HABEAS CORPUS Nº 503.685 - SP (2019/0102310-3)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FERNANDA CORRÊA DA COSTA BENJAMIM - SP265935 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EWERTON GAMA DE OLIVEIRA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EWERTON GAMA DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0010726-87.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento.

Daí o presente *mandamus*, no qual a Impetrante sustenta, em síntese, que o Paciente faz jus a iniciar o cumprimento de sua reprimenda privativa de liberdade em regime aberto, "*considerando-se a natureza do delito, que não se revestiu de violência ou grave ameaça à pessoa, bem como o montante da pena aplicada*" (fl. 4).

Defende ser "*plenamente possível a fixação do regime inicial aberto a réu condenado a pena de curta duração, a despeito de sua reincidência, pois esta já operou efeitos, impedindo a substituição por restritivas de direitos ou multa, mostrando-se demasiado tomar a reincidência, igualmente, para impedir o estabelecimento da modalidade aberta*" (fl. 6).

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto.

É o relatório inicial.

Passo a apreciar o pedido de provimento urgente.

O Magistrado de origem fixou o regime prisional inicial fechado, sob o seguinte fundamento (fl. 21):

> "[...] *O réu registra duas condenações anteriores pela prática de crimes contra o patrimônio. As condenações são recentes. A notícia de novo envolvimento criminal em data recente justifica a imposição de*

> *regime prisional mais severo em atenção à finalidade preventivo/retributiva da sanção penal. Fixo o regime inicial fechado.* [...]"

O Tribunal *a quo* ratificou o entendimento supra, *in verbis* (fl. 49):

> "*No que tange ao regime prisional, tratando- se de réu reincidente ESPECÍFICO (o acusado possui 02 condenações anteriores pela prática de crimes contra o patrimônio uma delas por receptação fls. 276/277), o regime inicial fechado, de fato, afigura-se mais adequado ao início de cumprimento da reprimenda, nos termos do artigo 33, §2º do Código Penal.*"

O estabelecimento de regime mais gravoso deve ser feito com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal ou de outro elemento que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. Nesse sentido, são os enunciados das Súmulas n.ºs 440/STJ e 718 e 719/STF, que assim dispõem, respectivamente:

> "*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.*"
>
> "*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.*"
>
> "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*"

O art. 33, § 2.º, alínea *c*, do Código Penal dispõe que "***o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos****, poderá, desde o início, cumpri-la em* ***regime aberto***".

No caso, não obstante ser o Réu duplamente reincidente, uma delas específica, nenhuma vetorial do art. 59 do Código Penal foi valorada negativamente na fixação da pena-base, pois, na sentença, fixou-se a pena-base no mínimo legal. Assim, incide, na espécie, o disposto no enunciado n.º 269 da Súmula desta Corte, *in verbis*:

> "*É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*"

Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

"[...]

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e n. 718 e 719 da Súmula do STF. No caso dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis, com a pena-base no mínimo legal, foi estabelecido o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos, em razão da multirreincidência do paciente e pelo fato de que encontrava-se em livramento condicional quando praticou o furto qualificado. Todavia, apesar da fundamentação concreta apresentada pela Corte estadual, a qual justifica a fixação de regime mais gravoso, em razão do quantum *de pena fixado, qual seja 2 anos e 4 meses de reclusão, o regime prisional a ser fixado deve ser o semiaberto, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º do CP*.

Ademais, ***sendo as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis e reincidente o réu, é admissível a fixação do regime intermediário, em observância ao disposto no Enunciado n. 269 da Súmula desta Corte****, que assim dispõe: É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena do paciente."* (HC 453.092/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe de 09/10/2018; sem grifos no original.)

Nesse contexto, DEFIRO o pedido liminar, em menor extensão, para assegurar ao Paciente o cumprimento da pena imposta no **regime inicial semiaberto** até o julgamento definitivo deste *writ*.

Oficie-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado São Paulo e ao Juízo de origem, comunicando-lhes o inteiro teor da presente decisão para adoção das providências cabíveis.

Devidamente instruídos os autos, dispenso o pedido de informações.

Remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora