HABEAS CORPUS Nº 514.509 - SP (2019/0164347-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
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	:	ROBSON CLAYTON OLIVEIRA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	:	RICHARD BORGES DE OLIVEIRA (PRESO)

DECISÃO

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ROBSON CLAYTON OLIVEIRA DA SILVA e RICHARD BORGES DE OLIVEIRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento do HC n. 1500236-43.2018.8.26.0228.

Extrai-se dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (roubo majorado), às penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 14 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, conforme acórdão acostado às fls. 282/299.

No presente *writ*, a defesa alega que o regime fechado foi estabelecido apenas com base na gravidade abstrata do delito. Invoca os Enunciados sumulares n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação do regime semiaberto.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 307/308).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (fls. 312/317).

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 do regime inicial de cumprimento de pena semiaberto.

O Juízo de primeiro grau condenou os pacientes à pena total de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 14 dias-multa, pela prática de roubo majorado. A Corte estadual, por sua vez, negou provimento ao recurso da defesa, mantendo o regime inicial fechado, conforme se verifica do seguinte trecho do acórdão:

> *Passo à análise das reprimendas.*
>
> ***As penas-base dos réus foram adequadamente fixadas em 1/6 acima do mínimo ~4 anos e 8 meses de reclusão, e 11 dias-multa -, em razão dos maus antecedentes, devidamente documentados.***
>
> *A propósito, havendo pluralidade de certidões, referentes a condenações diversas, nada impede que uma delas seja computada como reincidência e as demais como maus antecedentes, sem que isso caracterize bis in idem.*
>
> *(...)*
>
> ***Na segunda fase, bem compensadas a agravante da reincidência dos acusados com a atenuante da confissão espontânea -*** *esta reconhecida pela r. sentença em relação aos dois réus -, eis que ambas são circunstâncias de natureza subjetiva, equivalendo-se, em consonância com a previsão do artigo 67 do Código Penal.*
>
> *(...)*
>
> *Na terceira etapa, presente uma causa de aumento - concurso de agentes correto o aumento das penas em 1/3, alcançando as penas definitivas 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 14 dias-multa, para os dois acusados.*
>
> *Finalmente, a gravidade concreta do crime perpetrado - roubo cometido em comparsaria, contra mulher indefesa, em plena via pública, à luz do dia - revela a ousadia e periculosidade dos acusados, demonstrando a sua inadaptabilidade a regime menos gravoso do que o regime fechado estabelecido na r. sentença. Somem-se ainda as recidivas dos réus* (fls. 294/296).

Quanto ao regime inicial de cumprimento de 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 outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do col. STF, *verbis*:

> 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."*
>
> 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."*

Na hipótese dos autos, não há falar em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado, pois além da reincidência e da pena-base acima do mínimo legal, o regime inicial fechado também foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos – *"roubo cometido em comparsaria, contra mulher indefesa, em plena via pública, à luz do dia"* (fl. 296) –, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440/STJ e n. 718/STF.

A propósito, confiram-se os acórdãos de ambas as Turmas desta Corte Superior de Justiça, que julgam matéria criminal:

> *HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA EM PARTE.*
>
> *1. Segundo orientação pacificada no Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento do REsp n.º 1.341.370/MT, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência devem ser compensadas.*
>
> *2. Esta Corte fixou o entendimento de que, ainda que o Acusado seja reincidente específico, é possível a compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.*
>
> ***3. É cabível a fixação do regime inicial fechado ao réu reincidente, condenado a pena superior a quatro anos, ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal.***

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, reformando o acórdão impugnado, compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e, consequentemente, reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantido o regime fechado para o inicial cumprimento da pena (HC 461.033/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 23/11/2018).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. RÉUS PRIMÁRIOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...).

3. No que tange à validade da condenação anterior para valorar negativamente os antecedentes, o tempo transcorrido após o cumprimento ou extinção da pena não elimina essa circunstância judicial desfavorável, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade: ao contrário do que se verifica na reincidência (CP, art. 64, I), o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal. Não houve, pois, ilegalidade na valoração dos antecedentes na pena-base.

4. 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

5. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réus tecnicamente primários, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, condenados à penas superiores a 4 anos e inferiores à 8 anos de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime fechado.

6. Habeas corpus não conhecido (HC 447.952/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/08/2018).

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 14 de junho de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator