fechado (artigo 33, § 2º, alínea “a”, e § 3º, do Código Penal). Como é cediço, a prática de roubo exige do Estado uma repressão e punição mais rigorosas. Delitos da espécie geram a intranquilidade de trabalhadores, famílias e da Sociedade como um todo, sendo que o regime prisional aplicado traduz o meio mais eficaz e corresponde a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade.

A Corte local assim consignou acerca do regime (fls. 35-36, destaquei):

[...]

Passemos à análise da dosimetria da pena.

Na primeira fase, atento aos ditames elencados no artigo 59 do Código Penal e, verificando-se que as certidões de fls. 12/13 e 25 do apenso próprio não indicam trânsito em julgado, não valendo assim para maus antecedentes e/ou reincidência (a teor da Súmula 444 do C. Superior Tribunal de Justiça), **a reprimenda permaneceu no mínimo legal.**

[...]

A fixação do regime de cumprimento da pena mais gravoso (fechado) é justificada pelo *quantum* de pena corporal, bem como pela utilização de grave ameaça com emprego de arma para a prática do delito, destacando o Magistrado que “a prática de roubo exige do Estado uma repressão e punição mais rigorosas. Delitos da espécie geram a intranquilidade de trabalhadores, famílias e da Sociedade como um todo, sendo que o regime prisional aplicado traduz o meio mais eficaz e corresponde a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade”. Assim, estando bem justificado, não ofende as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Pelo que se lê nos trechos em destaque, **neste caso, está presente a apontada violação, pois o réu é primário, menor de 21 anos, e a pena-base foi fixada no mínimo legal** (fls. 24 e 35).

A justificativa deu-se, unicamente, devido à genérica periculosidade e à gravidade abstrata do delito, o que **não constitui fundamento idôneo para a imposição de regime inicial mais gravoso,**

consoante disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal.

Caracterizada está, pois, a violação do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, conforme dispõem as Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF, respectivamente:

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.

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 sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte de Justiça:

[...]

3. O réu, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 4 anos de reclusão, deve cumprir a pena no regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

4. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena. (HC n. 336.754/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 25/11/2015, destaquei)

[...]

3. A pena-base fixada na espécie corresponde ao mínimo legal, porquanto primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva igual a 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, a teor dos arts. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, c/c 59, ambos do Código Penal, impõe-se a aplicação do regime aberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto. (HC n. 330.169/SP, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 21/10/2015, grifei)

Dessa forma, o **réu primário**, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a **5 anos e 6 meses de reclusão**, deve iniciar o cumprimento da pena em regime **semiaberto**, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

II. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem**, a fim **estabelecer o regime semiaberto** para o início do cumprimento da pena do réu **Diego Aparecido de Sousa**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**