HABEAS CORPUS Nº 494.994 - SP (2019/0053867-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	GUSTAVO DE CARVALHO LIVRAMENTO
ADVOGADO	:	GUSTAVO DE CARVALHO LIVRAMENTO - SP390598
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LUCAS CRISTIANO PASCOALINI (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de LUCAS CRISTIANO PASCOALINI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000580-32.2017.8.26.0132.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do delito tipificado no 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (roubo circunstanciado) à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 dias-multa.

Irresignados, o Ministério Público e a defesa interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso do *Parquet* e parcial provimento ao da defesa para adequar a condenação para o art. 157, *caput*, do Código Penal (roubo simples) e reduzir a pena do paciente para 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, estabelecido o regime fechado para cumprimento inicial da pena, em acórdão assim ementado:

> *Roubo – Subtração praticada com emprego de faca ~ Palavras da vítima confirmando esta circunstância – Desclassificação para furto ~ Impossibilidade; Roubo - Qualificadora ~ Emprego de arma branca –- Aplicação da Lei n° 13.654/2018 – Novatio legis in mellius – Qualificadora afastada; Redução da pena em face do baixo valor da res furtiva ~ Crime complexo ~ Impossibilidade; Roubo - Crime praticado no dia anterior a outro, idêntico, pelo qual o réu já foi condenado ~ Reconhecimento da continuidade delitiva Pedido não submetido ao juízo de origem ~ Supressão de instância ~ Não conhecimento ~ Matéria afeta ao juízo de execução; Roubo ~ Grave ameaça exercida com emprego de arma branca, em estabelecimento comercial e durante o dia – Crime grave, que desassossega a sociedade e exige tratamento rigoroso – Regime fechado – Possibilidade – Recurso do Ministério Público provido*

(fl. 53).

Na presente impetração, a defesa sustenta a existência de constrangimento ilegal consistente na fixação do regime prisional fechado, sendo evidente a violação ao art. 33 do Código Penal.

Assevera que, considerando a pena igual a 4 anos e a fixação da pena-base no mínimo legal, uma vez que as circunstâncias judiciais foram favoráveis, não há justificativa para fixação do regime prisional mais severo. Invoca o enunciado da Súmula n. 440/STJ.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação do regime aberto e, subsidiariamente do regime semiaberto, para o cumprimento inicial da reprimenda.

O pedido de liminar foi deferido *"apenas para assegurar ao paciente que aguarde em regime **semiaberto** o julgamento definitivo do presente mandamus"* (fls. 92/94).

As informações foram prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 101/115, 126/131 e 134/151).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, para que seja estabelecido o regime prisional semiaberto para início do desconto da reprimenda (fls. 154/156).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o estabelecimento de regime mais brando para o resgate inicial da pena.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente pela prática de roubo majorado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 dias-multa. Por sua vez, o Tribunal de origem, deu provimento parcial ao

apelo da defesa, para afastar circunstanciadora, e deu provimento ao recurso do *Parquet*, para estabelecer o regime inaugural fechado, transcrevo:

> *Resta, então, analisar e adequar a pena imposta em face do afastamento da qualificadora, pois o Ministério Público questiona apenas o acerto do regime prisional estabelecido.*
>
> *Nesse mister, o que se percebe é que a pena base foi estabelecida no mínimo legal e não sofreu qualquer alteração na segunda etapa, já que a confissão parcial não poderia mesmo conduzir a pena para baixo do mínimo legal.*
>
> *Assim, afastada a qualificadora do emprego de arma, a pena deve ficar definitiva em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa de valor unitário mínimo.*
>
> ***Finalmente, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena era de rigor, a despeito da aparente primariedade do réu Lucas Cristiano, pois o que se percebe, na verdade, é que o crime foi praticado com grave ameaça à pessoa, exercida com emprego de uma faca, em plena luz do dia e no interior de estabelecimento comercial.***
>
> *Esta conduta desassossega a sociedade e abala a ordem pública, temerosa com o avanço de crimes dessa natureza, indicando ousadia e periculosidade do autor a ponto de recomendar enérgica interferência estatal, na esteira, aliás, de entendimento deste E. Tribunal de Justiça:*
>
> *(...)*
>
> *Bem por isso, o regime fechado é o único cabível e suficiente para a reprovação da conduta praticada, mesmo em face da redução da pena anteriormente estabelecida.*
>
> *Em suma, o provimento do recurso do Ministério Público, com o parcial acolhimento daquele apresentado pela Defesa é medida que se impõe à correta solução do caso em questão* (fls. 58/59).

Quanto ao regime inicial para cumprimento da pena, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP ou em outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

> *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".

No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

> *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.*

In casu, resta evidenciado o constrangimento ilegal na imposição do regime fechado pelo Tribunal estadual, pois embora a primariedade do paciente, a fixação da pena-base no mínimo legal e o *quantum* de pena aplicada (4 anos de reclusão) permitam, em tese, o estabelecimento do regime inicial aberto, o *modus operandi* do delito – emprego de grave ameaça com emprego de uma faca, realizado no interior de estabelecimento comercial e durante o dia –, justifica a imposição do regime inicial prisional mais gravoso, no caso o **semiaberto**, nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *(...).*
>
> *III - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).*
>
> *IV - Segundo jurisprudência pacífica do excelso Supremo*

Tribunal Federal, "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 n. 718/STF), e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula n. 719/STF).

V - "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 n. 440/STJ).

VI - In casu, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

VII - Sendo os pacientes primários, fixada as penas-base no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação (HC 506.967/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 27/05/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME SEMIABERTO. EXTENSÃO AO CORRÉU. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. LIMINAR CONFIRMADA.

(...).

2. De acordo com a 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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, 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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Na espécie dos autos, embora a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade dos réus não conduzam, necessariamente, à fixação de regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no acórdão impugnado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime

> ***prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).***
>
> ***Tratando-se de réus primários, aos quais foi imposta pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, por infração ao art. 157, § 2º, II, c/c. o art. 71, ambos do Código Penal, e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do CP, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.***
>
> *4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial de cumprimento semiaberto ao paciente e, por extensão, ao corréu, com base no art. 580 do CPP, salvo se eles estiverem, por outro motivo, descontando pena em regime mais grave* (HC 435.430/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 25/03/2019).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente deferida, restabelecer o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena, mantidos os demais termos do decreto condenatório.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 10 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator