**HABEAS CORPUS Nº 503.691 - SP (2019/0102323-0)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ** |
| IMPETRANTE | : | GILBERTO ANDRIGUETTO JUNIOR |
| ADVOGADO | : | GILBERTO ANDRIGUETTO JUNIOR - SP265546 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | CAIO RAMOS PINTO (PRESO) |

## DECISÃO

**CAIO RAMOS PINTO** alega sofrer coação ilegal no seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0004689-68.2010.8.26.0477.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 14, II, do Código Penal, uma vez que tentou subtrair corrente de ouro, em concurso de agentes, "mediante violência e grave ameaça exercida pela simulação do emprego de arma de fogo" (fl. 50). O processo criminal foi trancado por inépcia da denúncia e ausência de justa causa (fls. 47-49). Em recurso em sentido estrito, a Corte local deu provimento ao pleito ministerial para receber a inicial acusatória (fls. 83-87).

Após a instrução, o réu foi condenado, em primeira instância, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 14, II, do mesmo diploma legal (tentativa de furto qualificado pelo concurso de pessoas). O Tribunal *a quo* reformou a sentença a fim de alterar a tipificação do delito para o descrito no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos do CP (**tentativa de roubo majorado pelo concurso de agentes**), bem como a reprimenda, para **2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado**. Esgotadas as instâncias ordinárias, **ele foi preso em 27/3/2019**.

Neste *writ*, o impetrante sustenta que deve ser assegurado ao réu o direito de aguardar o julgamento deste habeas corpus em liberdade, porquanto, além de ser primário, ter residência fixa e ocupação lícita, os fatos ocorreram em 2010 e, desde então, não se envolveu em outro crime.

Aduz: "o paciente pode e deve aguardar o julgamento deste remédio heróico sem se manter na prisão pelo fato de estarem (como sempre estiveram) ausentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva" (fl. 13) e

colaciona precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre a inidoneidade do decreto cautelar baseado na gravidade abstrata do delito.

Aponta violação das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que o regime mais severo foi fixado sem motivação idônea. Para a defesa, ao considerar o *quantum* da pena imposta, o sentenciado faz jus ao seu cumprimento em regime inicial aberto ou semiaberto e à substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Requer, em liminar, a concessão do direito de aguardar o julgamento do mérito deste *mandamus* em liberdade. No mérito, pugna pelo abrandamento do regime inicial e a substituição da reprimenda por restritiva de direitos.

**O pedido liminar comporta acolhimento em menor extensão.**

Preliminarmente, verifico que a prisão do paciente não tem natureza cautelar, mas trata-se, na verdade, de **execução provisória da pena,** haja vista o **exaurimento das instâncias ordinárias**.

Com efeito, essa matéria foi objeto de novo exame pela Corte Suprema, em 5/10/2016, **nas Ações Diretas de Constitucionalidade n. 43 e 44**, ocasião em que o Plenário, ao indeferir a tutela cautelar, **conferiu interpretação conforme ao art. 283 do Código de Processo Penal** ("Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva") para assentar que **o início da execução da pena após prolação de acórdão condenatório encontra guarida no texto constitucional.**

Tal entendimento foi reafirmado no julgamento, em 10/11/2016, do **ARE n. 964.246/SP, examinado sob a sistemática da repercussão geral**, instituto inserido no contexto da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, dado que a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, consoante disposto nos arts. 1.039, *caput* e parágrafo único, e 1.040, I, II e II, ambos do Código de Processo Civil, **de maneira a conferir eficácia *erga omnes* e vinculante à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em recurso extraordinário**.

Assim, a execução da pena, no caso, é efeito decorrente do

acórdão condenatório e, por isso, não exige fundamentação específica no dispositivo do *decisum*, uma vez que encontra alicerce nos próprios argumentos que fundamentaram a condenação em segunda instância, no exaurimento do princípio da não culpabilidade e, também, na ausência de atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário (*lato sensu*).

Acerca do **regime inicial fixado**, o Tribunal local fundamentou-o da seguinte maneira (fl. 22, destaquei):

> Destarte, mantidos os critérios dosimétricos adotados pelo emérito sentenciante, fixam-se as basais no mínimo. Na última etapa os escarmentos ficam acrescidos de 1/3 (um terço) diante da incidência da majorante do concurso de agentes e, em sequência, são reduzidos na metade em virtude do *conatus*: castigo final estabelecido em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais pecuniária de 6 (seis) dias-multa, dosada no mínimo a unidade de cálculo. **Estipula-se o regime o fechado** para desconto da privativa de liberdade, eis que avulta como **o único consonante com a finalidade de prevenção e repressão a temidos autores de assalto praticado em comparsaria.** Com efeito não bastasse a **substancial intranquilidade gerada no meio social pelo delito de roubo, o conluio entre os agentes "deve ensejar uma resposta estatal mais contundente,** visando reprimir a formação de núcleos voltados à prática de atividades delitivas, aptos a oferecer maior lesividade aos pilares do convívio pacifico do que a ação individual", consoante entendimento sufragado por esta Colenda Câmara nas Apelações Criminais n°s: [...]

Assim, observo que **o regime mais gravoso foi estipulado com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do delito**. Ademais, a pena-base foi cominada no mínimo legal e não foi reconhecida a reincidência, que também autorizaria o recrudescimento do regime.

Este Superior Tribunal possui o entendimento de que "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" (Súmula 440 do STJ). A Súmula 718 do STF também estabelece 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".

Portanto, uma vez que o paciente foi condenado a reprimenda

inferior a 4 anos de reclusão e teve todas as circunstâncias judiciais consideradas como favoráveis (tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal), **entendo evidenciada a plausibilidade jurídica do direito tido como violado**. Desse modo, ao menos neste juízo de cognição sumária, julgo como adequado que o cumprimento da pena seja iniciado no **regime aberto**, nos termos do art. 33, § 2º, "c" e § 3º, do Código Penal.

À vista do exposto, **defiro a liminar** para assegurar ao paciente que aguarde em **regime aberto** o julgamento final deste habeas corpus.

Comunique-se, com urgência, o inteiro teor dessa decisão à autoridade apontada como coatora e ao Juízo de primeiro grau, solicitando-se-lhes informações a serem enviadas via malote digital.

Após, encaminhe-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 10 de abril de 2019.

MINISTRO **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**