

HABEAS CORPUS Nº 483.265 - SP (2018/0329256-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FERNANDA COSTA TEIXEIRA - SP0318411
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ ARMANDO SOUSA CAMILO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ ARMANDO SOUSA CAMILO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0041456-15.2015.8.26.0224, e dos embargos de declaração opostos.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, pela prática do delito tipificado no **art. 157, § 2º, II, do Código Penal** (e-STJ fls. 12/16).

Irresignada, a defesa apelou, e o Tribunal estadual negou provimento ao recurso para manter incólume a sentença primeva (e-STJ fls. 25/30). Os embargos de declaração opostos à esse *decisum* foram rejeitados (e-STJ fls. 38/42).

No presente *writ* (e-STJ fls. 1/9), a impetrante afirma que o paciente sofre constrangimento ilegal em virtude do estabelecimento do regime inicial fechado para o resgate da reprimenda. Assevera que o regime mais gravoso foi fundamentado apenas na gravidade em abstrata do evento delitivo, inexistindo, portanto, argumentos válidos à sua manutenção. Ademais, o paciente é primário, sua pena-base foi fixada no piso legal, e foi condenado ao cumprimento de pena inferior a 8 anos, sendo adequada a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, o abrandamento

do regime prisional do paciente.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ fls. 47/48 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fl. 53, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, o abrandamento do regime prisional do paciente, ao argumento de que haveria sido determinado com base em fundamentação inidônea.

Preliminarmente, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Sob essas balizas, ao sentenciar o paciente, a Magistrada consignou que (e-STJ fls. 13/15, destaquei):

[...]

A vítima, Danusa Lene Da Silva, ouvida nesta data, narrou que no dia dos fatos, voltava de uma festa de aniversário, acompanhada de uma amiga e três crianças de cinco e oito anos, e estava parada em frente da casa desta amiga, quando passou dois indivíduos em uma moto, oportunidade em que o rapaz que estava na condução da moto parou ao seu lado e disse "boa noite morena, tudo bem?". De início não suspeitou de nada, porém assim que respondeu, o indivíduo disse

"vamos descer do carro que eu vou levar", pedindo para ela não fazer gracinha e perguntando se o carro tinha segredo. Narrou que assim que tirou as crianças do veículo, o indivíduo que dirigia a moto, assumiu a direção do seu veículo, enquanto o garupa passou a dirigir a motocicleta. Narrou que visualizou o rosto daquele que dirigia a motocicleta, mas o garupa estava de boné e, por isso, não conseguiu ver direito seu rosto. Mencionou que chegou a pedir para pegar o celular de sua irmã e um kit de maquiagem que estavam no carro, mas não foi autorizada. Disse que os agentes levaram seu carro, no interior do qual havia um mimeógrafo, bolsa com carteira, celular e roupas. Acrescentou que durante o roubo, os agentes ficaram com a mão embaixo da blusa simulando estarem armados, porém não chegou a ver nenhuma arma e não quis se certificar se ele estava armado. Disse que no dia seguinte, sua carteira com documentos e alguns cartões bancários foram devolvidos na portaria de sua casa, não sabendo dizer quem os entregou.

[...]

Passo à dosagem das penas.

Na dosagem das penas, temos que o réu cometeu o crime nas condições normais previstas no tipo penal, além de ser primário e não ostentar maus antecedentes, podendo, assim, ter as penas-base fixadas no mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, observados os critérios do artigo 59.

Presente a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, eis que a vítima informou que na ocasião estava acompanhada de três crianças, as quais contavam com cinco e oito anos, quando foi abordada. Presente também as atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea. Assim, compenso a agravante com as atenuantes, mantendo as penas em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, até porque não caberia redução nesta fase, eis que as penas foram fixadas no mínimo legal.

Não há causas de diminuição de pena a serem consideradas.

Presente, por outra vertente, a causa de aumento do inciso II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, assim, acresço as penas fixadas de um terço, fixando as reprimendas, em definitivo, em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Diante da quantidade da pena imposta impossível a concessão do benefício do sursis, bem como a substituição da pena por restritiva de direitos.

[...]

O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade é o fechado, o único adequado ante as circunstâncias do crime. Este regime de cumprimento de pena privativa de liberdade se justifica, não só pela pelas circunstâncias do delito, mas também pelo fato de que a sociedade, nos grandes centros, está aterrorizada diante do crescimento da criminalidade e da violência, mormente ante a abundância de delitos contra o patrimônio praticados cada vez de modo mais frio e arrojado, cabendo ao Poder Judiciário coibir os casos que vêm à sua análise, buscando devolver aos cidadãos um mínimo de paz social e ordem pública.

A Corte paulista, por sua vez, ratificou o entendimento acima, asseverando para tanto que *o regime prisional fechado imposto foi devidamente fundamentado e fica mantido, pois trata-se de crime grave que, cada vez mais e de forma incessante, vem trazendo desassossego à sociedade em geral, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes. Estes merecem, portanto, receber uma resposta enérgica do Poder Judiciário. É o que espera e vem pedindo a sociedade* (e-STJ fl. 30).

Conforme se depreende pela leitura dos trechos acima, o regime inicial fechado, mais severo do que a pena de 5 anos e 4 meses de reclusão comporta, foi fixado, sem fundamentação idônea, baseada apenas na gravidade em abstrato do delito de roubo majorado pelo concurso de agentes, afrontando o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República e na Súmula n. 440/STJ, 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.*

Com efeito, não se pode olvidar que, apesar de incidente a agravante inculpada no art. 61, II, "h", não houve o cometimento de violência real contra a vítima e os menores, de tal sorte que a conduta perpetrada não extrapolou àquelas inerentes ao próprio tipo penal violado.

Nesse contexto, tendo em vista o *quantum* da pena, a primariedade do agente e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis,

tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, resulta cabível o regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal e da Súmula n. 440/STJ.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO CABÍVEL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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".

[...]

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar, para fixar o regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando pena em regime mais severo. (HC n. 439.945/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 10/5/2018)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE RECLUSÃO DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

– 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 (enunciado n. 440 da Súmula do

STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

– No caso dos autos, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final ter sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas em elementos inerentes ao próprio tipo penal, e no fato de o paciente estar preso por outro processo, ainda em curso, fundamento igualmente inidôneo. Incidem, ao caso, assim, os referidos enunciados sumulares.

– Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar regime inicial aberto. (HC n. 381.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 21/2/2017)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem *ex officio*, para fixar o regime inicial semiaberto ao paciente, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator