HABEAS CORPUS Nº 487.676 - SP (2018/0347775-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LUCAS MATHEUS MOLINA - SP329364
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JAMES HENRIQUE BARBOSA DE SOUZA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JAMES HENRIQUE BARBOSA DE SOUZA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 9 (nove) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (e-STJ fls. 9/23, tendo em vista que (e-STJ fl. 9):

> [...] *no dia 19 de abril de 2018, por volta das 10 hs e 40 min, na Rua Doutor José Foz, nº 1.108, Centro, nesta cidade e comarca, o denunciado tentou subtrair para si, mediante emprego de grave ameaça exercida com arma branca, contra a vítima C.L.V., coisas alheias móveis, consistentes em 01 (um) relógio dourado Seiko; 02 (dois) anéis de ouro; 02 (duas) correntes de ouro; 01 (uma) corrente de ouro com pingente; 08 (oito) pares de brincos de ouro e 01 (um) celular iPhone Apple, pertencentes à vítima referida, somente não se consumando o delito por circunstâncias alheias à vontade do agente.*

Interposta apelação, os desembargadores da Terceira Câmara Criminal deram parcial provimento ao recurso defensivo para afastar a majorante do emprego de arma branca e readequar a pena definitiva para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, além de 7 (sete) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença recorrida (e-STJ fls. 24/35).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 25):

> *APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO SIMPLES TENTADO – Materialidade e autoria demonstrados – Prova contundente e fundada nos depoimentos acostados nos autos – Condenação mantida – Emprego de arma branca – Novatio legis in mellius – Tentativa reconhecida em benefício do acusado – Regime inicial fechado –*

Circunstâncias do caso concreto – Envolvimento criminais pretéritos do acusado – Detração – Ausência dos requisitos legais – Recurso parcialmente provido.

No Superior Tribunal de Justiça, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente da manutenção do regime mais gravoso para início de cumprimento da sanção e do não reconhecimento do instituto da detração.

Sustenta que, apesar de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao paciente, tanto que a reprimenda básica foi fixada no seu patamar mínimo legal, e a pena definitiva ter sido inferior a quatro anos de reclusão, o regime fechado foi estabelecido com fundamento, apenas, na reincidência do réu.

Ressalta que, no caso, é cabível, ao menos, o regime inicialmente semiaberto ao acusado reincidente com pena não superior a quatro anos de reclusão, consoante o disposto na Súmula n. 269 do STJ.

Afirma que a gravidade abstrata do delito não constitui fundamento idôneo para fins de estabelecimento de regime inicial mais severo e invoca os enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, atenta que não foi considerado, no cálculo dosimétrico, o período em que o réu permaneceu preso preventivamente, com a aplicação do previsto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, requer, liminarmente, a cassação do acórdão estadual a fim de que seja redimensionado o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto. No mérito, postula a confirmação da liminar (e-STJ fls. 3/8).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 45/74), os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 78/79).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, primeiramente, o abrandamento do regime prisional para o intermediário sob o argumento de que, apesar da condição de reincidente, sua pena-base foi fixada no patamar mínimo legal e a reprimenda final estabelecida em

montante inferior a quatro anos de reclusão.

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Na hipótese, o Tribunal de Justiça assim se manifestou (e-STJ fls. 31/33):

> *O regime é o inicial fechado.*
>
> *Ocorre que, em que pese a letra fria da lei e as circunstâncias favoráveis do art. 59 do Código Penal, em crimes que revelam ataque direto ao fundamento da dignidade da pessoa humana, havendo assim, gravidade concreta, o regime deve ser o fechado.*
>
> *No caso concreto, o acusado jogou uma faca sobre a mesa, e ameaçou uma mulher cuja vulnerabilidade decorre da lei, dentro da residência dela, para que ficasse quieta, fugindo em seguida com os bens, o que demonstra que as circunstâncias da hipótese em exame são mais perniciosas.*
>
> *Ademais, possui o acusado diversa condenação em seu desfavor (fls. 153/154), o que denota que o regime mais gravoso é o único suficiente* [...]
>
> *Importante mencionar, também, que a fixação do regime pode "trazer" circunstância sequer mencionada, especialmente, na pena-base* [...]

Verifica-se que o Tribunal de origem destacou a gravidade concreta do crime praticado e a reincidência do paciente a fim de amparar a manutenção do regime fechado para o início de cumprimento da pena.

Sob tal prisma, diante do *quantum* da reprimenda definitivamente aplicada (3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão), caberia a imposição do regime inicial aberto. No entanto, na espécie, fica estabelecido o regime intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal e do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, tendo em vista que, apesar de serem favoráveis ao acusado circunstâncias judiciais, ele ostenta a condição de reincidente.

No mesmo sentido:

> *HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA APLICADA IGUAL A 04 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.*
>
> [...]
>
> *3.* ***Estabelecida a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis as circunstâncias judiciais, a condição de reincidente não impede a fixação de regime prisional intermediário, nos termos da Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça.*** *Precedentes.*
>
> *4. Ordem de habeas corpus concedida para compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência e, consequentemente, reduzir a reprimenda para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, alterando, ainda, o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto* (HC 457.254/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 26/10/2018, grifei).

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO SIMPLES. COMPENSAÇÃO. CONFISSÃO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA N. 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA COMPENSAR A REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA E FIXAR O REGIME SEMIABERTO.*
>
> [...]
>
> *3.* ***Cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do Enunciado n. 269 da Súmula desta Corte: É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.***
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e fixar o regime inicial semiaberto* (HC 448.820/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 20/06/2018, grifei).

Já em relação ao período em que permaneceu preso preventivamente, o Tribunal *a quo* entendeu que (e-STJ fls. 33/35):

> *Por fim, inaplicável o instituto da detração penal.*
>
> *Primeiro, por que o pressuposto de validade processual repousa perante o Juízo das Execuções* [...]

> *Em segundo plano, mesmo que assim não o fosse, não houve a possibilidade de contraditório, ferindo de morte o devido processo legal em sua acepção material.*
>
> *Sob outra vértice, impossível a aferição do mérito carcerário, requisito subjetivo para a aplicação da benesse.*

Com efeito, a Lei n. 12.736/2012 determina que o juiz, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Nesse sentido, cumpre frisar que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, em consideração ao tempo de prisão cautelar do acusado.

Todavia, as alterações trazidas pela lei supramencionada não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que não o tiver feito o magistrado sentenciante.

Outrossim, em pesquisa ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, constata-se que a sentença já transitou em julgado, devendo, portanto, o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de detração penal tal como aqui requerido pela defesa.

Ante o exposto, **concedo a ordem de *habeas corpus* a fim de alterar o regime prisional para o semiaberto e determinar ao Juízo da Vara de Execuções Penais que avalie a possibilidade de detração penal do período em que o paciente permaneceu preso provisoriamente**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 20 de fevereiro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator