

HABEAS CORPUS Nº 503.887 - SP (2019/0103326-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : ANDRE TRETTEL
ADVOGADO : ANDRÉ TRETTEL - SP167145
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCIO CONCEICAO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de revisão criminal, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCIO CONCEIÇÃO DOS SANTOS, contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0064684-66.2009.0050.

Depreende-se dos autos que, em primeira instância, forma condenados dois corréus e absolvido da imputação como incurso nas sanções do artigo 157, paragrafo 2º, incisos II e V, e art. 288, **caput**, todos do Código Penal (fls. 133-140).

Irresignadas, defesa e acusação interpuseram recursos de apelação ao Tribunal de origem, que negou provimento aos apelos defensivos e deu provimento ao apelo ministerial, para condenar o paciente às penas de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, parágrafo 2º, incisos II e V, c/c o art. 14, inciso II e o art. 70, todos do Código Penal, em v. acórdão assim ementado:

"Roubo - Prova - Suficiência - Condenação decretada. Suficiente o acervo probatório composto por prova oral incriminadora, de rigor a manutenção da condenação de Walter e Jefferson e o reconhecimento da condenação dos demais acusados. Roubo qualificado - Regime prisional fechado - Entendimento. Em se tratando de roubo qualificado, a opção pelo regime fechado mostra-se mais adequada, posto que se enfrenta delito que causa grande abalo ao corpo social, apresentando-se, na atualidade, como maior fonte de sua inquietação. Quadrilha - Prova - Insuficiência. Indícios que não atingem o 'status' de

prova segura não se prestam a embasar édito condenatório. Diante de conjunto probatório insuficiente, deve prevalecer o 'in dubio pro reo'." (fl. 143).

Consta, ainda, que a defesa interpôs recurso especial inadmitido na origem. Da decisão que inadmitiu o recurso especial, a defesa interpôs agravo (**AResp 424.500/SP**), o qual não foi conhecido, tendo a decisão transitado em julgado no dia 17/11/2014.

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, consubstanciado na condenação do paciente ante a inexistência de indícios suficientes de autoria.

Aduz, nesse sentido que: "*Inobstante a reforma da r. sentença monocrática absolutória do Juízo a quo, não ficou devidamente comprovado em nenhum momento a autoria delitiva ou nexo de causalidade do ato ilícito ora apontado a parte Paciente.*" (fl. 7).

Assevera que deveria ser reconhecida a tentativa, em razão de não ter havido a posse mansa e pacífica do produto do roubo.

Diz, ainda, que o regime inicial fechado foi determinado com base apenas na opinião do colegiado estadual e na gravidade abstrata do delito, contrariando as súmulas 718 e 719 do STF, e a súmula 440/STJ.

Requer, ao final, a absolvição do paciente, ou, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para a forma tentada, e a fixação do regime semiaberto para início do desconto da sanção corporal.

A liminar foi indeferida às fls. 207-209, e as informações foram prestadas às fls. 213-245.

O Ministério Público Federal, às fls. 247-252, manifestou-se pelo parcial conhecimento do **writ**, e pela denegação da ordem, na parte conhecida, em parecer ementado nos seguintes termos:

"HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO

MAJORADO, EM CONCURSO FORMAL (ART. 157, §2º, II E V, CC. O ART. 70, AMBOS DO CP). CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA, À PENA DE 06 ANOS, 02 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. WRIT QUE PLEITEIA A ABSOLVIÇÃO DO RÉU, POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. TEMA QUE NÃO PODE SER CONHECIDO PELO STJ, POR IMPLICAR REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA, VEDADO NA ESTREITA VIA DO REMÉDIO HEROICO. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME, DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO CONSUMADO PARA A FORMA TENTADA DA MESMA INFRAÇÃO. DESCABIMENTO. CONSUMA-SE O DELITO DE ROUBO COM A INVERSÃO DA POSSE DO BEM, MEDIANTE O EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, AINDA QUE POR TEMPO BREVE E EM SEGUIDA À PERSEGUIÇÃO IMEDIATA DO AGENTE, COM A RECUPERAÇÃO DA COISA ROUBADA, SENDO PRESCINDÍVEL SUA POSSE MANSA E PACÍFICA OU DESVIGIADA. WRIT QUE BUSCA A ALTERAÇÃO DO REGIME CARCERÁRIO INICIAL, DO FECHADO PARA O SEMIABERTO. DESCABIMENTO. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO CAPAZ DE JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO, COM LASTRO NOS PRINCÍPIOS DA NECESSIDADE E DA SUFICIÊNCIA DA RESPOSTA PENAL, COMO FATORES DE REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. GRAVIDADE CONCRETA DA INFRAÇÃO EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI EMPREGADO. PARECER PELO PARCIAL CONHECIMENTO DO MANDAMUS E, NESSA MESMA EXTENSÃO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM POSTULADA." (fls. 247-248).

É o relatório.

Decido.

A **Terceira Seção desta Corte**, nos termos do entendimento firmado pela **Primeira Turma do col. Pretório Excelso**, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente **mandamus**, porquanto **substitutivo de revisão criminal**.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Como relatado, pretende o impetrante, em síntese, a absolvição do paciente, ou, subsidiariamente, a desclassificação da conduta para a forma tentada, e a fixação do regime semiaberto para início do desconto da sanção corporal.

Quanto ao pleito de absolvição do paciente, ao argumento de que estão ausentes as provas aptas a lastrear a condenação, verifica-se que o eg. Tribunal de origem, ao julgar o apelo ministerial, reformando o entendimento exarado pelo d. juízo de primeiro grau, entendeu estarem presentes provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva do crime conforme o seguinte excerto do v. acórdão objurgado, **verbis**:

"Enquanto os apelos defensórios não devem prosperar, o ministerial é de ser parcialmente agasalhado.

A condenação de todos os acusados pelo crime de roubo é medida de rigor, havendo nos autos prova suficiente para embasá-la.

Apesar das negativas por eles ofertadas em Juízo (fls. 315/321), certas restaram suas participações na empreitada delituosa.

[...]

A compor harmônico quadro, a incriminadora apreensão da 'res' em poder do acusado Jefferson ('auto' de fls. 26/29), acarretando a inversão do ônus probatório, com a presunção de sua responsabilidade.

[...]

Complementando a prova, os depoimentos dos policiais militares Dimas e João, dando conta das circunstâncias que cercaram a prisão dos acusados (fls. 210/228).

[...]

Acresça-se, por oportuno, que bem caracterizada restou a

participação dos acusados Márcio e Eduardo, absolvidos na ação delituosa, vez que, reconhecidos, como já visto, na fase policial pelas vítimas, e, surpreendidos na residência do réu Walter, na posse da motocicleta utilizada na ação criminosa. Ressalte-se, ainda, que, quando da chegada da polícia puseram-se em fuga, sendo, entretanto, detidos pelos milicianos.

De rigor, portanto, o decreto condenatório de todos os envolvidos no delito patrimonial." (fls. 146-149, grifei).

Afere-se, pois, que **o eg. Tribunal de origem entendeu que foram produzidas provas suficientes da materialidade e autoria do delito, bastantes para a condenação**, notadamente em razão das declarações dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante.

Com efeito, modificar esta conclusão para absolver o paciente demandaria, impreterivelmente, **o amplo revolvimento do acervo fático probatório dos autos**, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **habeas corpus**.

No mesmo diapasão, o pleito de reconhecimento da tentativa não merece conhecimento, eis que para tanto seria da mesma forma necessário o revolvimento do acervo fático probatório dos autos.

Este é o entendimento unânime do col. Pretório Excelso, consoante os seguintes precedentes:

**"RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS"
– ALEGADA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – ILIQUIDEZ DOS FATOS – CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA ESSENCIALMENTE PROBATÓRIA – INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO "HABEAS CORPUS" – PLEITO DE RECONHECIMENTO DE ERRO NA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL – PENA-BASE ESTABELECIDA EM LIMITE SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – DECISÃO FUNDAMENTADA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA SANÇÃO PENAL – NECESSÁRIO REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO – MATÉRIA PRÉ-EXCLUÍDA DO ÂMBITO DO "WRIT" CONSTITUCIONAL – RECURSO DE AGRAVO**

IMPROVIDO" (AgR no RHC n. 144.609/PE, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 13/06/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 1º DA LEI 8.137/90. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. INVIABILIDADE DO WRIT PARA REANALISAR PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSOS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DE ATIPICIDADE DO CRIME. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O objeto da tutela em habeas corpus é a liberdade de locomoção quando ameaçada por ilegalidade ou abuso de poder (CF, art. 5º, LXVIII), não cabendo sua utilização para reexaminar pressupostos de admissibilidade de recursos de outros tribunais.

2. A negativa de autoria do delito não é aferível na via do writ, cuja análise se encontra reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido. Precedentes: HC 114.889-AgR, Primeira Turma, minha relatoria, DJe 24/09/13; HC 114.616, Segunda Turma, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe 17/09/13.

3. In casu, o recorrente está sendo investigado em diversos inquéritos policiais e representações fiscais que apuram a prática de crimes previstos na Lei n.º 8.137/90.

4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, exaustivamente, no artigo 102, inciso I, alíneas d e i, da Constituição da República, sendo certo que o paciente não está arrolado em qualquer das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

5. Agravo regimental desprovido" (AgR no HC n. 142.018 AgR, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 16/06/2018, grifei).

No mesmo sentido, os seguintes julgados desta Corte Superior:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA DA CULPABILIDADE E DA QUALIFICADORA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO E DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. INDEVIDO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Em relação ao capítulo da fixação de regime semiaberto, verifica-se que tal matéria não foi sequer devolvida para o Tribunal a quo, por ocasião do julgamento da revisão criminal, nem por ele foi apreciada. Quanto aos capítulos da exclusão da qualificadora disposta no inciso IV do § 2º do art. 121 do CP e do afastamento da valoração negativa da culpabilidade, o Tribunal não os apreciou, por entender não ser a revisão criminal uma segunda apelação. Por conseguinte, a Corte de origem tão somente analisou a legítima defesa putativa e a dosimetria da pena-base, relativa aos antecedentes, e demais fases. Portanto, como não há decisão de Tribunal, inviável a apreciação dos temas por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal.

3. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente e o reconhecimento do privilégio, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, não ocorrido o privilégio do homicídio e a legítima defesa putativa, inviável nesta célere via do habeas corpus, que exige prova pré-constituída, pretender conclusão diversa. Ademais, a revisão criminal somente é admitida caso reste configurada uma das hipóteses elencadas no art. 621 do Código de Processo Penal. Entrementes, neste writ, a defesa apenas pretendeu rediscutir fatos, sem que tenha sido comprovada a presença de novas provas capazes de justificar o

pleito absolutório.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 493.740/PR, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 27/05/2019, grifei).

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. PROVA NOVA. DECLARAÇÃO DA VÍTIMA. ERRO DE TIPO. REVOLVIMENTO DO SUBSTRATO FÁTICO. ORDEM DENEGADA.

1. Espécie em que o Paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A, na forma do art. 71, parágrafo único, ambos do Código Penal. Interposto recurso de apelação pela Defesa, o Tribunal de origem negou-lhe provimento, determinando-se a execução provisória da pena tão logo exaurida a instância ordinária.

2. No presente writ, pleiteia-se seja interrompida a execução provisória do acórdão condenatório, sob a alegação de que o Paciente incorreu em evidente erro de fato alegadamente demonstrado na declaração prestada pela Vítima em 07/03/2018 (prova nova).

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n.º 964.246 RG/SP, submetido ao regime de repercussão geral, reafirmou o entendimento de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal" (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe de 25/11/2016). Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

4. A apreciação da alegada excepcionalidade para a execução provisória da pena, resultante da prova nova de que houve erro de tipo e da inocência do Paciente, demandaria o revolvimento do substrato fático a ponto de infirmar a conclusão da sentença e do acórdão condenatório - especialmente porque, "ainda que a retratação da vítima possa embasar a propositura de revisão criminal, configurando prova nova para fins do art. 621, III, do CPP, importa reconhecer que o seu depoimento deverá ser apto a conduzir à absolvição do sentenciado" (RHC 94.036/PR, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 30/05/2018), pretensão que não pode ser satisfeita na via estreita do habeas corpus.

5. Ordem denegada. (HC 461.155/SP, Sexta Turma, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 24/04/2019).

Ademais, quanto à consumação do delito, está consignado no v. acórdão reprochado que houve a inversão da posse da **res furtivae**:

"Outrossim, o roubo, tal como pleiteado pelo Ministério Público, resultou consumado.

De efeito, houve efetiva subtração dos bens descritos na exordial, mantendo os acusados, ainda que de modo efêmero, a posse tranquila e desvigiada da 'res'.

De qualquer forma, o entendimento que vem predominando, tem como consumado o roubo, tão-só, pela subtração dos bens da vítima, mediante violência ou grave ameaça, ainda que, em ato contínuo, de imediato, o próprio ofendido detenha o agente e recupere a 'res'." (fl. 149, grifei).

Verifica-se, destarte, que não há que se falar em constrangimento ilegal, estando o v. acórdão vergastado, no **punctum saliens**, em perfeita harmonia com o entendimento firmado por esse superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, havendo a inversão da posse, é prescindível a posse mansa e pacífica para a consumação do delito de roubo, consoante a seguinte jurisprudência:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. QUALIFICADORA DA ESCALADA AFASTADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. PENA INALTERADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REPRIMENDA REDUZIDA AO PISO LEGAL. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. MULTIRREINCIDÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. No que tange à dosimetria, a individualização da

pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Quanto à escalada, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal exige exame pericial, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito, o que não restou explicitado nos autos.

4. No caso, conquanto tenha sido realizado exame pericial, o experto somente constatou o rompimento de obstáculo, sem ter tecido qualquer consideração acerca da escalada. Além disso, o Magistrado processante reconheceu a incidência de tal qualificadora com fundamento em provas testemunhais, não tendo declinado fundamento apto a justificar a ausência da perícia no ponto.

5. Reconhecida a presença de duas ou mais qualificadoras, apenas uma delas será utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais deverão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial na primeira fase da etapa do critério trifásico, se não for prevista como agravante.

6. Embora o réu tenha sido condenado pela prática do crime de furto duplamente qualificado, percebe-se que a qualificadora remanescente não foi utilizada na dosagem da pena, conforme o admitido pela jurisprudência desta Corte. Assim, tratando-se do crime de furto qualificado em razão do rompimento de obstáculo, o afastamento da qualificadora da escalada não implica redução da reprimenda, pois tal circunstância não foi valorada na pena-base ou como agravante.

7. Nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

8. Quanto ao momento consumativo do crime de furto, nos mesmos moldes do crime de roubo, é assente a adoção da teoria da amotio por esta Corte e pelo Supremo Tribunal

Federal, segundo a qual os referidos crimes patrimoniais consumam-se no momento da inversão da posse, tornando-se o agente efetivo possuidor da coisa, ainda que não seja de forma mansa e pacífica, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

9. *Se as instâncias ordinárias reconheceram ter havido a inversão da posse da res furtivae e, por consectário, a consumação do crime de furto qualificado, para infirmar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do writ.*

10. *Tratando-se de réu multirreincidente, porém primário, e que fora condenado à pena de 2 anos de reclusão, deve ser mantido o regime prisional semiaberto para o início do desconto da sanção corporal a ele imposta, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*

11. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para afastar a incidência da qualificadora da escalada, sem alteração do quantum de reprimenda, e reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e, portanto, reduzir a reprimenda imposta ao réu a 2 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório." (HC 508.935/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 04/06/2019).*

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CONSUMAÇÃO. POSSE PACÍFICA E DESVIGIADA. PRESCINDIBILIDADE. GRAVE AMEAÇA. COMPROVAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DEFERIDA.

1. *A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ.*

2. *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.*

3. *A desconstituição das premissas fáticas do acórdão de que a apelante e a comparsa encurralaram e ameaçaram a vítima de morte, é matéria que demanda reexame fático-probatório, vedado pela incidência do óbice descrito na Súmula 7/STJ.*

4. *O Pleno do Supremo Tribunal Federal,*

apreciando medida cautelar nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44 (DJE 11/10/2016), por maioria, reafirmou o entendimento da possibilidade de execução provisória da pena, na ausência de recurso com efeito suspensivo, confirmada, ainda, em repercussão geral (ARE 964246 RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, DJe 25/11/2016). Aplicam-se, pois, os arts. 637 do CPP e 27, § 2º, da Lei 8.038/90, c/c a Súmula 267 do STJ, autorizando-se o imediato início do cumprimento da pena.

5. *Agravo regimental improvido e execução provisória deferida.*" (AgRg no REsp 1431682/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 27/03/2018, grifei).

Tal matéria encontra-se, inclusive, sumulada, conforme se depreende do enunciado sumular nº **582/STJ**, **in verbis**: "*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 à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada*".

No que pertine ao pleito de abrandamento do regime inicial para cumprimento da pena, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Na hipótese, ressaí dos autos que o eg. Tribunal **a quo**, no julgamento da apelação criminal interposta pelo Ministério Público da sentença absolutória, fixou a pena-base no mínimo legal e fixou o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito.

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo o seguinte excerto do v.

acórdão reprochado, no que interesse ao ponto, **verbis**:

"Preservado o critério adotado pelo MM. Juiz sentenciante na primeira e segunda fases da dosimetria, registre-se que quanto às qualificadoras, fica mantido o aumento de 1/3 ante a falta de recurso ministerial neste sentido e que, por isso, será o adotado nesta sede recursal, afastando-se, em seguida, a tentativa, e acrescentando-se 1/6 pelo concurso formal, perfazendo a pena de todos os réus o total de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, mais 15 dias multa, uma vez que Márcio e Eduardo, assim como Walter e Jefferson, são primários e de bons antecedentes.

Por fim, fica mantido, em relação a Walter e Jefferson, bem como é estabelecido para Márcio e Eduardo o regime prisional fechado para início de cumprimento do escarmento.

Destarte, malgrado a primariedade dos acusados, a tranquilidade e a segurança do corpo social, diante do crescente aumento da criminalidade violenta, devem ser resguardadas, não se olvidando que a hipótese dos autos roubo qualificado pelo concurso de pessoas e restrição à liberdade das vítimas - denota maior periculosidade dos agentes.

E, tanto mais se mostra necessária a fixação do regime mais gravoso ao se vislumbrar, no caso em exame, a extrema ousadia dos acusados que abordaram o veículo das vítimas, restringiram suas liberdades e subtraíram os bens descritos na inicial." (fls. 151-152, grifei).

Com efeito, a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que *"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"* (Súmula n. 718/STF), e que *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF).

Importante consignar, ainda, que, *"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"* (Súmula n. 440/STJ).

In casu, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do

que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

Sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **b**, do Código Penal.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. [...]

2. Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

3. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

4. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de roubo, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. Além disso, o simples fato de o paciente ter sido beneficiado com o reconhecimento da continuidade delitiva não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se, por outro motivo, estiver descontando pena em regime mais severo" (HC 356.130/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 14/11/2016, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO

MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO, PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA, COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

V. Cuida-se, na presente hipótese, de réu primário, cuja pena definitiva restou fixada em 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 CP), e o regime inicial estabelecido com base na gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo. O mesmo acórdão registrara que, "neste caso concreto, apesar do uso de uma arma de fogo e concurso de pessoas, não se vislumbra relevância em tais circunstâncias".

VI. Se todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente, primário, sendo-lhe fixada a pena-base no mínimo legal, não há como manter o regime inicial fechado, invocando a gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, razão pela qual deve ser fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal. Incidência das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

VII. Habeas corpus não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, §§ 2º, b, e 3º, CP)" (HC 274.655/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 3/2/2014, grifei).

Ante o exposto, não conheço do presente habeas corpus.

Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, apenas para estabelecer o **regime inicial semiaberto** para início de resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator

