HABEAS CORPUS Nº 491.235 - SP (2019/0028181-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	FERNANDA COSTA HUESO - SP238066 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CAIQUE GALVES PEREIRA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de CAIQUE GALVES PEREIRA no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000643-60.2018.8.26.0540.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão em regime fechado e pagamento de 14 dias-multa no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, c/c o art. 70, ambos do Código Penal. A sentença não reconheceu o direito de apelar em liberdade (e-STJ fls. 18-25).

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo, "para tão somente, desclassificar os fatos para o delito de roubo simples, redimensionando-se a reprimenda para quatro (04) anos e oito (08) meses de reclusão e onze (11) diárias, no valor mínimo unitário" (e-STJ fls. 26-31).

A impetrante alega que "há a ocorrência de crime único, razão que o paciente subtraiu os referidos bens na mesma circunstância de fato e local com apenas uma conduta, desta feita, a pluralidade de sujeitos passivos não é suficiente para que incida o concurso formal" (e-STJ fl. 9).

Aduz que "se trata de réu primário, e desta forma não se vislumbra razão para impor regime prisional mais gravoso do que determina a lei" (e-STJ fl. 10).

Requer, liminarmente, a fixação do regime semiaberto. Quanto ao mérito, pretende o reconhecimento de crime único e a alteração do regime para o semiaberto.

Em parecer (e-STJ fls. 58-65), o Ministério Público Federal opinou pela não concessão da ordem.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

> *PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. INADMISSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL. NÃO CONFIGURADA. [...]. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *[...]*
> *III - **O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a***

> ***restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade***.
> *IV - Depreende-se da análise do presente feito que a decisão ora combatida não revela a mencionada ilegalidade, sobretudo no que toca à exigência da prática de ato de ofício para a configuração do delito de corrupção passiva, encontrando-se em conformidade com o entendimento, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto desse Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.*
> *[…]*
> *Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no HC 465.432/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 21/02/2019)*

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Por primeiro, cumpre destacar que o entendimento firmado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que evidenciado que o roubo foi praticado contra vítimas distintas, na mesma situação fática e objetivando patrimônios diferentes, tem-se como caracterizado o concurso formal, e não a hipótese de crime único.

Neste sentido (grifos acrescidos):

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO E EXTORSÃO.* ***CONCURSO FORMAL. CONFIGURAÇÃO. AÇÃO ÚNICA E VÍTIMAS DISTINTAS. PRECEDENTES.*** *INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DE EXTORSÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TERCEIRA FASE. CAUSAS DE AUMENTO DO CRIME DE ROUBO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. QUATRO AGENTES NA PRÁTICA DELITIVA. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE E AGRESSÃO. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
> *1.* ***O entendimento desta Corte é o de que a prática do crime de roubo mediante uma só ação, mas contra vítimas distintas, enseja o reconhecimento do concurso formal, e não de crime único. Precedentes do STJ (HC 366.078/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/2/2017).***
> *2. Quanto ao concurso de crimes, inafastável a incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, porquanto necessário o reexame do conjunto fático-probatório.*
> *[…]*
> *5. Agravo regimental desprovido.*
> *(AgRg no AREsp 968.423/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019)*
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, II, DO CÓDIGO*

> *PENAL. CRIME COMETIDO MEDIANTE UMA SÓ AÇÃO. PATRIMÔNIOS DIVERSOS. CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ELEMENTOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
> *1. É assente neste Tribunal Superior que, praticado o crime de roubo mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não há se falar em crime único, mas sim em concurso formal, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes.*
> *2. Não foram arrolados dados concretos a justificar o recrudescimento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, haja vista que as instâncias de origem, ao mencionarem a utilização de uma motocicleta e o emprego de simulacro, teceram apenas considerações baseadas em elementos ínsitos ao tipo penal violado. Imprescindível o decote no incremento sancionatório para fixar a pena-base no mínimo legal.*
> *3. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*
> *(HC 425.605/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 05/04/2018)*

No que concerne ao regime inicial para o cumprimento da pena, constata-se que o Tribunal de origem conservou o modo prisional fechado nos seguintes termos, a saber (e-STJ fls. 30-31):

> *[…]*
> *O regime prisional mais gravoso foi bem justificado, razão pela qual resta inalterado. Trata-se (o roubo) 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. O estabelecimento de regime prisional diverso para tais casos certamente revelar-se-ia medida insuficiente para a reprovação e prevenção de tal espécie delituosa, ainda mais em face da concreta e evidente maior periculosidade do agente e de seu manifesto desajuste para a vida em sociedade, tanto que se valeu de uma arma branca para ameaçar as ofendidas e subtrair seus bens.*

Verifica-se da leitura do excerto supra que a pena-base foi estabelecida no patamar mínimo e que o regime mais rigoroso embasou-se em elementos genéricos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado 440, a saber:

> *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.*

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes 718 e 719, respectivamente:

> A *opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Nesse norte, os seguintes julgados (grifos acrescidos):

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MENORIDADE RELATIVA. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA N. 440/STJ. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> ***- As circunstâncias judiciais foram favoráveis (art. 59 do Código Penal - CP), os pacientes são primários e o regime fechado foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito. Assim, é cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal e do enunciado n. 440 da Súmula da desta Corte.***
> *[…]*
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto aos pacientes.*
> *(HC 341.394/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016)*
>
> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULAS 440/STJ, 718/STF e 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> ***- Os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça refutam a imposição do regime mais gravoso que aquele previsto em lei em razão do quantum de pena, quando fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito.***

> ***- No caso do autos, fixada a pena-base no mínimo legal, a determinação de regime inicial mais gravoso não está lastreada em fundamentação concreta e idônea, a atrair ao caso a incidência dos referidos enunciados de Súmula e a aplicação do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.***
> *- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.*
> *(HC 340.434/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 10/02/2016)*

Portanto, fixada a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício em parte, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para **alterar o regime inicial para o semiaberto,** mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como o Juízo singular.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator