HABEAS CORPUS Nº 459.845 - SP (2018/0177631-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA - SP275887
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUIS FERNANDO XAVIER DA SILVA ROCHA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de LUIS FERNANDO XAVIER DA SILVA ROCHA, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 11 dias-multa.

Interposto recurso de apelação pela Defesa, a Corte de origem deu parcial provimento ao reclamo para, afastada a circunstância agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

No presente *writ*, busca-se a concessão da ordem para que, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime inicial aberto para desconto da reprimenda, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

É o relatório.

DECIDO.

Consoante relatado, busca a impetrante a fixação do regime inicial aberto.

Acerca da questão, assim decidiram as instâncias ordinárias.

Sentença (fl. 20 - com destaques):

> Assim, conforme disposição do artigo 59 do Código Penal. Código Penal e atendendo a culpabilidade, entendida como reprovabilidade da conduta, é normal à espécie. Os motivos entendidos como as razões subjetivas que estimularam ou impulsionaram o agente à prática da infração penal, são neutros, uma vez que inerente ao tipo penal, qual seja a objetivação de lucro fácil pela subtração de bens valiosos para si ou para outrem; os comportamentos das vítimas e conduta social são neutros.
>
> Compulsando os autos, verifico que o réu é reincidente (fls. 38/39), o que deverá ser considerado na segunda fase da dosimetria da pena. Dessa forma, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 04 (quatro) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, presente a agravante da reincidência (fls. 38/39), razão pela qual exaspero a pena em

> 1/6, fixando-a em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa. Não existem outras causas de aumento ou diminuição de pena a considerar, razão pela qual torno definitivas as penas fixadas.
> **A pena corporal deverá ser cumprida em regime inicial fechado, considerando que o réu é reincidente. Ademais, o delito praticado revela ousadia e periculosidade incompatíveis com regime mais brando.**

Acórdão (fl. 29 - com destaques):

> Na segunda fase da dosimetria, a Magistrada elevou a pena em um sexto, por conta da circunstância agravante da reincidência. Todavia, não há nos autos certidão ou documento que comprove que o apelante já foi condenado definitivamente por crime anterior. Anota-se que a Folha de Antecedentes mencionada pela sentenciante para embasar o acréscimo (fls. 36/42) indica apenas que Luis Fernando ostentava uma Execução Provisória e foi agraciado com o livramento condicional, mas lá não consta informação a respeito do trânsito em julgado da respectiva sentença condenatória. **Desse modo, é de rigor o afastamento da circunstância agravante, o que faz a pena retornar ao mínimo legal.**
> Diante da ausência de causas de aumento ou diminuição, a sanção totaliza agora quatro anos de reclusão, mais pagamento de dez dias-multa, no piso mínimo.
> **Embora o apelante não seja mais considerado reincidente, o regime prisional inicial fechado revela-se pertinente e deve ser mantido, em face da gravidade do crime, que demonstra a periculosidade concreta do agente e tanto intranquiliza a sociedade, exigindo resposta enérgica, com a qual não é suficiente, compatível e adequada solução mais branda.**

Com efeito, nota-se que, mesmo com o afastamento da agravante da reincidência, o Tribunal paulista manteve o regime prisional fechado com fundamento na gravidade abstrata do delito, limitando-se a mencionar a *gravidade do crime, que demonstra a periculosidade concreta do agente e tanto intranquiliza a sociedade*.

Com efeito, o estabelecimento do regime fechado, *in casu*, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

> *"Súmula 440: "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".

Ainda nesse sentido, tem-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO

[...]

II - Na hipótese dos autos, o regime fechado para o início do cumprimento da pena foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, em descordo com o entendimento consolidado nas Súmulas 718 e 719 do eg. Supremo Tribunal Federal, e 440 desta Corte.

III - Sendo o paciente primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art.59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, nos termos do art. 33, § 2°, b, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda.

(HC 396.467/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSIÇÃO DO MODO INTERMEDIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 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.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o registro de processos criminais em andamento não constitui fundamentação idônea para justificar a imposição de regime mais gravoso.

3. Ante a primariedade do réu e a análise favorável de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - o que ensejou a imposição da pena-base no patamar mínimo previsto em lei

-, por se tratar de reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, o modo adequado para o cumprimento da pena é o aberto.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1027682/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 11/05/2017)

Dessa forma, tendo em vista o *quantum* final da pena ser igual a 4 anos de reclusão e não estarem presentes quaisquer circunstâncias desfavoráveis ao réu primário, devida a concessão da ordem para fixar o modo prisional aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, c, do CP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para alterar o regime inicial para o aberto.

Comuniquem-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator