HABEAS CORPUS Nº 489.094 - SP (2019/0009041-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
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	:	ROBERT HONORATO LIMA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ROBERTO HONORATO LIMA, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0000119-91.2017.8.26.0542.

Em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime inicial fechado e de 13 (treze) dias-multa, fixados no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (fls. 12-16).

O Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo defensivo, que pretendia o reconhecimento de nulidade no feito, a absolvição do agente por insuficiência probatória ou o redimensionamento da pena (fls. 39-50).

Alega a impetrante que não foram seguidas as exigências previstas no art. 226 do Código de Processo Penal para a realização do reconhecimento do paciente, *"tendo em vista que o recorrente não foi colocado ao lado de outros indivíduos que com ele guardem alguma semelhança"* (fl. 4).

Defende ser imprescindível a admissão da forma tentada do delito, pois o agente teria sido localizado na posse do bem supostamente subtraído pouco tempo após a ação delituosa não havendo a inversão da posse.

Sustenta que o paciente atende aos requisitos legais para iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto tanto em razão do **quantum** de pena imposto como diante da ausência de circunstâncias concretas que indiquem a necessidade do regime mais gravoso.

Requer, assim, a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido, tendo em vista a ausência de formalidades no reconhecimento judicial, nos termos do art. 226, do Código de Processo Penal. **Subsidiariamente**, pugna pelo reconhecimento da tentativa, com a aplicação da minorante em seu patamar máximo, e a alteração do regime prisional.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 63-64.

Informações prestadas às fls. 68-90.

O Ministério Público Federal, às fls. 101-107, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

> *"Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Não cabimento, nos termos da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Ausência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício. roubo majorado. Reconhecimento pessoal. Formalidades. Art. 226 do CPP. Ausência de nulidade. Desnecessidade da obtenção da posse mansa e tranqüila do bem para configuração do delito consumado. Regime fechado devidamente fundamentado. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Pelo não conhecimento do writ"* (fl. 101).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte

alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.**: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, quanto à alegada absolvição do paciente, causada pelo reconhecimento pessoal que não observou as formalidades legais, observo que não procede. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação. Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 83 DO STJ. INCIDÊNCIA EM AMBAS AS ALÍNEAS DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 226 DO CPP. NULIDADE NÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Este Tribunal Superior é firme no entendimento de que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova.*
>
> *[...]*

> *4. Agravo regimental não provido"* (AgRg no AREsp n. 768.850/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 2/2/2016).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. RECONHECIMENTO PESSOAL DA ACUSADA. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CPP. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. ALÍNEA "C". COMPROVAÇÃO DE DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL POR MEIO DE PARADIGMA PROFERIDO EM **HABEAS CORPUS**. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. As disposições insculpidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso.*
>
> *[...]*
>
> *4. Agravo regimental não provido"* (AgRg no AREsp n. 642.866/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/2/2016).

Ademais, o v. acórdão impugnado consignou à fl. 42, que: *"O Excelso Supremo Tribunal Federal tem entendido que o reconhecimento do réu, em Juízo, **por testemunhas idôneas e insuspeitas**, **como no caso em tela**, desmoraliza a negativa do acusado, que, a prevalecer, tornariam inexplicáveis as recognições"* (grifei).

Em relação ao pleito de reconhecimento da **forma tentada**, insta consignar que o **habeas corpus** não se presta para a apreciação de alegações que buscam a desclassificação da conduta imputada ao paciente, **em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.**

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO. ROUBO IMPRÓPRIO. FURTO SIMPLES TENTADO. REEXAME DE*

PROVAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem, de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. ***Quanto ao pleito de desclassificação da conduta imputada ao paciente, mostra-se inviável afastar os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias, pois demandaria o reexame de matéria fático-probatória, inadmissível na via estreita do habeas corpus.***

3. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal) deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do Código Penal), por serem igualmente preponderantes.

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para realizar a compensação entre as referidas circunstâncias, redimensionando a pena do paciente para 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa. (*HC 372.939/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Joel Ilan Paciornik**, DJe 10/2/2017, grifei).

Nesse contexto, não se cogita a desclassificação da conduta para a **modalidade tentada**, pois, nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "*consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada*". Mais recentemente, em 14/09/2016, a Terceira Sessão aprovou a **Súmula n. 582**, com a mesma redação.

Quanto ao regime prisional, a r. sentença condenatório,

acompanhada pelo v. acórdão impugnado, fundamentou a fixação do meio **fechado**, nos seguintes termos:

"O regime inicial reclusivo, ***dada a severa violência, é o fechado****. Veja- se que o* ***Réu bateu na ofendida, como se fosse seu direito agredi-la para assegurar a tomada de bem por ela conquistado****. Demonstrou, assim, intenso desrespeito às mais simples regras de convivência social, devendo enfrentar o regime mais rigoroso na tentativa de conscientização"* (fl. 15, grifei).

Na hipótese, denota-se no trecho acima transcrito que não assiste razão a impetrante. Isso porque, diante da fundamentação oferecida pelas instâncias ordinárias, não verifico a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial **fechado**, uma vez que há, nos autos, dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, **o paciente agrediu a vítima para assegurar o sucesso da empreitada criminosa demonstrando violência desnecessária** –, ainda que o **quantum** da pena seja inferior a oito anos.

Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, o que ensejaria violação dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF, como alegado pela defesa do paciente.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EMPREGO DE ARMA E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo*

penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.

2. A interpretação sistemática do artigo 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena permitem tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada.

3. No caso vertente, a valoração das causas especiais de aumento atinente ao emprego de arma e à restrição da liberdade vítima ensejou o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal (de 4 anos foi elevada para 4 anos e 6 meses de reclusão), quando, se considerada na terceira etapa da dosimetria da pena, poderia permitir o aumento da reprimenda de até metade.

*4. **Diante da fundamentação oferecida pelas instâncias de origem, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontado dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o fato de o réu haver usado arma de fogo e restringido a liberdade da vítima –, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).***

5. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp n. 1.551.168/AL, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2016, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RÉU REINCIDENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO.INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

*1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante deverá observar, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). **Ademais, na***

> ***esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal.***
>
> *2. Nesse contexto, não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sua condição de reincidente, somada à análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes, impede a aplicação do disposto na Súmula n. 269 desta Corte. Precedentes.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento"* (AgRg no HC n. 383.158/MG, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 28/8/2017, grifei).

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, havendo **fundamentação concreta**, e diante das **circunstâncias do caso**, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena.

Nesse sentido o seguinte precedente da col. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE, EM TESE. ANÁLISE DE CADA CASO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETADA À SEÇÃO.*
>
> *1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento, cabendo a análise de flagrante ilegalidade.*
>
> *2.* ***A Terceira Seção decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a***

caso.

3. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade, haja vista que a Corte estadual invocou concretamente as circunstâncias do delito para justificar o regime prisional fechado, em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foi indicada a concreta gravidade do crime (tentativa de matar mulher grávida de 4 meses, valendo-se das relações domésticas, mediante meio cruel e motivo fútil, inclusive na presença do filho de 4 anos da vítima e mediante "roleta russa").

4. Writ não conhecido" (HC n. 362.535/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 8/3/2017).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator