

HABEAS CORPUS Nº 536.629 - RJ (2019/0294250-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EVERTON COSTA BARRETO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de EVERTON COSTA BARRETO no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0004024-42.2012.8.19.0068 de relatoria do Desembargador Antônio José Ferreira Carvalho).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e ao pagamento de 5 dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal. Ressalta que foi concedido ao sentenciado a suspensão condicional da pena por dois anos, nos termos do art. 77 do mesmo diploma legal (e-STJ fls. 19/22).

Interposta apelação pelas partes, os desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça negaram provimento ao recurso defensivo e proveram a insurgência do Ministério Público estadual a fim de afastar a tentativa e cassar o *sursis* concedido, readequando a nova reprimenda definitiva para 4 anos de reclusão, no regime intermediário, e 10 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença (e-STJ fls. 46/58). Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fls. 47/48):

TENTATIVA DE ROUBO SIMPLES – EMPREITADA CRIMINOSA PRATICADA PELO AGENTE CRIMINOSO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA EXERCIDA PELA SIMULAÇÃO DE ESTAR PORTANDO ARMA DE FOGO – PLEITO DEFENSIVO QUE BUSCA A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA ORIGINÁRIA PARA O DELITO DE FURTO, BEM COMO O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO QUE SE REJEITA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL PRETENDENDO O AFASTAMENTO DA TENTATIVA E DO SURSIS – POSSIBILIDADE –AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS À

EXAUSTÃO – RECONHECIMENTO PESSOAL DO AGENTE CRIMINOSO EM SEDE POLICIAL, CORROBORADO PELAS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO – NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO A PALAVRA DA VÍTIMA ASSUME RELEVANTE VALOR POR NÃO LHE INTERESSAR ACUSAR QUEM EFETIVAMENTE NÃO SEJA O AUTOR DO INJUSTO PENAL – NEGATIVA DO 2º APELANTE DIVORCIADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO – DEMONSTRAÇÃO DA GRAVE AMEAÇA À VÍTIMA EXERCIDA PELA SIMULAÇÃO DE ESTAR PORTANDO ARMA DE FOGO – CONSUMAÇÃO DO ROUBO QUE SE RECONHECE – SE, APÓS ARREBATAR DA VÍTIMA A REI FURTIVAE É O ROUBADOR PRESO, HÁ DE SE RECONHECER QUE O DELITO SE CONSUMOU, VISTO TER HAVIDO A INVERSÃO DA POSSE, POIS, MESMO QUE BREVEMENTE, A COISA SUBTRAÍDA SAIU DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA VÍTIMA – ENTENDIMENTO ATUAL DO PRETÓRIO EXCELSO – DOSIMETRIA DA PENA QUE MERECE REPARO – – AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE JUSTIFICOU A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO SEU PATAMAR MÍNIMO – REGIME SEMIABERTO QUE MELHOR SE ADEQUA À HIPÓTESE EM TESTILHA – AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA DIANTE DA NOVA REPRIMENDA – DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO – PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL PARA, AFASTANDO A TENTATIVA E CASSANDO O SURSIS, PERFAZER A NOVA REPRIMENDA EM 04 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E 10 DIAS-MULTA, MANTIDA, NO MAIS, A SENTENÇA RECORRIDA. EXPEÇA-SE MANDADO DE PRISÃO COM DATA LIMITE PARA O SEU CUMPRIMENTO ATÉ 2027.

Neste *writ*, a Defensoria Pública aponta constrangimento ilegal decorrente da imposição do regime mais gravoso para início de cumprimento da reprimenda imposta ao acusado.

Sustenta ausência de fundamentação idônea para a manutenção do regime intermediário, já que foi considerada, no caso, apenas a gravidade abstrata do delito, além de elementos genéricos e inerentes ao próprio tipo penal.

Assere que a pena-base foi fixada no patamar mínimo, por serem favoráveis ao paciente todas as circunstâncias judiciais e, na espécie, não foi observado o disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal. Invoca, assim, as Súmulas n. 718 e 719 do

Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

Dessa forma, requer, liminarmente e no mérito, o abrandamento do regime prisional para o aberto (e-STJ fls. 3/11).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 61/64.

Informações prestadas às e-STJ fls. 70/74.

Parecer ministerial pela concessão da ordem, às e-STJ fls. 76/78.

É, em síntese, o relatório.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento de constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial diverso do aberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Tribunal de origem para justificar o regime mais gravoso (e-STJ fls. 57/58):

Vê-se que o regime prisional semiaberto fixado na sentença monocrática se mostra escorreito e não merece qualquer reparo, tendo em vista que o injusto penal foi praticado pelo réu mediante a simulação de estar portando uma arma de fogo na cintura e que iria atirar na vítima, tendo ainda o agente criminoso empurrado a mesma, circunstâncias estas que demandam uma maior reprimenda, sendo mais adequada a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena.

A análise do decidido nas instâncias ordinárias deixa assente que a mera invocação à gravidade em abstrato do crime de roubo não é bastante para a constrição do paciente em regime prisional mais gravoso. O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de reais elementos de convicção, não justifica a imposição do modo mais opressor de custódia.

Constata-se, pois, que, *in casu*, o regime semiaberto aplicado à pena reclusiva, mais severo do que a reprimenda comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, inciso IX, da Constituição da República e ao enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior, que segue transcrita: "*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."

Nesse mesmo sentido, seguem os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

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.

Em consequência, considerando o *quantum* da condenação, a primariedade do paciente e o fato de não lhe terem sido apontadas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser-lhe conferido o regime aberto, em conformidade com o disposto nos arts. 33, §§ 2º, "b", e 3º, ambos do Código Penal.

Na orientação da Súmula n. 440, confirmam-se estes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal Superior:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO TENTADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE.

REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. ALTERAÇÃO DO PATAMAR. IMPOSSIBILIDADE. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA.

INVIABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 6. *Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.*

7. *Afastada a valoração negativa dos antecedentes e da personalidade do agente, o que ensejou a fixação da pena-base no mínimo legal, não subsiste motivação idônea para justificar a imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso.*

8. *Diante da pena imposta ao paciente, é incabível a suspensão condicional da pena, pois a reprimenda é superior a 2 anos de reclusão (art. 77, caput, do Código Penal).*

9. *Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena imposta e para fixar o regime inicial aberto de cumprimento da reprimenda.*

(HC 225.531/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

- 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.

- Nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

- No caso dos autos, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto.

(HC 305.936/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 26/02/2015)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A

RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA O REGIME ESTABELECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

- 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 é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade efetiva do delito, evidenciada esta última pelo modus operandi do crime.

- Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, 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. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

- A mera referência genérica, pelas instâncias originárias, à violência empregada no delito de roubo, sem o cotejo com o modus operandi empregado pelo paciente, a evidenciar a gravidade concreta do crime, não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo penal.

- Sendo o paciente primário, com a pena-base fixada no mínimo legal e considerando que a pena aplicada é inferior a 4 anos de reclusão, o regime adequado é o aberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, com extensão dos efeitos ao corrêu, nos termos do art. 580 do CPP.

(HC 362.431/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 06/09/2016)

Superior Tribunal de Justiça

Por oportuno, diante dos parâmetros acima aludidos e considerada a quantidade de pena aplicada, o regime apropriado para o cumprimento da reprimenda é o aberto.

No mesmo sentido, o parecer ministerial (e-STJ fl. 78):

Assim, considerando a ausência de fundamentação específica para a fixação do regime inicial de cumprimento, com base em elementos concretos, tendo a decisão do juízo a quo restringido-se à reprodução das elementares do tipo do delito de roubo, bem como a pena fixada, entende-se que o mais adequado para o caso em tela, tendo em vista que o paciente é primário e não ostenta maus antecedentes, é o regime aberto para cumprimento da pena.

Dessa forma, levando-se em consideração a pena fixada em quatro anos de reclusão, a fixação de regime aberto se mostra mais adequada ao caso, conforme art. 33, §2º, alínea 'c' do Código Penal, ante a ausência de fundamentação específica para a fixação de regime mais gravoso.

Tal o contexto, **concedo a ordem de *habeas corpus* para fixar o regime aberto como o adequado para o cumprimento da sanção corporal**, salvo se o paciente estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso por crime diverso.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator