

HABEAS CORPUS Nº 529.207 - SP (2019/0252308-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VIVIAN MARIA LOPES - SP199591
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO ALVES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de LEANDRO ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0075352-18.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de primeiro grau, às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 12/16).

Interposta apelação pela defesa, a Corte estadual negou provimento ao recurso (fls. 17/21).

Na presente oportunidade, a impetrante aponta constrangimento ilegal pela manutenção do regime inicial fechado, em desacordo com o entendimento firmado no enunciado n. 440 desta Corte e nos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, porquanto a pena-base foi aplicada no mínimo legal, o paciente é primário e não foi apresentada fundamentação concreta para a aplicação de regime inicial mais gravoso do que a pena comporta.

Requer, liminarmente e no mérito, a aplicação do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 25/26).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 30/36), nos termos da seguinte ementa:

Habeas corpus substitutivo. Roubo majorado pelo concurso e emprego de arma de fogo. O regime prisional em regra é indicado pelo quantum da pena corporal, mas pode ser recrudescido quando as circunstâncias do delito evidenciarem a gravidade concreta do crime que extrapola o tipo penal, mesmo que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal. Precedentes. Constrangimento ilegal não evidenciado. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

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.

Na espécie, não verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem, de ofício.

Definiu a jurisprudência desta Corte que, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso do que comporta a pena, é necessária a apresentação de fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, confirmam-se as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.

Para o melhor deslinde da controvérsia, confira-se como fundamentou o juízo sentenciante a adoção do regime mais gravoso (e-STJ fls. 14/15):

[...]

Quanto ao regime inicial para cumprimento de pena, tratando-se de crime doloso com pena de reclusão superior a quatro anos, com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, entendo que o regime fechado é o único cabível ao caso concreto no presente momento. A respeito da alteração do regime, esta não é possível, pois o tempo decorrido ainda não é suficiente para a progressão nos termos do artigo 112 da Lei de Execução Penal.

[...]

E assim se manifestou a Corte local para manter o regime mais gravoso (e-STJ fl. 21):

[...]

Em observância aos termos do artigo 33, § 3º e artigo 59, ambos do Código Penal, e considerando a gravidade do delito, praticado por vários agentes, munidos de armas de fogo, crime que vem aterrorizando a sociedade, que bem demonstra a conduta social desvirtuada do apelante, de rigor a manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

"Em se tratando de roubo, é possível a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ainda que primário o agente, pois de acordo com o art. 59 do CP, também devem ser consideradas a culpabilidade, as circunstâncias e conseqüências do crime, não sendo possível utilizar-se de uma circunstância judicial que favoreça o condenado e relevar todos os outros fatores que estão a lhe desservir " (RJDTACRIM 33/316-7).

[...]

Infere-se, portanto, que, a despeito de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi aplicado de forma idônea, em razão da gravidade concreta do crime. As instâncias ordinárias enfatizaram o *modus operandi* do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo, tendo em vista a participação organizada de vários agentes, com o uso de armas de fogo.

Diante disso, não se verifica qualquer constrangimento ilegal na fixação de regime inicial mais gravoso na hipótese, tendo em vista ser idônea a

fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias, baseada na gravidade concreta da conduta praticada pelo paciente.

Para corroborar o referido entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

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

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II e V, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. TRÊS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443 DESTA CORTE NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DESTES STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É possível a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço) quando há a presença de três causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Na hipótese, constata-se que o aumento da pena em 1/2 (metade) não foi efetuado tão-somente em razão da presença de três majorantes, encontrando-se perfeitamente justificado em fatores concretos, dadas as circunstâncias em que ocorreu o roubo em questão, inexistente, portanto, ilegalidade a ser sanada através de via eleita. Precedentes desta Corte Superior.

REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. ELEVADO NÚMERO DE AGENTES. EMPREGO DE ARMAS DE FOGO. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal

firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Na espécie, as instâncias de origem concluíram de modo fundamentado quanto ao regime inicial fechado, em razão da gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - mediante 4 (quatro) agentes, com emprego de armas de fogo e restrição da liberdade da vítima - reveladoras da periculosidade do paciente, não havendo ilegalidade na manutenção do modo mais severo de execução.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 314.301/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/02/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 157, § 2º, V, DO CP. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 157, § 2º, DO CP. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. FRAÇÃO DE 5/12 DAS CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXEGESE DA SÚMULA 443/STJ. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33 E 59, AMBOS DO CP. PENA-BASE NO MÍNIMO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE JUSTIFICAM. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A despeito da oposição de embargos de declaração, a tese relativa ao afastamento da causa de aumento referente à restrição da liberdade da vítima não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, carecendo, portanto, de prequestionamento. Incidência do enunciado nº 211 da Súmula desta Corte.

2. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fases da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.

3. 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 destes não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou particularidade fática (concurso de agente envolvendo menor inimputável, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima), que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 850.178/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/03/2016).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. ART. 157, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. PERICULOSIDADE SOCIAL DOS AGENTES.

1. Dispõe a Súmula 440 desta Corte Superior: "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."

2. No caso, as instâncias ordinárias justificaram a necessidade do regime mais gravoso com base em elementos concretos, notadamente no modus operandi do crime de roubo, visto que praticado em concurso de agentes e mediante disparo de arma de fogo contra um taxista de 61 anos de idade, sendo a vítima alvejada com um tiro na perna e, logo após a subtração do seu instrumento de trabalho, restou abandonada, à própria sorte, em um canavial.

3. É certo que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao recorrente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Entretanto, o Juiz sentenciante, ao estabelecer o regime fechado para o início do cumprimento da pena, ressaltou a gravidade dos ferimentos causados na vítima, bem como a periculosidade social dos agentes.

4. Ora, o emprego de arma de fogo na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, sendo tal gravidade tão manifesta, que não se requerem maiores explanações para descrever o óbvio.

5. De ressaltar que "o comando legal do art. 33, §§ 2º e 3º, do

Superior Tribunal de Justiça

Código Penal não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim que o magistrado deva fundamentar sua sentença apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59 do mesmo Estatuto" (HC 295232/RJ, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, DJe 09/03/2015).

6. *Recurso especial não provido* (REsp 1501738/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 18/08/2015).

Ante todo o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal, com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator