HABEAS CORPUS Nº 565.095 - SP (2020/0056763-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FABIO DA SILVA SANTOS (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de FABIO DA SILVA SANTOS contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no julgamento da Apelação n. 0003402-25.2017.8.26.0348

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 4 anos e 8 meses de reclusão, em regime **fechado**, mais pagamento de 11 dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 157, **caput**, do Código Penal (fls. 41-49).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 18-40.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na análise negativa da circunstância do crime e na fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja promovida a exclusão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, com consequente fixação da pena-base no mínimo legal e fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 53-54.

Informações prestadas às fls. 59-60.

O Ministério Público Federal, às fls. 106-111, manifestou-se pela

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB

concessão da ordem, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO. CONDENAÇÃO A 04 ANOS E 08 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. - FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PELA CONCESSÃO DA ORDEM"* (fl. 106).

É o relatório.

Decido.

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "*dosimetria da pena insere-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*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB

desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas no presente **writ**, colaciono abaixo o que dispôs o v. acórdão impugnado acerca da dosimetria da pena do paciente:

> *"Pena acertadamente dosada.* ***Não há que se afastar o motivo que elevou a básica (04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa), pois considerado o fato do réu utilizar-se de motocicleta, que intimida mais as vítimas, além de lhe propiciar fuga mais rápida do local, como meio de roubar "mulheres" "desacompanhadas", vítimas sabidamente mais "frágeis". E isso ocorre diante da reação física da mulher ser "menor", na maioria dos casos, como o em questão, comparado a reação que poderia ser externada por um homem. Assim, trata-se de um fato que normalmente acontece ("id quod plerum que accidit"), ficando, ainda, notório que com a utilização de um veículo (no caso, uma moto), facilitada a fuga do roubador de modo mais rápido, ileso de qualquer responsabilidade pelo delito, circunstância esta que causa mais temor nas pessoas. Ousada a periculosidade, portanto, além da "normalidade' das elementares.*** *Mantido, pois, o aumento de 1/6 (um sexto) à pena, resultando em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa. Na segunda e terceira fases, mantido o mesmo valor, uma vez que ausentes agravantes e atenuantes, bem como de causas de aumento e de diminuição de pena"* (fls. 34-35, grifei).

Da leitura do excerto acima transcrito, verifica-se na verdade que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em decorrência da valoração negativa das **circunstâncias do crime.**

As **circunstâncias do crime**, podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal, **conforme orientação desta Corte Superior.**

Sendo assim, na análise das circunstâncias do crime, imperioso ao sentenciante apreciar, com base em fatos concretos, provados nos autos, o lugar do crime, o tempo de sua duração, **a atitude assumida pelo agente no decorrer da consumação da infração penal,** a mecânica delitiva empregada

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB

(modus operandi), dentre outros elementos indicativos de uma **maior censurabilidade da conduta**, **como ocorreu no caso em análise**.

Na hipótese, denota-se nestes autos, que o eg. Tribunal de origem levou em conta a gravidade do crime praticado, ou seja, as particularidades e as atitudes assumidas pelo paciente no decorrer do fato criminoso, as condições do cometimento do delito, bem como a ousadia empregada além da normalidade. Desse modo, entendo como suficientemente fundamentado o aumento operado na origem.

No mesmo caminhar, confiram-se estes precedentes:

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FRAÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA.*
>
> *1. A individualização da pena, princípio haurido diretamente da Constituição Federal, constitui uma das mais importantes balizas do Direito Sancionador e está prevista, também, no art. 59 do Código Penal, que fixa os critérios norteadores da quantidade e da qualidade da sanção estatal a ser aplicada em cada caso concreto.*
>
> *2.* ***Na hipótese em exame, a pena-base do crime de roubo foi fixada, para os dois pacientes, em 6 anos de reclusão, dadas as circunstâncias em que o delito foi perpetrado (contra uma família, dentro de sua residência - todos enclausurados em um dos quartos, à noite, sob ameaça - de que teriam seus membros mutilados)****.*
>
> *[...]*
>
> *6. Habeas corpus não conhecido"* (HC 294.206/RJ, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz,** DJe 01/06/2015, grifei).

> *"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.°, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INCREMENTO JUSTIFICADO. (3)*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB

MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (5) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de habeas corpus quando há ilegalidade patente. ***Na espécie, constitui fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base considerar que "atendendo à culpabilidade, denoto uma maior reprovação da conduta, no que tange à espécie de delito objeto da ação penal, considerando que os agentes ingressaram na residência da vítima, em plena luz do dia e lá permaneceram ameaçando sua família por cerca de 1h30", pois tal fato evidencia um plus de reprovabilidade****.*

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a exasperação da pena pelas majorantes para a fração de 1/3 (um terço), nos autos da Ação Penal n.º 654.01.2006.001781/1 - Controle n.º 252/06, da Vara Única do Foro Distrital de Vargem Grande Paulista da Comarca de Cotia/SP, tornando a reprimenda definitiva em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão" (HC 250.713/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 07/04/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA SANÇÃO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NÚMERO DE MAJORANTES. ACRÉSCIMO DESMOTIVADO. SÚMULA Nº 443/STJ. REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB

CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. ***Não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal se foram apontadas concretas circunstâncias judiciais. Destacou-se as circunstâncias do delito, cometido no interior de residência e mediante real ameaça de morte e coronhada na cabeça da vítima. Tais fatores não se confundem com os elementos do tipo penal.***

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda imposta ao paciente" (HC 178.928/SP, **Sexta Turma,** Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura,** DJe 19/03/2013, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DEMONSTRAM MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA DO PACIENTE. VIOLÊNCIA EXACERBADA. ATENUANTES. PLEITO POR FIXAÇÃO DE PATAMAR ACIMA DE 1/6. FRAÇÃO QUE SE MOSTROU RAZOÁVEL. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- ***No caso, a pena-base foi exasperada com fundamentação idônea, porquanto baseada em circunstâncias concretas, tendo em vista que o paciente, com mais três comparsas, adentrou a residência da vítima, munido com arma de fogo, rendeu, amarrou as vítimas e desferiu socos e ponta-pés em uma delas. Dessa forma, não verifico desproporcionalidade na exasperação da pena-base, tendo em vista que a penalidade guarda proporção com o ato praticado****.*

[...]

- Habeas corpus não conhecido. (HC 352.148/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB

> *PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> ***- Não se vislumbra na hipótese em exame a existência de constrangimento ilegal, haja vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal pelas instâncias inferiores, ao fundamento de que as circunstâncias judiciais não são favoráveis ao paciente, considerando o modo de cometimento do crime, posto perpetrado com ousadia e alto grau de reprovabilidade - invasão de residência das vítimas em um momento tão familiar como a comemoração de Natal, utilizando-se de arma de fogo e em concurso de outras quatro pessoas, tendo ainda sido praticados atos de violência física e subtraído inúmeros objetos***.
>
> *Habeas corpus não conhecido"* (HC 249.573/SP, **Quinta Turma,** Relª. Minª. **Marilza Maynard** (Desembargadora convocada do TJ/SE, DJe 25/04/2013, grifei).

No tocante ao regime prisional, segundo jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, *"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 n. 718/STF), e *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF).

Na hipótese, entendo que deve ser mantido o regime inicial **fechado**, ante a existência de **circunstância judicial desfavorável**, que foi utilizada para majorar a pena-base do paciente.

Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a **existência de circunstância judicial desfavorável**, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena cominado.

Nesse sentido os seguintes precedentes:

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REGIME. PENA INFERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33 do CP, admite-se a fixação do regime fechado a condenado à pena inferior a 8 anos, quando presente circunstância judicial desfavorável.

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 283.446/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 09/02/2017).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULA/STJ 440. RECURSO DESPROVIDO.

1. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". No mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "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", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

2. As súmulas foram observadas pelo Tribunal a quo, porquanto o regime fechado foi imposto com motivação idônea, devendo ser observado o regime legal dos § 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. In casu, as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena base foi fixada acima do mínimo legal. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, o paciente faz jus ao regime inicial fechado de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal.

3. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido" (RHC n. 68.115/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 19/12/2016).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. (ART. 33, § 3º, DO CP). RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. Considerando o quantum da pena aplicada - 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão - e a existência de circunstância judicial desfavorável, é adequado o regime prisional fechado para o cumprimento da reprimenda corporal.*
>
> *2. Agravo regimental não provido"* (AgRg no AREsp n. 908.298/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 21/10/2016).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 73A48357-1705-4991-91E9-D95324E9D2CB