

HABEAS CORPUS Nº 508.289 - SP (2019/0126099-4)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES - SP347855
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO MARTINS DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DANILO MARTINS DA SILVA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ fls. 93/101), tendo em vista que subtraiu para si, mediante grave ameaça, a quantia de R\$ 84,95 (oitenta e quatro reais e noventa e cinco centavos) do caixa do estabelecimento comercial *Auto Posto Asa Branca II*.

Interposta apelação, os desembargadores da 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo (e-STJ fls. 155/159). Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 156):

Apelação Roubo (artigo 157, caput, do Código Penal) - Sentença condenatória - Materialidade e autoria delitivas comprovadas - Pretensão à desclassificação para o crime de furto - Impossibilidade, uma vez que houve emprego de grave ameaça durante a prática do delito - Pretensão à fixação de regime prisional mais brando - Não acolhimento - Réu contumaz na prática de delitos patrimoniais - Sentença mantida - Recurso não provido.

Neste *writ*, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime mais severo para início de cumprimento da sanção.

Alega que o regime prisional foi estabelecido com base em argumentos genéricos, já que foi considerada, apenas, a gravidade abstrata do delito, sem a

apresentação de circunstâncias concretas, em patente ofensa ao disposto nas Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Ressalta que o paciente é primário, possui bons antecedentes e lhes são favoráveis todas as circunstâncias judiciais, assim, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, deve ser abrandado o regime inicial de cumprimento da sanção para o aberto.

Dessa forma, requer, em liminar e definitivamente, a alteração do regime prisional para o aberto (e-STJ fls. 3/11).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 166/168).

Prestadas as informações (e-STJ fls. 173/197), os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 199/202).

É, em síntese, o relatório.

Objetiva a defesa, na presente impetração, o abrandamento do regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, sob o argumento de ausência de fundamentação idônea para a imposição do regime mais gravoso.

Na hipótese, o Juízo sentenciante assim se manifestou (e-STJ fls. 100/101):

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado. O regime mais brando afrontaria a finalidade de reprovação e prevenção da conduta delitiva. O regime fechado é o único adequado à evidente “perigosidade” dos agentes que praticam esse grave tipo de delito, cada vez mais freqüente e que tanto aterroriza a população desta Cidade. Some-se a isso que o réu já foi condenado anteriormente e lhe foi dada a oportunidade de recorrer em liberdade. Traindo a confiança que lhe foi depositada, tornou a reincidir. Até ser preso não cessou sua atividade criminosa. Não se preocupou com coisa alguma, inclusive, com a prisão, praticando crimes contra o mesmo estabelecimento, salientando que o estabelecimento comercial era próximo a sua residência, o que revela que estava apostando na impunidade. Nada recomenda a atenuação do regime prisional. Ao contrário, tudo recomenda que se aja com rigor na fixação do regime prisional. (Grifei.)

Decisão que foi mantida pelo Tribunal de Justiça, nos seguintes termos

(e-STJ fl. 159):

No tocante a fixação de regime inicial de cumprimento de pena, impôs o d. Magistrado sentencie o regime fechado, o que se mostra correto, pois, a despeito do quantum da pena estabelecida, da primariedade e do afastamento da causa de aumento relativa ao emprego de arma, o acusado possui condenação anterior por crime da mesma natureza, de acordo com folha de antecedentes acostada a fls. 66/70. Se referida condenação não conduz à constatação de maus antecedentes ou reincidência, indica, ao menos, que ele é contumaz na prática de delitos patrimoniais.

Conclui-se que a r. Sentença se mostra correta, merecendo ser mantida por seus próprios fundamentos, quer no que tange à condenação, quer em relação à dosimetria e ao regime prisional estabelecido. (Grifei.)

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o magistrado deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada e a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal).

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Na espécie, apesar de a pena-base ter sido estabelecida no patamar mínimo legal por serem favoráveis ao paciente as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicialmente fechado foi estabelecido com fundamento na reiterada prática de crimes contra o patrimônio por ele praticados, notadamente quando lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade, o que demonstra um maior desrespeito aos bens juridicamente tutelados e um maior desvalor de sua conduta.

No entanto, em razão do *quantum* de pena definitivamente aplicada, entendo que deve ser aplicado o regime imediatamente mais gravoso que, no caso, seria o intermediário.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO.
REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. IMPOSIÇÃO.

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. As instâncias ordinárias - após terem fixado a pena-base no mínimo legal - entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, com base tão somente na existência de dois antecedentes, inclusive por crime patrimonial, nos termos do art.

33, § 3º, do Código Penal, apesar de a pena aplicada ter sido de 4 anos de reclusão.

2. Apesar da motivação concreta externada, a fixação do regime inicial fechado, de forma direta, afrontou o princípio da proporcionalidade, uma vez que nem o Juiz de Direito nem o Tribunal justificaram a sobreposição do regime semiaberto, mais gravoso do que o correspondente à pena aplicada, máxime ante a pena imposta de 4 anos pelo crime de roubo. Precedentes.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 461.994/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 05/11/2018).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMIABERTO. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas no patamar estabelecido.

2. Não obstante a imposição da reprimenda final em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, justifica-se a sujeição ao regime intermediário quando alicerçado em elemento concreto dos autos (gravidade concreta do crime praticado).

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1728798/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 24/05/2018).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. REGIME EXCESSIVAMENTE GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, 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 - enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

- De outro lado, a jurisprudência pacífica desta Corte também definiu que o regime prisional não está condicionado, de forma absoluta, à quantidade de pena aplicada, uma vez que se deve dar relevo aos demais elementos concretos do delito.

- Diante disso, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial mais gravoso em razão da gravidade concreta do crime, o que foi destacado pelo Tribunal a quo, ao enfatizar o modus operandi do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo. Precedentes desta Corte (HC 361.631/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 02/02/2017 e HC 381.056/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 31/05/2017).

- Apesar de ser idônea a fundamentação apresentada para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, na espécie, para uma pena inferior a 4 anos de reclusão - para a qual seria cabível a aplicação de regime inicial aberto, não fosse a gravidade concreta do delito -, afigura-se desproporcional a aplicação de regime inicial fechado, excessivamente oneroso para os pacientes, devendo incidir o regime inicial semiaberto, imediatamente mais gravoso que o quantum da pena indica.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio para aplicar o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas aplicadas aos pacientes (HC 408.858/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018).

Ante o exposto, **concedo, em parte, a ordem de habeas corpus a fim de alterar o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao paciente para o semiaberto.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 12 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

