HABEAS CORPUS Nº 488.745 - SP (2019/0006486-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA - RJ165158
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	LEANDRO LOPES GONÇALVES (PRESO)
PACIENTE	:	DAVID RIBEIRO DE MORAES (PRESO)

DECISÃO

LEANDRO LOPES GONÇALVES e DAVID RIBEIRO DE MORAES, pacientes neste habeas corpus, alegam sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0019804-08.2017.8.26.0050).

Nesta Corte, a impetrante sustenta a ilegalidade na exasperação da pena-base, na impossibilidade de reconhecimento do crime único e na fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

Requer, liminarmente e no mérito, seja reduzida a reprimenda e alterado o regime.

Indeferida a liminar (fls. 69-70) e prestadas as informações (fls. 73-77 e 80-99), veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela concessão parcial da ordem, apenas em relação à pena-base, sem repercussão na sanção final dos pacientes (fls. 102-110).

Decido.

I. Pena-base

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum*

de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

Assim, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal. São elas: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

No caso, os pacientes foram condenados às idênticas penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, *caput*, ambos do Código Penal.

O Juiz de primeiro grau fixou as penas-bases em 4 anos e 8 meses de reclusão por entender desfavoráveis as **circunstâncias** do crime, pois "a vítima, além da grave ameaça, também foi agredida, tendo machucado seu dedo" (fls. 29 e 30).

No caso, entendo que não foi descrita uma situação de violência exacerbada que justifique a exasperação da pena em razão das circunstâncias do crime. Isso porque, o machucado no dedo da vítima deve ser considerado um ato inerente à conduta, que não extrapola a violência contida nas elementares do crime de roubo.

Saliento o registro na sentença de que "a ofendida tentou segurar a bolsa e houve luta corporal, em que acabou machucando seu dedo" (fl. 28).

Nesse sentido:

> [...]5. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia. **No caso, o fato de ter o réu Weslley desferido soco na vítima para concretizar a subtração não pode ser valorado negativamente, porquanto se trata de elementar da**

> **violência do roubo**.
> [...]
> 7. Habeas corpus não conhecido.
> (**HC n. 408.726/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 30/5/2018)

Assim, deve ser afastada a valoração negativa das circunstâncias do crime.

II. Crime único

O Juiz de primeiro grau, no que foi corroborado pela Corte estadual, refutou a ocorrência de crime único, "uma vez que o patrimônio de duas pessoas foi atingido, sendo que ambas as vítimas foram abordadas" (fl. 29).

A respeito do tema, a jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que, "atingidos os patrimônios individuais de vítimas distintas mediante uma única ação (desdobrada em vários fatos), não há falar em crime único, mas sim em vários crimes em concurso formal próprio." (**AgRg no REsp n. 1.189.138/MG**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 21/6/2013).

No mesmo sentido: **HC n. 265.544/SP** (Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 14/9/2015) e **HC n. 332.037/SP** (Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 21/10/2015).

Registro, ainda, que esse entendimento também é pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> [...]
> 1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da caracterização do concurso formal (art. 70 do Código Penal), quando o delito de roubo acarreta lesão ao patrimônio de vítimas diversas. Precedentes específicos: HC 103.887, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; HC 91.615, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 68.728, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.
> [...]
> 4. Ordem denegada.
> (**HC n. 96.787/RS**, Rel. Ministro **Ayres Britto**, 2ª T., DJe 21/11/2011)

Logo, não constato a ilegalidade apontada, pois, conforme narrado na denúncia, em ação única, foi atingido o patrimônio de mais de uma vítima.

III. Nova dosimetria

Assim, reconhecida a violação do art. 59 do Código Penal, afasto a valoração negativa das circunstâncias judiciais e passo à readequação das reprimendas.

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base de ambos os réus fica, então, estabelecida em 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa. Na segunda etapa, as penas permanecem inalteradas, por força da Súmula n. 231 do STJ, em que pese o reconhecimento das confissões espontâneas. Na terceira fase, a sanção é elevada em 1/3, em razão do concurso de agentes e do emprego de arma, o que perfaz 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 11 dias-multa. Por fim, as penas são elevadas em 1/6 pelo concurso formal de crimes, o que as torna definitivamente fixadas em **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais 15 dias-multa**.

IV. Regime

O Juiz de primeiro grau fixou o regime fechado para os réus, "ante a existência de circunstâncias desfavoráveis" (fls. 30 e 31).

A Corte estadual manteve o regime fechado, "tendo em vista o fato de ter sido o crime praticado em concurso de agentes, mediante violência e grave ameaça às vítimas, com emprego de arma de fogo, em via pública" (fl. 63).

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n.**

265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ªT., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

No caso, verifico que as instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi* e indicação de número excessivo de agentes, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso. Nesse sentido, entendo que **os elementos apresentados são inerentes ao crime praticado com as suas causas de aumento de pena e não se revestem da devida idoneidade para sustentar a fixação do regime mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada**.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

> [...]
> 7. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.
> 8. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.
> 9. O paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 6 anos e 10 meses de reclusão, deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2°, "b", e § 3°, do CP.
> 10. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para, na terceira fase da dosimetria do crime de quadrilha ou bando (atual delito de associação criminosa), reduzir à metade o aumento de pena procedido em razão da majorante do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, nos termos da Lei n. 12.850/2013, tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 6 anos e 10 meses de

> reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.
> (**HC n. 217.000/BA**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 29/8/2016)

Assim sendo, os pacientes primários, afastadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, e condenados à **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão**, devem cumprir as penas em regime inicial **semiaberto**, a teor do art. 33, § 2°,"b", e § 3°, do CP.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de reconhecer a ilegalidade na primeira fase da dosimetria, **sem reflexo na sanção final, e fixar o regime semiaberto aos pacientes**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**