

HABEAS CORPUS Nº 483.921 - SP (2018/0333231-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : TANIA UNGEFEHR
ADVOGADO : TANIA UNGEFEHR - SP388585
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIS SOARES VIEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 288, *CAPUT*, 171, *CAPUT*, E 333, *CAPUT*, C.C. O ART. 69, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CABIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de DENIS SOARES VIEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação n.º 0019829-84.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa, como incurso nos arts. 288, *caput*, 171, *caput*, e 333, *caput*, c.c. o art. 69, *caput*, todos do Código Penal.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a Corte de origem negou provimento (fls. 20-25).

Neste *writ*, a Impetrante sustenta que não houve fundamentação idônea para a fixação do regime inicial semiaberto, bem como para a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Requer, em liminar, que o Paciente aguarde o julgamento do *habeas corpus* em liberdade ou, subsidiariamente, em regime aberto. No mérito, pleiteia pela fixação do regime aberto e pela substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos.

O pedido liminar foi deferido às fls. 106-108.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 114-122.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 125-132, opinando pela

concessão da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório. Decido.

O Juízo sentenciante, na dosimetria da pena, adotou a fundamentação a seguir transcrita (fl. 76; sem grifos no original):

*"Nesse mister, bem sopesados os elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, **cumpre reconhecer que os réus Denis e Antonio Carlos são primários e sem antecedentes, merecedores das penas-bases, dos três crimes, fixadas no mínimo legal.** Não restou demonstrada, quanto ao réu Antonio Carlos, a atenuante da confissão, pois ele, como acima consignado, mentiu sobre toda a dinâmica dos fatos, sendo sabido que aquela atenuante somente se caracteriza quando a admissão de culpa é completa. Assim, e diante do concurso material de delitos, fixo aos réus Denis e Antonio Carlos a pena definitiva de 4 anos de reclusão e 20 dias-multa. **A forma como o crime foi praticado, o vínculo associativo dos réus e a audácia por eles demonstrada não recomendam a substituição da reprimenda por restritiva de direitos e justificam a adoção do regime semiaberto para início de cumprimento da pena.**"*

Por sua vez, o acórdão impugnado manteve o regime inicial semiaberto, bem como a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos nos seguintes termos (fl. 25):

"Para os apelantes Antonio e Denis, fixou-se regime semiaberto para início de cumprimento de pena, o que será mantido, havendo ampla fundamentação do Juízo neste sentido (fls.608).

Inviável ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a medida não é socialmente recomendável, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal."

Para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

No caso dos autos, tratando-se de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, **Réu primário**, com as **penas-bases estabelecidas no mínimo legal**, tendo sido condenado à pena total de 4 (quatro) anos de reclusão, conclui-se que o regime prisional legalmente adequado é o inicial aberto.

Confirmam-se, a propósito, os enunciados n.ºs 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, 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."

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

"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."

Assim, mostra-se cabível a fixação do regime inicial **aberto**, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal.

Verifica-se, ainda, que as razões utilizadas pelo Tribunal de origem para indeferir o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos não possuem fundamentação adequada.

Na hipótese, vê-se que o Juízo sentenciante considerou favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, fixando a pena-base no mínimo legal, e reconheceu a primariedade do Paciente. Porém, negou a substituição da pena privativa de liberdade sem fundamentação idônea, apenas fazendo referência à "*forma como o crime foi praticado, o vínculo associativo dos réus e a audácia por eles demonstrada*", de forma genérica.

Desse modo, mostra-se socialmente recomendável a substituição de pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, sendo ilegal a negativa da substituição.

A propósito:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL VALORADA NEGATIVAMENTE COM BASE EM CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR CONDUTA DELITUOSA COMETIDA POSTERIORMENTE AOS FATOS APURADOS NO PRESENTE PROCESSO. DESCABIMENTO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO

DAS PENAS. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. *Fixada a pena-base no mínimo legal, ao réu primário, plenamente cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, I, II e III, do Código Penal.*

4. *Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 4 meses de detenção, e 6 dias-multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções."* (HC 337.965/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 16/09/2016.)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CONTRAVENÇÃO PENAL. EXPLORAÇÃO DE JOGOS DE AZAR. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 444/STJ. REGIME PRISIONAL ABERTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL AFASTADA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. *De acordo com a Súmula 440/STJ, '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'. De igual modo, as Súmulas 718 e 719 do STF prelecionam, respectivamente, 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' e 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'.*

5. *Estabelecida a pena-base no mínimo legal, por ter sido afastada a circunstância judicial desfavoravelmente valorada pelas instâncias ordinárias, deve ser fixado o regime prisional aberto, conforme indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 2º, 'c', do CP.*

6. *O art. 44, I, do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se 'aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo'.*

7. *Tratando-se de ré primária, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, deve ser reconhecida a inidoneidade dos fundamentos declinados pelas instâncias ordinárias, restando evidente a viabilidade da concessão da benesse prevista no art. 44 do Código Penal.*

8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta à paciente para 3 meses e 15 dias de reclusão, mais 11 dias-multa, e estabelecer o regime prisional aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções." (HC 394.217/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 20/03/2018.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para fixar o **regime aberto** como regime inicial para o cumprimento de pena e **conceder a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos**, que deverão ser escolhidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora