

HABEAS CORPUS Nº 497.795 - SP (2019/0068749-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAROLINA LEITE LOPEZ DE LEON - SP231363
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON LOPES BRANDAO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SÚMULAS N.ºs 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON LOPES BRANDÃO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos da Apelação n.º 0020882-03.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, §§ 1.º e 2.º, inciso I, do Código Penal (sentença às fls. 58-66).

Isso porque "*subtraiu para si mesmo um par de tênis da marca [...], avaliado em R\$ 200,00, pertencente àquele estabelecimento comercial, sendo certo que logo após a subtração, empregou grave ameaça usando uma faca de serra de cozinha contra o gerente da loja, [...], a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa*" (fl. 63).

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação.

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para afastar a causa de aumento referente ao emprego de arma branca (fl. 23).

Em consequência, aquele Sodalício refez a dosimetria da pena e diminuiu a reprimenda imposta ao Paciente para o patamar de **04 (quatro) anos de reclusão** e pagamento de 10 (dez) dias-multa, mas manteve **o regime inicial fechado**.

Neste *writ*, a Impetrante sustenta que o regime inicial correto a ser fixado para o Paciente é o aberto, por se tratar réu primário, com circunstâncias judiciais favoráveis e pena fixada que não ultrapassa o máximo de 04 (quatro) anos (fl. 4)

Afirma que:

"se todas as circunstâncias judiciais foram valoradas de modo favorável ao paciente para a determinação das penas-bases, tanto que estipuladas no piso mínimo, evidencia-se absolutamente ilógico que as idênticas circunstâncias judiciais sejam valoradas de forma diversa, apenas para impedir que o aberto (adequado e indevidamente negado) seja impingido ao sentenciado ora paciente, fixando-se um regime mais severo do que o aplicável à espécie" (fl. 06).

Invoca o comando contido na Súmula n.º 440 desta Corte e na Súmula n.º 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para alterar o regime de cumprimento de pena do Paciente para o inicial aberto.

A liminar foi deferida às fls. 30-34.

As informações foram prestadas às fls. 41-71.

O Ministério Público Federal opinou pela "*concessão parcial da ordem para fixar o regime inicial semiaberto*" (fl. 79).

É o relatório.

Decido.

Para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

Registre-se, por oportuno, que as regras previstas no aludido art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º, do Código Penal 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.*"

Convém ainda registrar que a questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes pelo Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, "*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 têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.ºs 718 e 719, respectivamente, *in verbis*:

"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."

Pois bem, depreende-se do aresto impugnado que o Tribunal de origem, ao estabelecer o regime de cumprimento de pena, valeu-se da seguinte fundamentação (fls. 23-24; sem grifos no original):

"[...]

Refaz-se a dosimetria.

As iniciais partiram dos mínimos, 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, porque consideradas normais as circunstâncias do CP, art. 59, caput.

Ausentes agravantes, prejudicada a atenuante da confissão, nos termos da Súmula/STJ, nº 231.

Em decorrência do afastamento da causa de aumento e inexistindo outras modificadoras, tornam-se, agora, definitivas.

Quanto ao regime, correto o fechado, tendo em vista a gravidade concreta da conduta perpetrada. Afinal, o agente ingressou em estabelecimento comercial e subtraiu mercadoria, vindo a ameaçar o funcionário, posteriormente, com uma faca que possuía, trazendo maior desvalor da conduta, afigurando-se justo, para reafirmação da norma penal violada, que a resposta Estatal seja mais intensa, proporcional à temibilidade do ato praticado, inexistindo qualquer afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena ou ofensa às Súmulas/STF nºs 718 e 719 e STJ, nº 440.

[...]

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, para diminuir as penas a 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantida, no mais, a sentença."

Como se percebe, apesar de fixada a pena-base no mínimo legal, tendo em vista a primariedade do Acusado e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a Corte de origem manteve o regime inicial fechado, com base na gravidade concreta da conduta do Paciente.

Ocorre que a fundamentação exarada no acórdão impugnado, embora possa, em tese, amparar o estabelecimento de regime mais gravoso, não tem o condão de justificar o regime prisional fechado, tendo em vista que, na espécie, a pena foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, com pena-base no mínimo legal, e o Paciente não é reincidente. Portanto, no caso, o regime prisional adequado é o **intermediário**, não o fechado.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SÚMULAS N.os 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Inexiste violação das Súmulas n.os 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito. No caso, considerou-se, para a fixação de regime mais gravoso, a utilização, pelo Paciente, de arma branca, qual seja, faca, para a consumação do delito, circunstância que, embora não possa mais ser utilizada como causa de aumento do crime, em razão da revogação do inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, operada pela Lei n.º 13.654/2018, evidencia a maior reprovabilidade do delito.

2. Tal fundamentação, porém, embora possa, em tese, amparar o estabelecimento de regime mais gravoso, não tem o condão de justificar o regime prisional fechado, tendo em vista que, na espécie, a pena foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, com pena-base no mínimo legal, e o Paciente não é reincidente, a justificar a imposição do regime inicial semiaberto.

3. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena" (HC 473.300/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 22/11/2018; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA TOTAL INFERIOR A 4 ANOS. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DO REGIME INTERMEDIÁRIO. [...]. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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 outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime fechado pelas instâncias ordinárias. Embora a primariedade do paciente e o quantum de pena aplicado, inferior a 4 anos, permitam, em tese, a fixação do regime aberto, a pena-base acima do mínimo legal, em razão da circunstância judicial desfavorável (antecedentes), justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, que no caso é o semiaberto, de acordo com o disposto nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal, e em conformidade com o entendimento jurisprudencial desta Corte.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional semiaberto para o início de cumprimento de pena do paciente" (HC 500.355/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019.)

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus* para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora