HABEAS CORPUS Nº 559.584 - SP (2020/0023005-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - SP202437
		DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	WESLEY LÁZARO ALVES
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de WESLEY LÁZARO ALVES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 0000109-49.2018.8.26.0530.

Depreende-se dos autos que a inicial acusatória foi julgada parcialmente procedente, a fim de condenar o paciente, como incurso no crime de roubo, previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 4 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, mais pagamento de 10 dias-multa.

Segundo a denúncia, o paciente abordou a vítima em via pública utilizando uma bicicleta. Ele se aproximou por trás, desferiu tapas e socos na cabeça da ofendida e subtraiu sua bolsa com vários pertences, entre os quais 2 telefones celulares. Os bens foram avaliados em R$ 1.717,00 (mil, setecentos e dezessete reais).

Mais tarde, o paciente foi abordado consumindo substâncias entorpecentes. Nessa oportunidade, desacatou, entrou em luta corporal, danificou a viatura e resistiu à prisão.

A apelação criminal da defesa foi desprovida, enquanto que o recurso do Ministério Público foi provido, a fim de alterar o regime prisional para o semiaberto, quanto ao crime de roubo. Além disso, condenou o ora paciente, pela prática dos crimes de dano qualificado ao patrimônio público, resistência, desobediência e desacato, previstos nos arts. 163, parágrafo único, inciso III, 329, 330, e 331, c/c o art. 69, todos do Código Penal, à pena de 1 anos, 2 meses e 15 dias de detenção, em regime semiaberto.

Aduz a defesa, no presente *writ*, falta de fundamentação quanto ao

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: 730D51E9-07EB-4574-A96B-E256F24BC394

recrudescimento do regime de cumprimento de pena.

Requer, liminarmente, seja determinada a suspensão dos efeitos do acórdão impugnado. No mérito, pede a fixação do regime aberto de cumprimento de pena.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 42/43).

Informações prestadas (e-STJ fls. 50/77).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem em parecer a seguir ementado (e-STJ fl. 79):

> *HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO, DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO, DESOBEDIÊNCIA E RESISTÊNCIA. PRETENSÃO DE ADOÇÃO DO REGIME MENOS GRAVOSO. REGIME SEMIABERTO ESTABELECIDO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DECISÃO FUNDAMENTADA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS; SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

No caso em tela, o Tribunal de origem reformou parcialmente a sentença condenatória, conforme a fundamentação a seguir transcrita (e-STJ fls. 66/68):

> *Passo à dosagem das penas a serem impostas.*
>
> ***a.a. Roubo:***
>
> *Inicialmente,* ***a pena-base do apelante foi fixada no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão****, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, calculados no mínimo legal, permanecendo inalterada diante da ausência de agravantes e atenuantes, nem causas de aumento ou de diminuição de pena.*

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: 730D51E9-07EB-4574-A96B-E256F24BC394

O regime inicial de cumprimento da reprimenda, todavia, será o semiaberto.

Isto porque, considerando as circunstâncias do crime cometido pelo apelado, demonstrou a maior reprovabilidade de sua conduta, uma vez que a vítima, às 06h50, no caminho de seu trabalho, foi ameaçada de morte e agredida com socos e tapas em sua cabeça, causando-lhe grande mal moral, psicológico e físico, motivos que a levaram a entregar o bem subtraído, o que, por si só, justifica seja a ele aplicado uma reprimenda mais severa e até poderia ensejar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, o que não constitui objeto do recurso ministerial.

Assim sendo, nos termos do artigo 33, § 3º e artigo 59, ambos do Código Penal, conclui-se que a fixação de regime intermediário, ou seja, o semiaberto, compatibiliza-se com o crime tratado na presente ação penal, ao contrário do regime aberto, conforme fixado na r. sentença de primeiro grau, pois não recomendável, frente à natureza e às circunstâncias do delito praticado pelo apelado.

Registre-se, com isso, que não houve violação alguma às Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, já que a gravidade do crime foi analisada no caso em concreto, como acima descrito, não se tratando de mera imposição de regime mais gravoso do que o estipulado por se tratar de crime de roubo.

[...]

a.a. Dano ao Patrimônio Público, Desacato, Resistência e Desobediência:

Utilizando o mesmo parâmetro empregado pelo Magistrado de primeiro grau quando da fixação da pena de roubo, ***fixo todas as penas-base do apelado no mínimo legal*** *de (i) 06 (seis) meses de detenção, para o crime de dano ao patrimônio público, (ii) 06 (seis) meses de detenção, para o crime de desacato, (iii) 15 (quinze) dias de detenção, para o crime de desobediência e (iv) 02 (dois) meses de detenção, para o crime de resistência, reprimendas que torno definitiva, por não haver qualquer outra agravante ou circunstância a modificá-las.*

Praticados em concurso material, na forma do artigo 69 do Código Penal, a soma das penas resulta em 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção.

Sob os mesmos fundamentos acima, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda ora imposta.

Desta forma, NEGO PROVIMENTO ao recurso interposto pelo apelante Wesley Lázaro Alves e DOU PROVIMENTO ao recurso interposto pelo Ministério Público, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena relativa ao crime de roubo aplicada ao apelado Wesley Lázaro Alves, bem como para condená-lo à pena 01 (um) ano, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicial semiaberto, como incurso nos artigos 163, inciso III, 329, "caput", 330 e 331, na forma do artigo 69, todos do Código Penal, mantendo, no mais, a r. sentença de primeiro grau. (Grifei.)

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: 730D51E9-07EB-4574-A96B-E256F24BC394

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, rememoro que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante 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 apenas quanto ao crime de roubo.

Confiram-se:

> *DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.°, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.*
>
> *1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*
>
> ***2. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea, nos termos das Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.***
>
> ***3. In casu, é evidente a ilegalidade, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal, a sanção é inferior a 8 anos, o paciente é primário e as instâncias de origem não apresentaram motivação idônea a justificar o regime fechado, dissertando apenas sobre o emprego de arma de fogo, além de mencionarem circunstâncias vagas e genéricas que não constituem elementos aptos a amparar a fixação do regime inicial mais gravoso.***
>
> [...]
>
> *5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.* (HC 351.840/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016, grifei.)

> *PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS*

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: 730D51E9-07EB-4574-A96B-E256F24BC394

> *REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. PRETENDIDA A EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS EXTENSIVOS AOS CORRÉUS.*
>
> [...]
>
> ***4. Configura constrangimento ilegal a imposição do regime mais gravoso ao paciente primário, sem motivação concreta, em virtude, unicamente, da gravidade abstrata do delito de roubo majorado. Inteligência das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.***
>
> *5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para fixar regime semiaberto, com efeitos extensivos aos corréus.* (HC 168.846/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016, grifei.)

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES). PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. LIMINAR CONFIRMADA.*
>
> *1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.*
>
> ***2. Haja vista a ausência de fundamentação concreta para se manter os pacientes em regime inicial mais gravoso do que a sanção imposta permite, vê-se, na decisão impugnada, a presença de manifesto constrangimento ilegal.***
>
> ***3. Tendo em conta que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e o quantum da pena aplicada é inferior a 8 anos, possível a fixação de regime inicial intermediário.***
>
> *4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar aos pacientes o regime inicial semiaberto, confirmando-se a liminar.* (HC 335.575/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 08/03/2016, grifei.)

No caso em desfile, a pena-base do **crime de roubo** foi cominada no mínimo legal, sendo julgadas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal e reconhecida, ainda, a primariedade do agente.

O recrudescimento do regime foi sobejamente fundamentado, uma vez

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: 730D51E9-07EB-4574-A96B-E256F24BC394

que o Tribunal de origem ressaltou que o paciente abordou a ofendida às 6h50min, a caminho do trabalho, e que ela foi ameaça de morte e agredida com socos e tapas na cabeça, causando-lhe muitos danos morais, psicológicos e físicos.

Conclui-se, assim, que a orientação adotada na origem não destoou do entendimento assente nesta Casa.

Ilustrativamente, confiram-se os seguintes precedentes:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. ARGUMENTOS CONCRETOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.*
>
> *1. Tem-se dos autos que o acusado, quando da sentença condenatória, estava preso provisoriamente pelo crime de roubo e que, oferecida a suspensão condicional do processo, verificou-se que ele nem sequer cumpria as condições impostas, o que levou a revogação do benefício.*
>
> *2.* ***Considerando que as instâncias ordinárias apresentaram justificativa concreta e idônea para estabelecer o regime intermediário, não vislumbro nenhum constrangimento ilegal apto a conceder a ordem****.*
>
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no HC 451.734/SP, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018, grifei.)

> *HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> [...]
>
> *6. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.*
>
> *7.* ***Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime, em especial o modus operandi*** *adotado pelos agentes.*
>
> *8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, em relação ao*

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: 730D51E9-07EB-4574-A96B-E256F24BC394

> *primeiro paciente, a ser compensada com a agravante da reincidência, readequando a reprimenda a ele imposta.* (HC 355.341/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 23/6/2016, grifei.)

> *PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTO CONCRETO. AUSÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> [...]
>
> *2.* ***Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos e superior a 4 (quatro) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal.*** *Na espécie, a instância de origem destacou a gravidade concreta da conduta do agente (o réu praticou roubo em concurso com outros agentes em que houve intensa intimidação e agressões físicas contra as vítimas), o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.*
>
> *3. Habeas corpus não conhecido.* (HC 302.087/SP, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 23/6/2016, grifei.)

No entanto, com relação aos **demais delitos (previstos nos arts. 163, parágrafo único, inciso III, 329, 330 e 331, c/c o art. 69, todos do Código Penal)**, aos quais foi cominada a pena de 1 ano, 2 meses e 15 dias de detenção, não foram apontados elementos concretos, excedentes aos próprios dos tipos penais, que justificassem a imposição do regime intermediário.

Com efeito, a Corte estadual ponderou que, "*sob os mesmos fundamentos acima, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda ora imposta*" (e-STJ fl. 38). Porém, a motivação exposta não tem relação com a segunda sequência de infrações praticadas pelo paciente, estando ligada exclusivamente ao *modus operandi* do crime patrimonial.

Nessa parte, o aresto recorrido destoou das Súmulas n. 718 e 719/STF, além da orientação jurisprudencial pacífica do Superior Tribunal de Justiça sedimentada na Súmula n. 440/STJ.

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: 730D51E9-07EB-4574-A96B-E256F24BC394

Desse modo, considerando-se a primariedade do réu, a ausência de circunstâncias judiciais valoradas negativamente, bem como de elementos concretos que justifiquem a fixação de regime mais gravoso, e, ainda, tendo em vista o total da pena imposta, merece prosperar a pretensão da impetrante de estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, **concedo em parte a ordem para fixar o regime aberto de cumprimento de pena com relação à pena de 1 ano, 2 meses e 15 dias de detenção cominada aos crimes dos arts. 163, parágrafo único, inciso III, 329, 330 e 331, c/c o art. 69, todos do Código Penal. Mantenho, outrossim, as penas de 4 anos de reclusão, em regime semiaberto, e de pagamento de 10 dias-multa quanto ao delito do art. 157, *caput,* do Código Penal e as demais disposições do acórdão.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
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: 730D51E9-07EB-4574-A96B-E256F24BC394