

HABEAS CORPUS Nº 545.491 - SP (2019/0340169-0)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUIZ GUSTAVO CAVALCANTE DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Luiz Gustavo Cavalcante dos Santos** apontando-se como autoridade coatora a Décima Quarta Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação Criminal n. 0002433-10.2017.8.26.0542).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, tendo sido negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 58/69). Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa (fls. 89/95).

No presente *habeas corpus*, alega a Defensoria Pública constrangimento ilegal, em razão da imposição do regime fechado sem fundamentação legal, com negativa de vigência do disposto no art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal; da não incidência do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, tendo em vista que, a despeito de estar preso provisoriamente, o Tribunal de Justiça se negou a declarar o tempo de prisão provisória como tempo de pena já cumprido, e diante da não aplicação do disposto na Súmula 443/STJ, tendo se dado o aumento de pena na terceira etapa sem qualquer fundamentação concreta, apenas de modo aritmético (fl. 4).

Requer a concessão liminar da ordem, a fim de reconhecer, de plano, a ilegalidade da imposição de regime fechado, devendo ser expedido alvará de soltura em favor do paciente ou, ao menos, que se determine que ele seja

mantido preso em condições compatíveis com o regime semiaberto (fl. 10).

É o relatório.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários ou de índole extraordinária, tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Como se sabe, para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível a comprovação de ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confira-se: HC n. 509.238/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/6/2019.

Em juízo de cognição sumária, afigura-se inviável analisar, aqui e agora, os pleitos referentes à incidência da Súmula 443/STJ, bem como da não aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, por merecer um exame mais detalhado dos autos.

Já no que se refere ao regime prisional fechado para o início de cumprimento da pena, é certo que, nos termos da Súmula 719/STF, *a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*.

Assim, nos casos de réu primário, com pena-base fixada no mínimo legal, prevalece nesta Corte Superior o entendimento de ser inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção aplicada, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Súmula 440/STJ).

Na espécie, verifica-se que a sentença, de fato, não invocou fundamentação concreta a justificar o regime prisional mais severo, já que amparada apenas na descrição do tipo penal; confira-se (fls. 66/67 – grifo nosso):

[...] Nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, **o regime inicial de cumprimento da pena aplicada ao réu deverá ser o fechado, pois trata-se de crime de roubo majorado cometido pelo réus em concurso e com o emprego de arma de fogo**. O fato de não se exasperar a pena em

primeira fase se deve ao fato de que as circunstâncias que tornam gravíssimo e extremamente lesivo o delito, são as previstas como causas de aumento, matéria de terceira fase.

Portanto, o regime prisional inicial fechado é o mais adequado e também merece manutenção, considerada a finalidade primária de prevenção e reprovação da conduta criminosa, além da gravidade de tal conduta típica, fato que causa clamor público e instabilidade na paz social, constituindo uma resposta mais efetiva à criminalidade violenta, mormente considerando a crescente onda de roubo à mão armada e de crimes violentos que assolam o País. O Tribunal tem decidido reiteradamente que o regime fechado é o único aplicável a autor de roubo, ainda que primário o agente e independentemente da quantidade da pena aplicável (Ap. nº1.205.473/2 e 1.183.025/6 e também STF, RJTACrim 39/571 e no mesmo sentido TJSP JTJ 186/286, 188/315; RJTACrim 42/242, 43/222,44/137).

Aliás:

[...]

No julgamento da apelação, assentou o Tribunal local (fls. 93/94 – grifo nosso):

[...] O regime prisional é mesmo o inicialmente fechado, pois é o que mais se coaduna à espécie, na medida em que “tratando-se de crime de roubo qualificado, é correta a fixação do regime inicial fechado, mesmo se os réus forem primários e não houver prova da existência de maus antecedentes, pois devem-se levar em conta as circunstâncias do delito que, no caso, vem causando grande comoção social” (Julio Fabbrini Mirabete, *in* “Execução Penal”, Ed. Atlas, 11ª edição, 2008, pág. 326).

Importante consignar, a propósito, que não há qualquer ilegalidade na fixação do regime inicial como fechado, e nem ofensa às Súmulas 718 e 719, do Excelso Supremo Tribunal Federal, pois os fatos concretos e as circunstâncias judiciais concretamente aferidas (roubo praticado com arma de fogo e pluralidade de agentes, vítima traumatizada), devidamente extraídos dos autos, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando, sobretudo para não se provocar afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, forjando, em seu espírito, a sensação de uma ilusória impunidade.

[...]

No caso dos autos, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado nenhum fundamento concreto para imposição do regime mais gravoso do que o cabível em razão do *quantum* de pena aplicado. Além disso, colhe-se do acórdão impugnado que o paciente é primário e que todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal foram favoravelmente valoradas, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Assim, tomando por conta a pena final estabelecida ao ora paciente –

5 anos e 6 meses de reclusão –, não se afigura **razoável** e **proporcional** a imposição do regime prisional mais gravoso, mostrando-se mais adequado para o resgate da reprimenda o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido: AgRg no REsp n. 1.805.020/SP, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, Desembargador convocado do TJ/PE), Quinta Turma, DJe 8/10/2019; HC n. 506.967/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/5/2019; HC n. 469.398/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 15/2/2019; e AgRg no HC n. 438.993/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/6/2018.

Sob essa moldura **defiro** a liminar para fixar o regime prisional intermediário, ou seja, o semiaberto, para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente, até o julgamento de mérito do presente *writ*.

Comunique-se com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 12 de novembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator