HABEAS CORPUS Nº 529.609 - SP (2019/0254924-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
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	:	LUIZ ALBERTO DE PAULA DOS SANTOS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de LUIZ ALBERTO DE PAULA DOS SANTOS no qual se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0105977-06.2015.8.26.0050).

Extraio dos autos que o paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, porque, "[...] *em conluio com outros dois indivíduos não identificados, com eles agindo em concurso e com unidade de propósitos, subtraiu, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com o emprego de uma faca, uma mochila contendo documentos pessoais, carteira e um aparelho celular, pertencentes à vítima* [...]" (e-STJ fl. 9).

A pena foi fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 13 dias-multa.

A defesa apelou. A 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça *a quo* deu parcial provimento ao recurso para afastar a majorante do emprego de arma (branca), sem alteração no *quantum* final da pena.

O acórdão recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 15):

> *APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo majorado - Autoria e materialidade delitiva demonstradas - Prova robusta a admitir a condenação do réu - Aplicação de ofício da lei posterior mais benéfica - Lei n. 13.654/18 – Revogação da majorante do emprego de arma branca - Modificada apenas a tipificação legal da condenação ao art. 157, § 2º- A, I, do CP, sem influência na pena - recurso da defesa.*
> *parcialmente provido, sem modificação da pena.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1D97689F-C651-4DE6-8826-3A58EB86839A

No presente *habeas corpus*, a Defensoria Pública esclarece que a pena-base foi fixada no mínimo legal, que o paciente é primário e a sanção final foi consolidada em patamar inferior a 8 anos de reclusão.

Sustenta que o regime inicial fechado foi estabelecido em razão da gravidade abstrata do delito.

Diante dessas considerações, requer liminarmente "[...] *a ordem para fixação do regime semiaberto para inicial cumprimento de pena. Ao fim, requer seja convolada a Liminar em definitiva, concedendo ao paciente a ordem de HABEAS CORPUS, de modo que lhe seja concedido o pedido acima formulado, com fundamento no art. 648, inciso I, do Código de Processo Penal*" (e-STJ fl. 6).

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 22/24).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não cabimento do *writ* (e-STJ fls. 34/35).

É, em síntese, o relatório.

Para a aplicação do regime inicial para o cumprimento da pena, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, 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, o que ocorreu na espécie.

A sentença, mantida pelo Tribunal de origem, apresentou as seguintes justificativas para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena (e-STJ fl. 13):

> O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado. A preparação ponderada do crime, o horário de sua realização (à noite), o emprego de arma (uma faca) e o agir com a cumplicidade preordenada de outros indivíduos, estão a demonstrar o grau maior de periculosidade do réu, o que justifica a imposição de regime mais gravoso.

No mesmo sentido:

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1D97689F-C651-4DE6-8826-3A58EB86839A

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE FIXADA EM 1 ANO E 6 MESES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTOS CONCRETOS. MODUS OPERANDI QUE EXCEDEU A NORMALIDADE DO TIPO PENAL. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. JULGAMENTO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça autoriza a fixação da pena-base acima do mínimo legal, desde que fundamentada com elementos concretos extraídos dos autos.

2. No caso, segundo o juízo discricionário do Colegiado estadual, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a gravidade do modus operandi, considerando que as vítimas foram agredidas, inclusive com chutes na costela de uma das vítimas que avisou ter sido submetida à cirurgia cardíaca, justificou a imposição de reprimenda mais severa.

3. Na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 965.981/DF, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA TOTAL ESTABELECIDA EM 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. GRAVIDADE CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual 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.

2. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. **No caso dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial semiaberto foi**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1D97689F-C651-4DE6-8826-3A58EB86839A

> **estabelecido a partir de motivação concreta extraída dos autos - o réu valeu-se de violência física contra a vítima, dando-lhe uma "gravata" e a derrubando no chão -, o que demonstra uma maior reprovabilidade na conduta do paciente, justificando o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440/STJ e n. 718/STF.**
>
> *4. Habeas corpus não conhecido.* (HC 381.013/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 11/04/2017, grifei.)

> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.
>
> I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de 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.
>
> II - Na hipótese dos autos, os pacientes são primários, as penas-bases foram fixadas no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tendo sido condenados ao cumprimento das penas fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, nos termos do art. 33, § 2°, b, do Código Penal.
>
> III - **Por outro lado, não se constata flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o fechado, diante da gravidade concreta do delito praticado, "considerando as circunstâncias do crime, praticado mediante o emprego de arma de fogo e concurso de diversos agentes, que bloquearam a via pública, e agiram com violência contra vítima mulher, puxando-a pelo cabelo e atirando-a no chão, e ainda efetuaram disparo de arma de fogo contra os policiais, revelando perigosidade incomum dos Apelantes, e que a imposição de regime mais brando seria insuficiente para a reprovação e prevenção de suas graves condutas".**
>
> *Habeas corpus não conhecido. Liminar cassada.* (HC 382.112/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 11/04/2017, grifei.)

Assim, diante dos parâmetros anteriormente referidos, considerada a quantidade de pena aplicada (5 anos e 4 meses de reclusão) e diante da gravidade do *modus operandi*, não se vislumbra constrangimento ilegal decorrente da fixação do

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1D97689F-C651-4DE6-8826-3A58EB86839A

regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

Ante o exposto, **denego a ordem de *habeas corpus*.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 05 de dezembro de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 1D97689F-C651-4DE6-8826-3A58EB86839A