HABEAS CORPUS Nº 498.633 - SP (2019/0073219-8)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	OTAVIO GOMES DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE DO PACIENTE. PENA DEFINITIVA DE 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de OTAVIO GOMES DE OLIVEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação n.º 0016584-65.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, em 27/02/2018, e condenado por infração ao art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime fechado, mais 10 (dez) dias-multa, pois subtraiu, simulando porte de arma de fogo, o telefone celular da vítima. Foi-lhe vedado o apelo em liberdade.

Contra a sentença condenatória, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento (fls. 19-25).

Sustenta a Impetrante, em suma, que o Paciente faz jus a regime prisional aberto. Salienta que a pena-base foi fixada no mínimo legal e destaca a primariedade do réu.

Argumenta que, ao deixar de apresentar justificativa idônea para a imposição do regime inicial fechado, somente se referindo à gravidade abstrata do delito, a sentença condenatória violou o enunciado das Súmulas n.ºs 440/STJ e 719/STF.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena.

O pedido liminar foi deferido às fls. 30-33.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 37-64 e 65-76, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 79-84, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício.

É o relatório.

Decido.

O Juízo singular fixou a pena-base no mínimo legal, não aplicou atenuantes ou agravantes e, ao estabelecer o regime prisional, consignou o que segue (fls. 16-17):

> *"Vez que condenado por delito grave e violento, o acusado não faz jus a qualquer benefício.*
>
> *Com base no art. 33, §3º, do Código Penal, determino que o réu deverá iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado, pela gravidade de sua conduta, não merecendo o roubador qualquer tratamento indulgente."*

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve o regime fechado, sob os seguintes fundamentos (fl. 24):

> *"A fixação de regime inicial mais rigoroso decorre da gravidade concreta do delito praticado, com violência e grave ameaça, demonstrando maior ousadia e periculosidade dos acusados, além de gerar grave insegurança na sociedade como um todo.*
>
> *Note-se que não há que se falar em ofensa às Súmulas 718 e 719, ambas do C. Supremo Tribunal Federal, nem tampouco à Sumula nº 440 do C. Superior Tribunal de Justiça, porquanto o estabelecimento de tal regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da mera opinião deste julgador.*
>
> *Neste sentido, o regime fechado é aquele que mais se coaduna com os objetivos acima e com o caráter ressocializador da pena, incutindo no ora apelante a terapêutica prisional."*

Todavia, apesar do desvalor da conduta, a pena-base foi fixada no mínimo legal, diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Se não há o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é ilegítimo agravar o regime de cumprimento da pena sem motivação idônea.

A jurisprudência do Pretório Excelso tem ratificado esse entendimento, ao consignar que "*se o condenado é primário e os critérios do art. 59 do CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese*" (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Destaco, ainda, o teor das Súmulas n.ºs 718 e 719 do Supremo Tribunal

Federal, respectivamente:

> "*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.*"

No mais, é aplicável, na hipótese, o entendimento sedimentado na Súmula n.º 440 deste Tribunal, *in verbis*:

> "*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.*"

Assim, incidem, no caso, as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *c*, e § 3.º, do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto*" e que "*a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.*"

Com igual conclusão, cito o seguinte precedente:

> "HABEAS CORPUS. *REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA N.º 719 DO STF.*
>
> *1.* ***Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável, tal como reconheceu o acórdão impugnado, não há falar em adoção do regime inicial semiaberto****, **se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto** (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP).*
>
> *2. Incidência da Súmula nº 719 do STF: '*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.'
>
> *3. Ordem concedida.*
>
> *4. Extensão da ordem, de ofício, ao corréu."* (STF, HC 83.613/SP, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ de 30/04/2004 – sem grifos no original.)

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* para, confirmando a liminar, modificar o regime inicial de cumprimento da pena do Paciente para o aberto, com as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora