HABEAS CORPUS Nº 535.361 - SP (2019/0286501-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL BIDOIA DONADE - SP302518
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ROGÉRIO PEREIRA GONÇALVES (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ROGÉRIO PEREIRA GONÇALVES, apontando como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, que negou provimento ao apelo defensivo na origem por acórdão assim ementado (fl. 39):

> Ameaça e Incêndio - Art. 147, caput, e art. 250, §1°, ambos do CP - Violência doméstica - Absolvição - Impossibilidade - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Robusto conjunto probatório - Narrativa das vítimas foi segura em descrever as ameaças sofridas e a ocorrência de incêndio, o que foi corroborado pelos depoimentos das testemunhas - Não há nenhuma razão para invalidar os depoimentos dos policiais, pois não se observa no presente caso, qualquer intenção deliberada em prejudicar o apelante. Também não parece plausível que eles se dariam ao capricho de alterar a dinâmica dos fatos apenas para incriminar o réu gratuitamente - Temor das ítimas caracterizado - Policial viu vestígios de fogo na porta da casa da ofendida - O fato do laudo pericial do local dos fatos não indicar a presença de fogo, nada infirma a prova angariada nos autos - Réu confessou informalmente na Delegacia, restando isolada sua versão judicial - Condenação mantida - Penas bem aplicadas - Inviável reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de ameaça, uma vez que as ações praticadas pelo acusado são independentes entre si, dotadas de elementos subjetivos distintos - Concurso material corretamente aplicado - Regimes inalterados - Recurso defensivo improvido.

Narram os autos que o paciente foi condenado como incurso no artigo 147, *caput*, por duas vezes, em concurso material, e no artigo 250, § 1º, inciso II, alínea *a*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, às penas de 11 meses e 20 dias de detenção (para o delito de ameaça), em regime inicial semiaberto, e a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão (para o delito de incêndio), em regime inicial fechado, e mais ao pagamento de 20 dias-multa.

Irresignado com a condenação, o paciente interpôs apelo à Corte estadual, que teve negado o seu provimento.

Daí o presente *mandamus* no qual sustenta a defesa, em síntese, que o paciente é primário e que a pena máxima cominada para o crime de incêndio é

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: 64D02DD0-4949-4113-A3C3-609905CC2DFB

de 8 anos de reclusão. Desse modo entende que o regime prisional imposto, fechado, seria excessivo.

Ademais, salienta ser *vedado ao julgador utilizar de fundamentação genérica para a imposição de regime de cumprimento de pena mais severo do que dispõe a lei como, por exemplo, a "gravidade abstrata do delito" ou a possível "descrença nas instituições públicas"* (fl. 7).

Requer, assim, a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena do crime previsto no art. 250, § 1º, II, *a*, do CP.

A liminar foi indeferida.

As informações foram prestadas.

O Ministério Público Federal ofertou parecer manifestando-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, defende a Impetrante a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento de pena para o paciente, no que tange ao crime de incêndio, posto entender ser desproporcional regime mais gravoso, considerando-se a primariedade do réu e a pena concreta que lhe foi imposta.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena pelo delito de incêndio, assim se manifestou o Tribunal *a quo* (fls. 56-57):

> [...].
> Para o delito de incêndio, conforme acima fundamentado, corretamente incide o parágrafo primeiro, inciso II, alínea a, do artigo 250, do CP, de modo que a sanção sofreu um acréscimo de 1/3, perfazendo um montante de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e pagamento de 20 (vinte) dias multa, no piso. **Foi devidamente fixado o regime fechado para início de cumprimento de pena do crime de incêndio e o semiaberto para a ameaça, considerando o artigo 59 do CP e o quantum de pena imposta ao apelante, não se cogitando alteração**.
> A determinação do regime inicial como diverso daquele previsto no artigo 33, § 2", do Código Penal, é faculdade do juiz, que pode dosar a qualidade da pena.
> [...].
> **E, conforme citado na aplicação da pena base, o réu possui circunstâncias judiciais negativas, o que impede a fixação de regime menos gravoso, pois não seria suficiente ao caso concreto**.
> [...].

A dosimetria da pena restou assim fundamentada pela sentença (fls. 26-30):

> [...].
> O acusado já se viu envolvido com a prática de crimes anteriormente

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: 64D02DD0-4949-4113-A3C3-609905CC2DFB

(certidão de fls. 176/177). A prova oral revelou, por outro lado, o comportamento inaceitável do acusado, tendo perpetrado o delito na frente da neta de apenas quatro anos de idade, a qual também se encontrava no interior da residência, presenciando as ameaças, tendo sido ainda exposta ao incêndio por ele causado (gravação audiovisual de fls.190), hábil a exasperação da sua pena-base. Portanto, para necessária e suficiente reprovação e prevenção do delito:

- em relação ao crime de ameça praticado contra a ex- companheira e contra a filha Luana, fixo a pena-base, para cada um dos delitos, em 5 (cinco) meses de detenção; e

- em relação ao crime de incêndio, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Na segunda etapa, há de ser reconhecida a circunstância agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea "f, do Código Penal, para cada um dos delitos, de modo que elevo a pena do acusado de 1/6 (um sexto), resultando em:

- com relação aos crimes de ameaça, 5 (cinco) meses e 25(vinte e cinco) dias de detenção, para cada um deles; e

- em relação ao crime de incêndio. 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na derradeira etapa da dosimetria, em razão da causa de aumento de pena mencionada com relação ao crime de incêndio, elevo a reprimenda em 1/3 (um terço), resultando em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Assim, torno definitivas as penas acima fixadas ante a ausência de causas de aumento ou diminuição.

Concernente aos crimes de ameaça, configurado o concurso material de delitos, na forma do artigo 69 do Código Penal, as penas hão de ser somadas, resultando em 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

A par disso, as penas dos delitos deverão ser somadas, resultando em 6 (seis) anos, 2(dois) meses e 20(vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 20(vinte) dias-multa e 11 (onze) meses e 20(vinte) dias de detenção.

Incabível a substituição da pena de detenção por pena de multa, pois, em se tratando de crime cometido sob a égide da Lei n°. 11.340/06, tal como ocorre no caso em apreço, há expressão vedação legal contida no artigo 17 de referida legislação (Art. 17 - É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa).

Considerando que o crime foi praticado com ameaça contra a pessoa, ausente o requisito legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a teor do que dispõe o artigo 44 do Código Penal.

Incabível a concessão de sursis por expressa vedação legal, diante da quantidade de pena aplicada (artigo 44, inciso I, e artigo 77, ambos do Código Penal).

O réu deverá iniciar o cumprimento de sua pena de reclusão em regime fechado, único adequado e suficiente para reprovar sua conduta. Isto porque os fatos concretas envolvem situação de incêndio em violência

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: 64D02DD0-4949-4113-A3C3-609905CC2DFB

> **doméstica, sendo que o acusado chegou a realizar os fatos mesmo na presença da neta de apenas quatro anos de idade, o que demonstra a sua periculosidade, devendo ser afastado da convivência social e também familiar.**
> Por iguais motivos, já no que tange à reprimenda do crime apenado com detenção, na forma do artigo 33, § 3º, do Código Penal, para a necessária e suficiente reprovação do crime, deverá iniciar cumprimento da pena em regime semiaberto, impossibilitando-se qualquer abrandamento quanto ao regime de cumprimento da pena, impondo, assim, o recrudescimento da reprimenda, atentando-se ao princípio constitucional de individualização da pena.
> Por todo o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia para condenar ROGÉRIO PEREIRA GONÇALVES. RG n° 23.484.499, pela prática do delito definido no artigo 147, caput, por duas vezes, e artigo 250, §1°, inciso II, alínea "a", todos c/c artigo 61, inciso II, alínea "f, todos do Código Penal, na forma da Lei n° 11.340/06 e c/c na forma do c/c na forma do artigo 69, "caput", do Código Penal, a 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20(vinte) dias de reclusão, em regime fechado. 11 (onze) meses e 20(vinte) dias de detenção, em regime inicial semiaberto e e ao pagamento de 20(vinte) dias-multa. Nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n° 11.719/08, deixo de fixar valor mínimo para reparação dos danos causados às vítimas por falta de parâmetros.
> Considerando que o réu foi preso em flagrante, considerando que demonstrou ser pessoa perigosa ao convívio social, haja vista o emprego de material inflamável contra as pessoas de sua família, inclusive da sua neta de apenas quatro de anos de idade, considerando a quantidade de pena imposta, há alta e concreta probabilidade de novas incursões criminosas, o que também se denota de fls. 176/177 diante de seu constante envolvimento com a prática de delitos, de modo que estão presentes os motivos ensejadores para a decretação de sua prisão preventiva, notadamente para a garantia da ordem pública e integridade das vítimas, não fazendo jus a recorrer em liberdade, de modo que deverá ser recomendado no estabelecimento prisional em que se encontra, nos termos do § 1º o artigo 387 do Código de Processo Penal.
> [...].

Da leitura dos excertos supratranscritos, verifica-se que ao paciente foi estabelecido regime fechado pelo sentenciante, imposição essa confirmada pela Corte *a quo* em sede de apelação, tendo em vista que, no caso, as características do crime ultrapassam as comuns à espécie, isso porque, conforme destacado, *os fatos concretos envolvem situação de incêndio em violência doméstica, sendo que o acusado chegou a realizar os fatos mesmo na presença da neta de apenas quatro anos de idade, o que demonstra a sua periculosidade, devendo ser afastado da convivência social e também familiar* (fl. 28).

Ainda, o Tribunal estadual destaca que *o réu possui circunstâncias*

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: 64D02DD0-4949-4113-A3C3-609905CC2DFB

judiciais negativas, o que impede a fixação de regime menos gravoso, pois não seria suficiente ao caso concreto.

Diante disso, há de se pontuar que entende esta Corte, de forma bastante pacificada, que é possível o recrudescimento de regime inicial de cumprimento de pena quando baseado em fundamento concreto. É neste sentido que dispõem as seguintes súmulas:

> Súmula 440: 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 718/STF: 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 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Ademais, a Terceira Seção deste STJ entende ser possível, desde que com base em motivação concreta, estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso (HC n. 362.535/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Felix Fischer, Rel. para o acórdão Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

Na hipótese em exame, não obstante a reprimenda final pelo delito de incêndio tenha restado em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a qual, em tese, autorizaria o modo prisional semiaberto, o regime fechado deve ser mantido. Isso porque a gravidade concreta do ilícito, tendo em vista que o crime foi praticado em situação de violência doméstica, na qual estava envolvida uma criança de 4 anos de idade, indica periculosidade real do paciente, evidenciando a necessidade de aplicação do regime prisional mais gravoso, qual seja, o fechado.

Portanto, não há ilegalidade a ser sanada, uma vez que o acórdão está em total consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, denego o *habeas corpus.*

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
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: 64D02DD0-4949-4113-A3C3-609905CC2DFB