HABEAS CORPUS Nº 485.484 - SP (2018/0340967-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	BRUNO RODRIGUES ALVES
ADVOGADO	:	BRUNO RODRIGUES ALVES - SP0350693
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RAFAEL FELIX DOS SANTOS

DECISÃO

RAFAEL FELIX DOS SANTOS alega estar sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0006812-88.2016.8.26.0037.

Depreende-se dos autos que o réu foi condenado, em primeira instância, à pena de **3 anos e 8 meses de reclusão, no regime semiaberto**, pela prática de tentativa de roubo majorado – art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (fls. 13-27).

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e manteve a condenação em todos os seus termos (fls. 28-42).

Neste *writ*, a impetrante aponta a ausência de fundamentação concreta para a **imposição do regime prisional semiaberto ao acusado**.

Alega que as circunstâncias judiciais foram favoráveis ao paciente e que a sanção imposta não ultrapassou 4 anos de reclusão.

Pleiteia, liminarmente, que possa aguardar o denunciado em liberdade até o final julgamento deste *mandamus*, e, **no mérito,** a concessão da ordem, a fim de **estabelecer o regime inicial aberto**.

O pedido de **liminar foi indeferido** (fl. 55-56).

Prestadas as informações (fls. 59-64 e 66-98), veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pelo **não conhecimento** do habeas corpus (fls. 102-105).

Decido.

I. Regime

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, cumpre 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 *quantum* 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 reprimenda.

O Juízo de primeira instância fixou o regime inicial semiaberto (fl. 25).

A Corte estadual, ao manter integralmente a sentença condenatória, assentou (fl. 41-42, destaquei):

> [...]
> **Quanto ao regime, finalmente, mostra-se adequada a fixação do intermediário, diversamente do que postula a defesa do acusado.**
> **Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.**
> E já se sabe, presentemente, malgrado a edição da Súmula n° 719, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que pode perfeitamente e ainda regime mais gravoso ser o adotado, quando seja ele devidamente justificado, exatamente como na espécie.
> **Quem, agindo em comparsaria e empunhando arma de fogo, tenta roubar estabelecimento comercial, surpreendendo funcionários que encerravam o expediente, colabora, por sem dúvidas, para espalhar**

> **o repugnante clima de terror e pânico em que se vive nas grandes e médias cidades, não tendo o mínimo apego à dignidade e respeito pelo ser humano.**
> **Merece tratamento severo, eficaz, responsável e compatível ao ato de violência, jamais, dessarte, tratamento benevolente, sob pena de se incrementar, mais ainda, esta nefasta onda de violência que assola nossa terra e assusta todos nós,** sabido que o regime aberto resulta praticamente em liberdade, significando convite a novos crimes àqueles que desrespeitam a vida humana, como aqui.
> **Acresça-se, ainda, que o acusado ostenta em seu desfavor condenação definitiva anterior (f. 65), fato que, só por si, obsta a concessão de regime mais brando para o início do cumprimento da corporal (art. 33, § 3º, do Código Penal).**

Diante da fundamentação oferecida pelas instâncias antecedentes, **não verifico a apontada ilegalidade** na fixação do regime inicial semiaberto, **quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, as circunstâncias nas quais o delito foi praticado, com emprego de arma de fogo e concurso de três agentes em uma lanchonete** –, ainda que o *quantum* da pena seja inferior a 4 anos (art. 33, § 3º, do CP).

Nessa perspectiva:

> [...]
> 2. "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" (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.
> 3. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, qual seja, o *modus operandi* da conduta do paciente, que na companhia de outro comparsa menor quebrou o vidro lateral do veículo para subtrair os bens da vítima.
> 4. Habeas corpus não conhecido. (**HC n. 357.565/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 29/6/2016)

> [...]
> 5. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "a elevação da pena-base encontra-se devidamente justificada, a exemplo das consequências do delito, haja vista o elevado prejuízo causado à vítima, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada no acórdão, proporcional às circunstâncias concretas do caso" (HC n. 342.327/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 8/6/2016).
> 6. Há ilegalidade quando não é apontado nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidencie real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.
> 7. Diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis - no caso, as consequências e os antecedentes -, é cabível a fixação do regime fechado, aos condenados não reincidentes, para o início do cumprimento da pena superior a 4 anos e que não exceda a 8 anos, em conformidade com o § 3º do art. 33 do Código Penal.
> 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas dos pacientes. (**HC n. 370.412/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 21/10/2016)

Em que pese a insurgência ora deduzida, noto que a fundamentação apresentada **demonstra, iniludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito, o que justifica, de maneira idônea, a fixação do regime semiaberto.**

II. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **denego a ordem.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**