HABEAS CORPUS Nº 477.669 - SP (2018/0293991-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	ALVARO AUGUSTO ROCHA DE CARVALHO
ADVOGADO	:	ÁLVARO AUGUSTO ROCHA DE CARVALHO - SP141948
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FAGNER DA CRUZ SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FAGNER DA CRUZ SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio do qual foi improvido o apelo criminal (fls. 125-137).

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, em regime fechado, e de 15 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, II, na forma do art. 70, primeira parte, ambos do Código Penal.

O apelo do paciente foi improvido pelo Tribunal local.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante sustenta, em síntese, que *foi negada vigência ao artigo 33, bem como ao artigo 59, ambos do Código Penal, visto que o E. Tribunal, consagrou o regime com base na gravidade do delito, em dissonância com a pena-base aplicada, fixando regime mais gravoso que o permitido* (fl. 4).

Requer a fixação do regime inicial semiaberto.

A liminar foi indeferida (fl. 143).

As informações foram prestadas (fls. 147-162).

O Ministério Público Federal apresentou parecer pela concessão da ordem (fl. 165/166).

É o relatório.

DECIDO.

Insurge-se a defesa contra a fixação de regime mais gravoso, buscando a fixação do regime inicial semiaberto.

A sentença condenatória possui os seguintes fundamentos quanto à fixação do regime inicial (fls. 101-102):

> [...] FAGNER DA CRUZ SANTOS: Nos termos do artigo 59 do Código Penal, observo que a culpabilidade, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime são próprios do tipo, não havendo que se falar que a vítima contribui para sua ocorrência. O acusado não possui maus antecedentes, razão pela qual fixo a pena base em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa. Concorre a atenuante da confissão espontânea. Contudo, deixo de atenuar a pena, em atenção ao disposto na Súmula 231 do STJ. Não concorrem agravantes. Não existem causas de diminuição de pena.

> Concorrendo a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, II do Código Penal, aumento a pena em 1/3, passando a dosá-la em 05 anos e 04 meses de reclusão c 13 dias multa, de valor unitário mínimo. Ainda, concorrendo a causa de aumento prevista no art. 70, primeira parte do Código Penal, aumento a pena em 1/5, passando a dosá-la em 06 anos, 04 meses e 24 dias de
> reclusão e 15 dias-multa, de valor unitário mínimo, a qual torno definitiva.
> **Analisando as diretrizes dos arts. 59 e 33 do Código Penal, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, por ser o regime que se mostra compatível com o crime perpetrado, mormente em razão do concurso de agentes com simulação de emprego de arma, contra três vítimas, potencializando a grave ameaça, impondo-se, via de consequência, ao seu agente um tratamento mais severo**.

O acórdão manteve o regime inicial de cumprimento fixado na sentença condenatória, assim consignando (fl. 136):

> Quanto ao regime inicial de cumprimento das penas pelos crimes de roubo, **mantém-se o fechado, por tratar-se de ilícitos penais graves, que toda vez que são perpetrados fomentam ainda mais a crescente intranquilidade social. Outrossim, a periculosidade concreta dos apelantes, em perpetrar graves crimes, no interior de estabelecimento comercial, em plena luz do dia, quando subjugaram três ofendidos**, reclama punição mais severa e efetiva, não se olvidando, ainda, da reincidência de Danilo e de Willian e do quantum da pena de Willian.

Como se vê, as instâncias de origem se valeram da gravidade abstrata do delito e de elementos comuns ao tipo penal para fixar regime inicial mais gravoso, *in verbis*: *fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, por ser o regime que se mostra compatível com o crime perpetrado, mormente em razão do concurso de agentes com simulação de emprego de arma, contra três vítimas, potencializando a grave ameaça* (fl. 102).

Acrescentam, ainda, que se tratam de *ilícitos penais graves, que toda vez que são perpetrados fomentam ainda mais a crescente intranquilidade social. Outrossim, a periculosidade concreta dos apelantes, em perpetrar graves crimes, no interior de estabelecimento comercial, em plena luz do dia, quando subjugaram três ofendidos* (fl. 136).

Esses fundamentos não constituem motivação válida para fins de elevação da pena-base – tendo em vista que não configuram circunstâncias que exorbitam às comuns à espécie do delito praticado – também não têm o condão de obstar a fixação do regime menos gravoso. Isso porque a mera menção a majorantes do tipo penal ou ao fato de o crime ter sido cometido em via pública e mediante violência ou grave ameaça, não são suficientes, por si sós, a configurar uma situação que ultrapasse as elementares do delito, na medida em

que não traduzem uma reprovabilidade superior àquela prevista pelo legislador no tipo penal.

Cumpre esclarecer que o uso de simulacro de arma de fogo, com ainda menos propriedade, poderá servir de fundamento para o agravamento do regime.

Nesse contexto, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso sem fundamento idôneo, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

> 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.
> Súmula 718/STF: 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.
> Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Por fim, tratando-se de réu primário, com sanção definitiva superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, tendo sido fixada a pena-base no mínimo legal, cabível o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do CP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para fixar o regime inicial semiaberto.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator