

HABEAS CORPUS Nº 520.855 - SP (2019/0202546-9)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : JOSIANE DIAS DE ALMEIDA RODRIGUES E OUTRO
ADVOGADOS : JOSIANE DIAS DE ALMEIDA RODRIGUES - SP359901
SAMUEL RODRIGUES DOS SANTOS - SP393922
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGERIO GASPAR (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROGERIO GASPAR, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim relatado (fls. 19-20):

A r. sentença de fls. 209/211, cujo relatório se adota, condenou ROGÉRIO GASPAR ao cumprimento da pena de 09 (nove) anos e 04 (quatro) de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 121, § 2º, I, c.c. o artigo 14, II, ambos do Código Penal.

Inconformado, apela o acusado requerendo o afastamento da qualificadora relativa ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima (fls. 231/233).

Recurso bem processado e com resposta (fls. 237/241), subiram os autos.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça, com o parecer de fls. 247/250, opinou pelo improvimento do apelo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito descrito no art. 121, § 2º, I, c/c. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 9 anos e 4 meses, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento para redimensionar a pena em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mantidos, no mais os termos do édito condenatório.

Pretende-se, em suma, a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena e, no mérito, seja ratificada a liminar.

A liminar foi deferida (fl. 33).

As informações foram prestadas (fls. 62-84).

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não conhecimento, mas pela concessão da ordem, de ofício.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

Quanto ao alegado consta do acórdão (fl. 23):

[...] O regime prisional foi estipulado com critério, dada a hediondez do crime praticado. [...]

Como se vê, o regime inicial fechado foi fixado com base apenas na hediondez do crime de homicídio qualificado, conforme previsão legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 13.142/2015.

Ocorre que tal previsão legal foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

O § 3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, respectivamente:

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.

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.

Assim, afastada a vedação legal, impõe-se a fixação do regime inicial intermediário ao paciente, uma vez que a reprimenda foi estabelecida em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, tratando-se de agente primário, FAC à fls. 15-17, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis (fl. 22). Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ, CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA AFASTADA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. PACIENTE PRIMÁRIO, COM

CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O STF, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. A existência de condenação transitada em julgado por crime praticado depois do delito em questão não pode ser utilizada para agravar o regime, tendo em vista a interpretação que se deve fazer da Súmula 444 desta Corte.

4. A argumentação "agressão gratuita" também não deve prosperar para fundamentar o regime mais gravoso. Isto porque, tendo os jurados decidido pela não ocorrência do motivo fútil, não há se falar em agressão gratuita, sendo incoerente justificar o regime fechado com base em circunstância rechaçada pelo Conselho de Sentença.

5. Assim, não havendo fundamentos idôneos aptos a justificar o regime mais gravoso, sendo o acusado primário, com pena-base fixada no mínimo legal e o quantum da pena ter ficado em 4 anos de reclusão, de rigor a fixação do regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto. (HC 363.538/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. ART. 2º, § 1º DA LEI 8.072/90, NA REDAÇÃO DA LEI N. 11.464/2007. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF (HC 111.840/ES). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Ministro DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, pelo Plenário do STF a previsão legal (art 2º, § 1º, da Lei n. 8072/90, na redação da Lei n. 11.464/200) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparado, devendo as regras do art. 33 do Código Penal ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos ou equiparados. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para

Superior Tribunal de Justiça

estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena reclusiva.
(HC 273.189/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado
em 15/10/2015, DJe 05/11/2015)

Ante o exposto, ratifico os termos da liminar, concedendo o *habeas corpus* para fixar o regime inicial semiaberto, nos exatos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator