

HABEAS CORPUS Nº 537.173 - SP (2019/0296319-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : MARIANA ZAKIA CAVALCANTI - SP236436
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIO VINICIUS DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de CAIO VINICIUS DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0000516-69.2016.8.26.0548.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 3 dias-multa, pela prática do crime previsto no **art. 157, § 3º, primeira parte, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, em sua redação anterior à edição da Lei n. 13.654/2018** (e-STJ, fls. 25/31).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para reduzir a sanção imposta ao paciente para 1 ano, 5 meses e 4 dias de reclusão e 4 dias-multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ, fls. 63/70). Segue a ementa do acórdão:

Apelação. Crime de roubo qualificado tentado. Absolvição. Impossibilidade. Materialidade e autoria demonstradas. Fixação da pena-base no mínimo legal. Não cabimento Reconhecimento da menoridade relativa. Necessidade, com readequação da sanção penal. Fixação de regime inicial diverso do fechado. Não cabimento. Parcial provimento ao recurso.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/10), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois fixou o regime inicial fechado, mais gravoso que a pena aplicada comporta, sem fundamentação idônea. Para tanto, afirma que o paciente é primário, a negatificação dos

anteriores viola o princípio constitucional da individualização da pena e a condenação não excede 4 anos de reclusão, razão pela qual ele faz jus a regime prisional mais brando.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a alteração do regime prisional para o inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ, fls. 73/75, e as informações foram prestadas, às e-STJ, fls. 80/97 e 98/100.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado à e-STJ, fl. 104, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca-se, em síntese, a fixação do regime inicial semiaberto do paciente.

De início, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Sob essas diretrizes, apesar de redimensionar a sanção do paciente, o Relator do voto condutor do acórdão manteve o regime prisional mais gravoso, nos seguintes termos (e-STJ, fls. 65/70, destaquei):

[...]

Conforme apurado: 1. o Réu entrou em um coletivo e, durante o percurso, simulando porte de arma de fogo, anunciou o roubo e exigiu a entrega de dinheiro; 2. a vítima, então, entrou em luta corporal com o Réu, o que impediu a

subtração; 3. com a ajuda das testemunhas Marciel e Gustavo, o Réu foi detido e posteriormente entregue aos guardas municipais.

A materialidade ficou comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito (fls.60/61) o qual atestou que a vítima sofreu lesão corporal de natureza grave, com incapacidade para atividades habituais por mais de 30 dias.

A autoria é incontestada, pois - posto que o Réu tenha negado a prática do crime na fase administrativa (fls.13) — tornou-se revel em Juízo (fls.240), o que logicamente não o condena, mas também não o ajudou diante das acusações que lhe foram feitas.

A vítima Raul em Juízo confirmou o fato descrito na denúncia, acrescentando que teve seus dedos da mão fraturados gravemente.

[...]

Além do mais, a vítima foi gravemente ferida no ato criminoso, o que configura o artigo 157, § 3º, primeira parte, do Código Penal, e não seu "caput", nos termos da redação anterior à dada pela Lei nº 16.654/18 porque ocorrido o fato antes de sua vigência.

Acertada foi a exacerbação da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal — 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa - em razão do mau antecedente por crime grave (fls. 244).

O suso exposto justifica a fração de 1/12 (um doze) avos pela menoridade relativa - que ora deve ser reconhecida porque já havia praticado tráfico de drogas e voltou a praticar outro crime grave, demonstrando que seu parcial entendimento sobre o fato e sua ingenuidade estavam bastante corrompidos, obtendo-se 04 (quatro) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Conserva-se a diminuição de 2/3 (dois terços) em razão da tentativa, o que resulta em 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, e 04 (quatro) dias-multa.

A manutenção do regime inicial fechado é imperiosa, seja pela situação fática, seja pelo mau antecedente, seja — sobretudo — por coerência ao posicionamento majoritário da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, já ratificado, aliás, pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 805.150-RJ, rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., j. em 08.03.2016):

Pela leitura do recorte acima, verifica-se que o recrudesimento do regime foi justificado em razão dos maus antecedentes do paciente e da situação fática delitiva que resultou em graves lesões corporais à vítima Raul, que *teve os dedos da mão fraturados, o que gerou [sua] incapacidade para atividades laborais por mais de 30 dias* (e-STJ, fl. 12). Embora o segundo argumento não possa ser considerado, pois configura o núcleo do próprio tipo penal violado (§ 3º do art. 157, do CP), subsiste circunstância judicial desfavorável – maus antecedentes –, revelando-se idôneo o recrudesimento do regime.

Por outro lado, tratando-se de paciente primário, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo que a pena de 1 ano, 5 meses e 4 dias de reclusão comporta, revela-se desproporcional, motivo pelo qual faz jus ao regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. QUANTUM DE MAJORAÇÃO. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 NA TERCEIRA FASE SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. DESOBEDIÊNCIA À SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. SÚMULAS 718 e 719, AMBAS STF. REGIME INICIAL. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º, E DO ARTIGO 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO.

[...]

III - O regime inicial fechado, na hipótese, foi fixado apenas com base em elementos que se amoldam à descrição do delito - no caso, nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do Código Penal - fundamento que é insuficiente para a determinação do regime mais gravoso, sobretudo porque o réu é primário, detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal.

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.805.020/SP,

Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO TJ/PE), Quinta Turma,
julgado em 1º/10/2019, DJe 8/10/2019)

RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. PRAZO DEPURADOR. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. RECONHECIMENTO. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EMPREGO DE ARMA. FACA. QUALIFICADORA. EXCLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. CONCESSÃO.

[...]

3. Reconhecida como desfavorável a circunstância judicial dos maus antecedentes da ré, fica restabelecida a pena fixada na sentença condenatória, de 4 anos e 6 meses de reclusão e 30 dias-multa.

[...]

7. Fixada a reprimenda em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, a existência de única circunstância judicial desfavorável, possibilita o estabelecimento do modo semiaberto para o desconto da pena, nos termos dos arts. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal.

8. Recurso parcialmente provido, com concessão de habeas corpus de ofício. (REsp n. 1.713.925/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 23/8/2018, DJe 31/8/2018)

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem *ex officio* para fixar o regime inicial semiaberto ao paciente, mantidos os demais termos da condenação.

Comunique-se com urgência o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator