HABEAS CORPUS Nº 486.259 - SP (2018/0344763-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO ROSELY GALVÃO MOTA - SP264777
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DANILO MICAEL ALVES DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	:	LUIZ FERNANDO DE ASSIS MONTEIRO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de DANILO MICAEL ALVES DOS SANTOS e LUIZ FERNANDO DE ASSIS MONTEIRO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação n. 0002517-05.2017.8.26.0544.

Infere-se dos autos que os pacientes foram condenados por infração ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I e II c.c. art. 14, inciso II e no art. 157, § 2º, incisos I e II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal (roubo circunstanciado tentado em continuidade com roubo circunstanciado consumado), à pena de 06 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado.

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal deu parcial provimento ao recurso, sem reflexo, todavia, na pena final aplicada. Eis a ementa do julgado:

> *ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO Concurso de agentes e arma de fogo Quadro probatório que se mostra seguro Prova da materialidade e autoria Palavras das vítimas confissão Pena confissão e menoridade relativa pretensão de fixação aquém do mínimo legal impossibilidade Súmula 231 C.*
>
> *STJ afastamento da causa de aumento do emprego de arma de fogo necessidade - arma apreendida e não periciada - Regime fechado justificado - Recurso parcialmente provido, sem modificação da pena (voto n. 38242) (fl. 74).*

Na presente impetração, busca a defesa o afastamento do regime inicial fechado, ao argumento de que este foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação do regime semiaberto.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério

Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e, se conhecido, pela sua denegação (fls.172/175).

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:**
> *[...]*
> *Os réus são primários e sem antecedentes criminais, pelo que fixo as penas- bases em seu grau mínimo, estabelecendo-as em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, estabelecida a unidade no piso mínimo.*
> *Na segunda fase, ausentes agravantes, faz-se presente a atenuante genérica da menoridade relativa e da confissão espontânea. Contudo, consoante a Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a incidência de atenuantes não pode conduzir à redução da pena aquém do mínimo legal, razão pela qual, nesta fase da dosimetria da pena, deve ser mantida a pena base fixada.*
> *Considerando o reconhecimento das causas de aumento do emprego de arma e do concurso de agentes, elevo as penas aplicadas em ? (um terço), estabelecendo-as em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantida a unidade no piso mínimo, penas estas que torno definitivas ante a ausência de modificadoras a considerar.*
> *Por fim, considerando o reconhecimento do crime continuado e o número de ilícitos praticados, elevo a pena aplicada em 1/6 (um sexto), estabelecendo-a em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, mantida a unidade no mínimo legal.*
> *Os réus iniciarão o cumprimento de sua pena no regime fechado, sendo este o mais adequado para o cumprimento dos requisitos de prevenção e repreensão ao crime praticado, sendo-lhes negado o direito de recorrer desta sentença em liberdade, uma vez que se encontram presentes os requisitos que determinaram a manutenção da custódia cautelar reforçados, ainda mais, por esta sentença (fls. 42/43).*

Acórdão:

[...]

O regime fechado se justifica.

Para a fixação do regime de cumprimento de pena, deve o magistrado, verificando a quantidade da pena e com base no artigo 33, §3º, do Código Penal e sopesando os critérios previstos no artigo 59 do mesmo Código, estabelecer o regime penitenciário.

Mesmo não sendo a quantidade da pena, por si só, que determina o regime, há necessidade de motivação idônea quando se opta pelo mais severo (STF, Súmula 719). E a justificativa não pode se basear unicamente na gravidade do delito (STF, Súmula 718), pois, fosse essa a intenção do legislador, bastaria a anotação na lei de que, para o crime de roubo, o regime seria o fechado.

Contudo, fundamentou o juízo a necessidade do regime fechado como o mais adequado para o cumprimento dos requisitos de prevenção e repressão do crime praticado.

E a reforçar ser imperiosa sua fixação, nos termos do art. 33, §3º, do Código Penal, verifica-se que os apelantes praticaram dois roubos, na forma continuada, submeteram as vítimas ao crivo de grave ameaça, a demonstrar maior reprovabilidade das condutas (fls. 82/83).

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. Os pacientes praticaram dois crimes de roubo, em plena via pública, com um total de três agentes e 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, 16 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator