

HABEAS CORPUS Nº 539.501 - SP (2019/0308200-9)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LÍVIA CORREIA TINOCO - SP277493
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIX TAFAREL SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de FELIX TAFAREL SOUZA apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000421-55.2018.8.26.0617).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, II e V, por quatro vezes, e no art. 129, § 1º, I, ambos do Código Penal, a 7 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime fechado, e 16 dias-multa (e-STJ fls. 12/28).

Interposta a apelação pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para "*reconhecer tão somente a ocorrência de três roubos com a redução da fração aplicada em face do concurso formal, resultando a epna em 6 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 15 dias-multa*" (e-STJ fl. 35). O acórdão ficou assim ementado (e-STJ fls. 36/37):

ROUBOS materialidade auto de apreensão e prova oral que indica a subtração mediante grave ameaça.

ROUBOS autoria confissão judicial em sintonia com o restante da prova produzida nos autos declaração de vítima indicando como autor validade depoimento policial que indica a apreensão de parte da res furtiva em seu poder validade, só devendo o depoimento policial ser visto com reservas quando presente indício que a acusação visa justificar eventual abuso praticado a apreensão de parte da res furtiva com o acusado inverte o ônus de prova e impõe à defesa demonstrar posse de boa-fé sob pena de ter-se por provada a autoria inteligência do art.

156 do CPP.

CONSUMAÇÃO roubo ocorre com desapossamento, cessada a violência ou grave ameaça posse mansa, pacífica e desvigiada

desnecessidade precedentes das Cortes Superiores caso concreto onde não houve perseguição, sendo o réu detido em razão de ter colidido com outro veículo existência de posse mansa e pacífica, ainda que momentânea reconhecimento da forma tentada impossibilidade.

CONCURSO DE AGENTES indicação pela prova oral validade desnecessidade de que todos pratiquem os mesmos atos.

RESTRICÇÃO DE LIBERDADE vítimas que têm a liberdade restringida por tempo relevante restrição de liberdade que no caso não é elementar da figura do caput.

LESÃO CORPORAL GRAVE materialidade boletim de ocorrência prova oral laudos periciais vítima que teve incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias.

LESÃO CORPORAL GRAVE autoria réu que apresentou versão exculpatória declaração da vítima depoimento das testemunhas.

PENAS DOS ROUBOS primeira fase base fixada no mínimo legal segunda fase reconhecidas as atenuantes da menoridade e da confissão do réu impossibilidade de reduzir a pena aquém do mínimo Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça terceira fase majorada a pena pelas duas causas especiais de aumento de pena aplicado o concurso formal com redução da fração aplicada, tendo em vista patrimônios subtraídos de três vítimas provimento parcial para este fim.

PENA DA LESÃO CORPORAL GRAVE primeira fase base no mínimo legal segunda fase presente atenuante da menoridade mantida no mínimo, consoante a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça terceira fase ausentes causas de aumento e de diminuição da pena pena inalterada.

CONCURSO MATERIAL somatória das penas nos termos do art. 69 do CP manutenção reprimenda final do réu diminuída.

REGIME fixado o regime fechado o apelante agiu com culpabilidade e periculosidade exacerbadas, conforme circunstâncias da causa de aumento Beccaria necessidade.

Nesse *writ*, alega a Defensoria Pública, invocando a Súmula n. 440 deste Superior Tribunal de Justiça, que o paciente teria direito a regime menos gravoso.

Sustenta, para tanto, que *"a pena foi fixada em patamar inferior à 08 anos, sendo que o MM. Juiz de 1ª instância (decisão mantida em sede recursal) entendeu que as circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal) seriam favoráveis ao Paciente, tanto que na primeira fase de aplicação da pena a fixou em seu patamar mínimo"* (e-STJ fl. 5).

Superior Tribunal de Justiça

Requer, "em liminar e no mérito, seja concedida a ordem de habeas corpus, a fim de que seja cassada a r. decisão impugnada, fixando o regime semiaberto para início de cumprimento de pena" (e-STJ fl. 7).

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 71/73.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 80/116.

O Ministério Público Federal, às e-STJ fls. 118/119, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

Preliminarmente, colaciono o seguinte excerto do acórdão proferido pelo Tribunal de origem, acerca da dosimetria e regime fixado (e-STJ fls. 61/67, grifei):

Da dosimetria penal

Dos roubos

Na primeira fase a base foi fixada no mínimo legal, ou seja, 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, para cada um dos crimes, **em que pese a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis que não podem ser aplicadas ante ausência de recurso ministerial, porém podem ser utilizadas para justificar o regime imposto.**

Na segunda fase, em que pese as atenuantes da confissão e da menoridade do réu, é entendimento lapidado de que a pena não pode ser conduzida para além do mínimo legal, razão pela qual a manutenção da pena no mínimo se deu de forma escorreita e é de rigor.

Entende-se que a pena nas duas primeiras fases da dosimetria não pode ir além do mínimo, tampouco além do máximo.

É este o entendimento nos termos da Súmula 231 do E. Superior Tribunal de Justiça "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

[...]

Na terceira fase a pena foi acrescida em 3/8 pelas majorantes de concurso de agentes e restrição de liberdade, o que mantenho, dada a excepcionalidade das majorantes.

Destaca-se que no tocante ao quantum de aumento a Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça destacou que "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Cabível o aumento fixado na r. sentença, pois as majorantes demonstram a alta reprovabilidade das condutas do réu e dos seus

comparsas.

No tocante ao concurso, basta para a tipificação da causa de aumento, que o crime seja praticado por duas pessoas.

No caso dos autos o número de autores foi superior, em número de ao menos três, indicando maior reprovabilidade, posto maior ataque ao bem jurídico pelo número de agentes, indicando a necessidade de aumento acima do mínimo.

Como visto, o número superior de agentes, que não se confunde com a elementar da causa de aumento, é indicativo de maior reprovabilidade e permite exasperação da pena.

[...]

Quanto à restrição da liberdade, a prova oral revela que as vítimas permaneceram em poder de um dos roubadores do momento da abordagem até a efetiva liberação, ou seja, as vítimas ficaram com suas liberdades restringidas por cerca de 1 hora e só foram liberadas quando o agente que as vigiava deixou o local. Logo resta claro que a restrição extrapolou o momento da grave ameaça e da subtração, sendo que foram três vítimas que tiveram sofreram a restrição, sendo que para a existência da causa de aumento bastaria uma.

No roubo, por ser ele crime complexo, existe, no mero ato de desenvolvimento da execução, a restrição da liberdade da vítima.

[...]

Desta forma, mantém-se o aumento da pena tal como lançado na r. sentença. Assim a pena fica fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa.

A r. sentença reconheceu o concurso formal entre os quatro roubos praticados contra as vítimas Sônia, Lucas, João e Matheus. Todavia com relação a Matheus os roubadores não tinham como saber que os artigos masculinos subtraídos da casa pertenciam a outro filho que nem se encontrava no local no momento do roubo. Logo se aplica a pena de um dos roubos e acresce uma delas e acresceu em 1/5, perfazendo, assim as penas de 6 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 15 dias-multa, inaplicada a regra do artigo 72 do Código Penal.

Da lesão corporal grave

Na primeira fase a pena foi fixada no mínimo legal, ou seja, 1 ano de reclusão.

Na segunda fase presente a atenuante da menoridade a pena se mantém no piso consoante o enunciado da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou de diminuição da pena, a pena permaneceu em 1 ano de reclusão.

Reconhecido o concurso material, a pena total resultante é de 7 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 15 dias-multa pela prática dos crimes de roubos e lesão corporal grave.

O regime fechado impõe-se. O apelante demonstrou culpabilidade acima do normal, com alta periculosidade, praticando o delito em dependências de residência, asilo inviolável de qualquer cidadão. Ademais ele e seus comparsas subtraíram bens de elevado valor, tendo causado a colisão do veículo das vítimas, o que traz maior desvalor de resultado. Ainda causou lesões corporais severas a vítima Leandro quando arremessou o veículo roubado sobre a motocicleta dele, a fim de forçar a passagem pelo cruzamento com semáforo vermelho. Logo, demonstraram ousadia, reprovabilidade e periculosidade acima do normal, sendo o regime fechado o único adequado no caso em exame, nos termos do artigo 33, §3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal. Ademais, o regime menos gravoso, em face da maior reprovabilidade não terá o condão de desestimular a prática de novos crimes, o que por si só já autoriza o regime fechado.

Da análise do acórdão ora impugnado, verifica-se que o entendimento do Tribunal de origem não merece reparos.

Com efeito, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Confiram-se:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim

de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria (HC 222.445/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016, grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE ROUBO MAJORADOS. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA DO CONCURSO FORMAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. CONSUMAÇÃO DO DELITO. [...]. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PRESENÇA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

5. Justifica-se a imposição do regime prisional mais gravoso, ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal ao réu primário, quando presentes fundamentos que desbordam da gravidade abstrata, e das circunstâncias comuns à espécie, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta praticada. Precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente RENE para 6 anos, 2 meses e 20 dias, de reclusão, e 15 dias-multa (HC 209.582/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015, grifei).

Na hipótese, vimos, o Tribunal *a quo* estabeleceu o regime semiaberto em desfavor do paciente considerando que, além das circunstâncias judiciais que não foram consideradas na dosimetria por ausência de irresignação do Ministério Público, a maior reprovabilidade da conduta a praticada, tendo em vista a subtração de bens de elevado valor, bem como as lesões sofridas pela vítima Lenadro quando os corréus arremessaram o veículo roubado sobre sua motocicleta, a fim de forçar a passagem pelo cruzamento com semáforo vermelho.

Verifica-se, portanto, que o Tribunal local, lastreado nas circunstâncias concretas da hipótese, impôs regime mais gravoso do aquele em tese cabível pelo *quantum* de apenamento estabelecido, o que vai ao encontro da jurisprudência desta Corte acerca do tema, não havendo que se falar em violação ao disposto na Súmula n. 440/STJ.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, **denego a ordem**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator