HABEAS CORPUS Nº 481.362 - SP (2018/0318202-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - SP311425
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCELO LUZ FERREIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de MARCELO LUZ FERREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 4 anos de reclusão, em regime aberto, pela prática de roubo simples (art. 157, *caput*, do Código Penal).

Em apelação do Ministério Público, o Tribunal de origem fixou o regime fechado, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do acórdão de fls. 28/31.

A impetrante requer, em liminar e no mérito, a fixação do regime aberto ou, subsidiariamente, do regime semiaberto, sob o argumento de que o paciente preenche todos os requisitos legais.

Indeferido o pedido liminar às fls. 36/38, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, nos termos do parecer de fls. 45/48, para que seja fixado o regime intermediário para o início do cumprimento da pena.

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, como no caso dos autos, ressalvando-se, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a controvérsia diz respeito ao regime prisional do paciente, condenado à pena de 4 anos de reclusão, inicialmente no regime fechado.

Quanto ao tema, dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP:

> *§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*
>
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
>
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
>
> ***c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.***
>
> ***§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.***

No caso dos autos, embora a pena não tenha ultrapassado 4 anos, as circunstâncias judiciais desfavoráveis apontadas pelo Tribunal de Justiça justificam o regime semiaberto.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO MANTIDO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DA BÁSICA A TÍTULO DE CULPABILIDADE. REDUÇÃO DA REPRIMENDA INFERIOR A 1/6 PELA INCIDÊNCIA DE ATENUANTE DESFUNDAMENTADA. PENA REVISTA. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO E PENA DEFINIDA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
>
> *2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.*
>
> *Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da*

pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Por certo, a consciência da ilicitude do conduta, bem como o fato do paciente ter perpetrado os atos executórios pessoalmente, a toda evidência, não justificam o incremento da básica a título de culpabilidade.

4. As circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza acidental que envolvem o delito.

In casu, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo simples, pois o paciente, conduzindo motocicleta, empregou arma de fogo para intimidar 3 mulheres, tendo o Magistrado processante deixado de reconhecer a incidência da causa de aumento do art. 157, § 2º, I, do CP, considerando o fato de a arma de fogo não ter sido apreendida, ainda que a prova testemunhal seja uníssona no sentido do emprego de tal artefato. Nesse contexto, descabe falar em carência de motivação idônea para o incremento da pena-base pelas circunstâncias do crime.

5. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que não restou declinada no caso em apreço.

6. Deve ser reconhecida a carência de fundamentação idônea para a fixação do regime fechado para o desconto inicial da reprimenda. Tal conclusão decorre do fato de a pena ter sido redefinida em 4 anos de reclusão, bem como por ser o réu primário, tendo, contudo, sido reconhecida a presença de circunstância judicial desabonadora, o denota a proporcionalidade do regime prisional semiaberto.

7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 4 anos de reclusão, bem como estabelecer o regime semiaberto para o desconto inicial da sanção imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando reprimenda em regime mais severo (HC 473.769/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 03/12/2018).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator