HABEAS CORPUS Nº 501.615 - SP (2019/0090170-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WANDERSON LIMA BATISTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de WANDERSON LIMA BATISTA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0011728-58.2018.8.26.0050.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas), às penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 14 dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de corrigir a classificação legal, incluindo o dispositivo referente à prática do delito com arma de fogo (art. 157, §2º, II e §2º-A, I (acórdão de fls. 31/45).

No presente *writ* sustenta a ilegalidade da fixação do regime prisional mais gravoso. Salienta que, tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, e fixada a pena-base no mínimo legal, não há justificativa idônea para o agravamento do regime. Pondera que o regime prisional fechado foi fixado exclusivamente com base na gravidade abstrata do crime

Requer, em liminar e no mérito, a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Indeferido o pedido de liminar e dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls.53/59).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a

impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Questiona-se, no presente *writ*, a imposição do regime inicial fechado.

Nesse ponto, afirmaram as instâncias ordinárias:

> **Sentença:**
> *[...]*
> *Quanto à primeira fase, fixo a pena base acima do mínimo legal, considerando que responde a inúmeros roubos, conforme depoimento das testemunhas, reconhecido em 23 roubos, aumentando sua pena base em 1/6, passando para 04 anos e 08 meses de reclusão e o pagamento de 11 dias-multa.*
> *No que tange à segunda fase de dosimetria da pena, nada há a ser considerado.*
> *Por fim, quanto à terceira fase prevista no artigo 68 do Código Penal, aumento a pena 1/3, em virtude da causa de aumento decorrente do emprego de arma, razão pela qual a pena alcança 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 14 dias-multa.*
> *O valor do dia-multa será o mínimo legal (1/30 do valor do salário mínimo à época dos fatos), ante a condição econômica dos réus, haja vista que inexistem elementos a justificar a fixação acima deste patamar.*
> ***Nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado.***
> ***À míngua de outros elementos que autorizem a "progressão imediata" de regime de cumprimento da pena, a despeito de considerar o tempo que o réu se encontra detido, mantenho no regime inicial fechado, nos termos da nova redação do artigo 387, §2º, do CPP. Isto porque não basta apenas o requisito objetivo da pena, mas também os subjetivos e, à míngua destes, mantenho o regime inicial aplicado*** *(fls. 29/30)***.**
>
> **Acórdão:**
> *[...]*
> *Na primeira fase, a base foi recrudescida em 1/6 sob a motivação de que "reponde a inúmeros roubos" (fl. 141).*
> *Observo, no entanto, que a folha de antecedentes criminais (fls.*
> *76/87) e a certidão de objeto e pé (fls. 124/126) não apontam condenações definitivas, razão pela qual não pode ser utilizada para elevar a pena-base, em respeito à Súmula 444 do Col. STJ.*
> *Retorno, portanto, a base ao seu mínimo legal, qual seja, 04 anos de reclusão, além do pagamento de 10 dias- multa, no piso.*

> *Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes não houve alteração na reprimenda corporal.*
>
> *Na terceira fase, o aumento diante da causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo deve ser mantido, eis que fixado no mínimo, qual seja, 1/3, cenário favorável à Defesa, tornando a pena definitiva em 05 anos e 04 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa, com valor unitário mínimo.*
>
> ***DA FIXAÇÃO DO REGIME Deve ser mantido o regime fechado.***
>
> ***Esta solução está em consonância com o mais recente entendimento adotado pelo Col. STJ, em especial constante do julgamento do HC 286.077/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014, admitiu-se o regime inicial fechado em caso semelhante, no qual houve emprego de arma de fogo, com a seguinte fundamentação:***
>
> *[...]*
>
> *Necessária, por fim, a correção da classificação legal, pois entrou em vigor a Lei nº 13.654/2018, que introduz novo inciso para recrudescimento da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, mas sem reflexo na dosimetria, que deve permanecer como foi elaborada.*
>
> *Isso porque, com a entrada em vigor de Lei nova que preserva a causa de aumento, mas lhe dá nova definição jurídica, imperioso que seja corrigido, na parte dispositiva, o artigo de lei a que corresponda a anterior majorante, mas com a aplicação das frações anteriormente previstas, por ser inadmissível a retroação de lei nova que agrava a pena.*
>
> *Assim, preserva-se a fração de majoração em 1/3, e não incide a nova fração fixa de 2/3 estabelecida pelo legislador no novo § 2º-A, inc. I, do Código Penal.*
>
> *Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso de Wanderson Lima Batista para redimensionar sua pena a 05 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 13 dias-multa, com valor unitário mínimo, e imponho a correção da classificação legal, para considerá-lo como incurso no art. 157, § 2º, II, e §2º-A, I (introduzido pela Lei nº 13.654/2018), mantida, no mais, a r. sentença (fls. 40/45).*

A fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou de outro dado que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo.

Essa é a hipótese dos autos. O paciente praticou o delito demonstrando ousadia, em plena via pública e, especialmente, com o emprego de arma de fogo, artefato

que possui grande potencial lesivo. Todos esses elementos, em conjunto, demonstram a maior gravidade do delito e a elevada periculosidade do paciente, justificando, assim, a aplicação do regime fechado.

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440/STJ. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *- Na hipótese, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado à paciente Bruna, pois foi aplicado com base na gravidade concreta do modus operandi do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo, cometido em concurso de três agentes, com simulacro de arma de fogo, em via pública e no período noturno, ameaçando duas vítimas mulheres. Quanto ao paciente Eduardo, o regime mais gravoso foi fixado em razão da reincidência. Precedentes desta Corte.*
>
> *- A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. No caso, ainda que realizado o desconto do quantum da pena, do período que os pacientes se mantiveram em custódia preventiva, não há constrangimento ilegal na fixação pelo magistrado de regime inicial mais gravoso, fundamentando-se na reincidência de um dos pacientes e no modus operandi do delito, que recomendam maior rigor no cumprimento da pena.*
>
> *- Habeas corpus não conhecido.* (HC 355.088/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 22/06/2016)

> *HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CP. ART. 244-B DO ECA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*
>
> *2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a*

sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou particularidade fática, destacando "as circunstâncias do crime de roubo, praticado mediante o emprego de simulacro de arma de fogo e concurso de três agentes, um deles adolescente, que abordaram vítima mulher com sua filha de dez anos, revelando periculosidade incomum dos apelantes" (fl. 26), o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 380.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator