HABEAS CORPUS Nº 500.545 - SP (2019/0084675-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		MARCO CHRISTIANO CHIBEBE WALLER - SP282172
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ADALBERTO JOSÉ DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	:	DAVID DA SILVA MANDICI (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ADALBERTO JOSE DA SILVA** e de **DAVID DA SILVA MANDICI** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime prisional fechado, mais 13 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal (e-STJ, fls. 12-19).

Da sentença, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu ao recurso, nos moldes da seguinte ementa:

> "Apelação. Crime de roubo majorado pelo concurso de agentes. Sentença condenatória. Recurso da defesa. 1. Quadro probatório suficiente para evidenciar a responsabilidade penal dos acusados. Autoria e materialidade positivadas. 2. Sanção que não comporta reparo. Recurso desprovido" (e-STJ, fl. 33).

Neste writ, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "o art. 59, do Código Penal, é utilizado como parâmetro de decidir em dois momentos distintos da individualização da pena, quais sejam: (i) na fixação da pena-base, por expressa determinação do art. 68, do Código Penal; (ii) na determinação do regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal, consoante a dicção do art. 33, § 3º, do Estatuto Repressivo"; b) "na primeira fase da dosimetria, deve o magistrado exarar um juízo de valor acerca das circunstâncias mencionadas no art. 59 do CP (e no artigo 42, em se tratando dos delitos previstos na Lei nº 11.343/06). Se da análise de cada um desses elementos no caso concreto resultar um juízo favorável ao paciente, não poderá o julgador fixar a reprimenda acima do mínimo legal abstratamente cominado ao delito"; c) "não há, no caso, uma motivação idônea a justificar o estabelecimento do regime mais gravoso, pois a estrita observância dos critérios legais que regem a matéria levaria, necessariamente, à fixação do regime inicial semiaberto, já que todas as circunstâncias judiciais foram absolutamente favoráveis, já que a pena-base restou fixada no mínimo legal" (e-STJ, fls. 3-9).

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que seja fixado o regime prisional fechado para o início do desconto da reprimenda (e-STJ, fls. 30-38).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ, fls. 47-50).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Está inscrito na sentença:

> "Ante o reconhecimento de uma qualificadora, aumento a pena em um terço, resultando 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Os réus deverão iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, quer porque demonstram comportamento voltado para a prática criminosa, quer porque a ação mostrou-se ousada, praticando crime grave no interior de um coletivo, não se importando com eventual prisão, quer porque o réu David registra outras anotações, revelando que não aprendeu coisa alguma e nem aproveitou a oportunidade de estar em liberdade. Nada recomenda a adoção de regime menos gravoso. O regime mais brando afrontaria a finalidade de reprovação e prevenção da conduta delitiva, bem como não inibiria a reiteração de ações delituosas" (e-STJ, fl. 19).

Com efeito, os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Por certo, nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, bem como o óbice da Súmula/STJ 444, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, pois houve emprego de violência intensa na senda criminosa, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

Em verdade, a aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea.

Nesse sentido:

> "*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO ALICERÇOU-SE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
> 1. 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.
2. 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".
3. **Contudo, no caso, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal, uma vez que o regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito - o acusado praticou o delito mediante simulação de arma de fogo e no interior de transporte público, o que demonstra maior ousadia e periculosidade.**
- *Habeas corpus* não conhecido."
(HC 336.538/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CRIME PRATICADO EM CONCURSO DE PESSOAS EM TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
- O Superior Tribunal de Justiça -STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, 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 Superior tem se posicionado no sentido de que a arma de fogo inidônea para efetuar disparos não pode ser utilizada como majorante no delito de roubo, tendo em vista que, ante sua ausência de potencialidade lesiva, somente atua com a função de intimidar a vítima, caracterizando, assim, a grave ameaça inerente ao tipo penal. Ressalva do entendimento do Relator.
- É certo que a Jurisprudência desta Corte Superior, nos termos da Súmula n. 440/STJ, tem entendido que, fixada a pena-base no mínimo legal, a simples gravidade abstrata do crime de roubo circunstanciado não constitui motivação idônea para justificar a imposição do regime prisional fechado.
- **Todavia, no caso dos autos, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e a pena-base fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi fixado de forma concreta, sob o fundamento da existência de maior censurabilidade na conduta do réu que, mediante grave ameaça exercida com simulacro de arma de fogo e concurso de pessoas, praticou o delito dentro de transporte público coletivo, o que demonstra sua maior ousadia e periculosidade, não sendo o caso, portanto, de incidência da Súmula n. 440 do STJ.**

> *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento do emprego de arma, reduzindo a pena imposta para 5 anos e 4 meses de reclusão."
> (HC 286.046/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO, Desembargador convocado do TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014, grifou-se.)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ.*
Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator