

HABEAS CORPUS Nº 563.916 - SP (2020/0048709-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PAULA HUNGRIA AAGAARD - SP235100
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAQUELINE SAMPAIO NERES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de JAQUELINE SAMPAIO NERES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação Criminal n. 1501148-40.2018.8.26.0228.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime fechado, pelo crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II (por duas vezes) c/c artigo 14, inciso II, na forma do artigo 69, todos do Código Penal.

O impetrante alega que a alteração do regime de cumprimento de pena, deixou de observar os artigos 33, § 2º, alínea b, § 3º e artigo 59 do Código Penal. Afirma ainda que a decisão impugnada viola as normas apontadas quando consideradas a primariedade da paciente e a quantidade de pena fixada.

A defesa requer, assim a concessão da ordem para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida por decisão de fls. 42/43.

O Ministério Público Federal emitiu parecer que recebeu o seguinte sumário:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. CABIMENTO.

1. A apresentação de habeas corpus como substitutivo de recurso próprio, embora descabida, é indiretamente autorizada pelas Cortes Superiores, quando se impõe a verificação, na quase totalidade dos casos, da possibilidade de concessão da ordem de ofício.

2. O Tribunal de origem, ao impor o regime inicial fechado, não se ateve às particularidades do caso concreto, consignando,

Superior Tribunal de Justiça

apenas, a gravidade abstrata do crime de roubo, o que, contudo, não constitui motivação idônea para justificar a imposição de regime prisional mais severo.

3. Considerando a análise favorável das circunstâncias judiciais e a reprimenda inferior a 8 (oito) anos de reclusão, revela-se ilegal a fixação de regime carcerário mais rigoroso com base, exclusivamente, na gravidade abstrata do delito, sendo cabível o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea 'b', do Código Penal.

4. Parecer pela concessão da ordem de habeas corpus de ofício, nos termos da fundamentação." (fl. 49)

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável o processamento do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, a controvérsia diz respeito ao regime prisional da paciente, condenado à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, inicialmente no regime fechado.

Quanto ao tema, dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP:

"§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."

Essa Corte firmou-se no sentido de que atendidos os requisitos constantes

do art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal - ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 anos e não excedente a 8 e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis com a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como ausência de fundamentação concreta -, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto.

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme se depreende dos enunciados n. 718 e 719 das Súmulas/STF, e n. 440 da Súmula/STJ. A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719 STF E 440 DO STJ.

1. Firmou-se nesta Corte o entendimento 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, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

2. A mera referência genérica, pelo Tribunal a quo, à gravidade ínsita ao delito de roubo não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo. Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.674.685/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 25/08/2017)

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. QUANTUM DE MAJORAÇÃO. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 NA TERCEIRA FASE SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. DESOBEDIÊNCIA À SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. SÚMULAS 718 e 719, AMBAS STF. REGIME INICIAL. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º, E DO ARTIGO 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO.

I - O aumento na terceira fase de aplicação da pena no

Superior Tribunal de Justiça

crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

II - Nos termos do Enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte Superior 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'. O Supremo Tribunal Federal, nos Verbetes n.º 718 e n.º 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

III - O regime inicial fechado, na hipótese, foi fixado apenas com base em elementos que se amoldam à descrição do delito - no caso, nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do Código Penal - fundamento que é insuficiente para a determinação do regime mais gravoso, sobretudo porque o réu é primário, detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

*IV - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, c/c do art. 59, ambos do CP - ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis com a fixação da pena-base no mínimo legal -, **deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto.***

Agravo regimental desprovido." (REsp 1.805.020/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, QUINTA TURMA, DJE 01/10/2019)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 02 de abril de 2020.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator