

HABEAS CORPUS Nº 506.364 - SP (2019/0117104-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIO MANTOVAN DOS SANTOS - SP263297
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIO SERGIO REIS DE BRITO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. OPINIÃO DO JULGADOR QUANTO À GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MÁRIO SÉRGIO REIS DE BRITO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0087472-30.2016.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento. Daí o presente *mandamus*, no qual a Impetrante sustenta, em síntese, que o Réu faz jus a iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, tendo em vista o fato de ser primário e, na primeira fase da dosimetria, a pena-base ter sido fixada no mínimo legal.

Requer, liminarmente, seja concedido ao Paciente o direito de aguardar o julgamento deste *writ* em liberdade. No mérito, pleiteia a fixação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi deferido, em extensão diversa da pleiteada, para determinar, até o julgamento definitivo deste *writ*, a fixação do regime aberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta ao Paciente, com as condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais (fls. 34-37).

Manifesta-se o *Parquet* pelo não conhecimento, mas concessão da ordem *ex officio* (fls. 41-45).

É o relatório.

Decido.

O presente *writ* tem como objeto a fixação do regime inicial de cumprimento da pena. Nessa dimensão, constato haver clara ilegalidade no *decisum* ora impugnado, uma vez que o magistrado de piso consignou ser necessário o regime inicial semiaberto com os seguintes fundamentos:

"Levando-se em consideração o montante da pena e o tipo de delito, que envolve violência contra a pessoa, sendo dos crimes que mais desassossego traz para a sociedade paulistana, o regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto. O Poder Judiciário deve responder com maior rigor aos crimes que representam maior periculosidade, de forma que seus agentes devem receber punição mais severa. " (fl. 16, sem grifos no original).

Trata-se de fundamentação essencialmente genérica, embasada apenas na gravidade abstrata do crime de tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, cumpre destacar a inteligência do verbete sumular 718 do 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"*. Ademais consta do enunciado de número 440 deste Superior Tribunal de Justiça: *"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, consoante o disposto no art. 33, § 2.º, alínea "c", do Código Penal, e diante da inidoneidade da motivação consubstanciada na sentença, bem como do fato de que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, deve ser fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena. Ilustrativamente:

"[...]

3. Cominada a pena reclusiva de 1 ano, 11 meses e 10 dias, tendo em vista a apreensão de 26,15g (vinte e seis gramas e quinze centigramas) de cocaína e 9,16g (nove gramas e dezesseis centigramas) de maconha, verifico flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado e no indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos.

4. Com efeito, estipulada a pena-base no mínimo legal, reconhecida a primariedade da agente e cominada a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima, não é possível negar esses

benefícios com espeque na hediondez do delito e na quantidade de estupefaciente apreendido que, no caso, é inexpressiva. Incidência das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF.

5. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime aberto e conceder a substituição da pena." (AgInt no AREsp 1.142.322/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2018, DJe 12/03/2018; sem grifos no original.)

Ademais, a aludida impropriedade de fundamentação não foi sanada por ocasião do julgamento da apelação criminal. Nesse sentido, asseverou o Tribunal *a quo* apenas que: é **"possível o regime semiaberto, que deve ser mantido, diante das circunstâncias dos fatos e pessoais do acusado"** (fl. 28, sem grifos no original), sem que se tenha declinado minimamente as razões de fato que o levaram a tal conclusão, ou sequer apontando quais seriam essas condições pessoais desfavoráveis, mormente em hipótese na qual a pena-base fora fixada no mínimo legal

Desse modo, confirmo a decisão liminar proferida em 02/05/2019 (fls. 34-37).

Ante o exposto, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* a fim de fixar o regime aberto para o cumprimento inicial da pena imposta ao Paciente, com as condições a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 10 de junho de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora