AgRg no HABEAS CORPUS Nº 912391 - SP (2024/0167066-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	IVANILDO PAULO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - DEFENSOR PÚBLICO - SP324728
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO TENTADO. REGIME INICIAL PRISIONAL MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE CONFIGURADA.

I - O Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Precedentes.

II - Havendo ilegalidade flagrante ou coação ilegal, concede-se a ordem de ofício.

III - A fração para a redução da pena, em razão do delito tentado, é inversamente proporcional ao *iter criminis* percorrido. Na hipótese, o delito não se consumou em virtude da rápida reação da vítima, não havendo coação ilegal na fixação da causa de diminuição em 1/2.

IV - A reincidência justifica o recrudescimento de seu regime prisional, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. O regime mais gravoso em razão do montante da pena – 3 anos e 1 mês de reclusão – é o semiaberto e não o fechado. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. Precedentes.

Agravo regimental não provido. Concedida da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, contudo conceder parcialmente a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan

Documento eletrônico VDA41968117 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 13/06/2024 18:39:47
Código de Controle do Documento: fda79928-c337-4bcc-a0c9-e8c3dbcd97a6

Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.
Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Brasília, 11 de junho de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator

Documento eletrônico VDA41968117 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 13/06/2024 18:39:47
Código de Controle do Documento: fda79928-c337-4bcc-a0c9-e8c3dbcd97a6

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 912391 - SP (2024/0167066-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	IVANILDO PAULO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - DEFENSOR PÚBLICO - SP324728
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO TENTADO. REGIME INICIAL PRISIONAL MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE CONFIGURADA.

I - O Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Precedentes.

II - Havendo ilegalidade flagrante ou coação ilegal, concede-se a ordem de ofício.

III - A fração para a redução da pena, em razão do delito tentado, é inversamente proporcional ao *iter criminis* percorrido. Na hipótese, o delito não se consumou em virtude da rápida reação da vítima, não havendo coação ilegal na fixação da causa de diminuição em 1/2.

IV - A reincidência justifica o recrudescimento de seu regime prisional, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. O regime mais gravoso em razão do montante da pena – 3 anos e 1 mês de reclusão – é o semiaberto e não o fechado. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. Precedentes.

Agravo regimental não provido. Concedida da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

Documento eletrônico VDA41968138 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 13/06/2024 18:39:47
Código de Controle do Documento: f7cfa707-e08f-4fcc-9225-cc5677acd607

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental (fls. 161-181) interposto por IVANILDO PAULO DA SILVA contra a decisão monocrática (fls. 156-160) que não conheceu do *habeas corpus* impetrado contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi inicialmente condenado pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos, à pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 06 (seis) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 157, § 2º, II, c.c art. 29, *caput*, do Código Penal, conforme a sentença de fls. 76-82.

Ambas as partes interpuseram apelação criminal ao Tribunal de Justiça, que negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao recurso da acusação, para majorar a pena do paciente para 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão, além de 07 dias-multa, no regime inicial fechado, consoante o acórdão de fls. 139-153.

Sobreveio a impetração de *habeas corpus*, em substituição ao recurso especial, objetivando a concessão da ordem para revisar a dosimetria da pena e estabelecer regime inicial menos gravoso.

O *habeas corpus* não foi conhecido (fls. 156-160).

No regimental (fls. 161-181), o agravante defende que há ilegalidade flagrante no acórdão, passível de ser extirpada mediante concessão da ordem de ofício, consubstanciada pela negativa à atenuante da confissão espontânea, na desproporcional fração utilizada na terceira etapa da dosimetria da pena e no estabelecimento de regime inicial mais gravoso, despido de fundamentação idônea.

É o relatório.

VOTO

Como relatado, o agravante aponta a ocorrência de ilegalidade flagrante na negativa à atenuante da confissão espontânea, na desproporcional fração utilizada na terceira etapa da dosimetria da pena e no estabelecimento de regime inicial mais gravoso, despido de fundamentação idônea.

Documento eletrônico VDA41968138 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 13/06/2024 18:39:47
Código de Controle do Documento: f7cfa707-e08f-4fcc-9225-cc5677acd607

Consoante os fundamentos articulados na decisão monocrática (fls. 156-160), o *habeas corpus* não foi conhecido por ser substitutivo de recurso próprio, em posicionamento alinhado com a jurisprudência o Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. DELITOS DE ROUBO EM CONCURSO MATERIAL. CUMULAÇÃO DE CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO.*
>
> *1. Conforme consignado na decisão agravada, o presente habeas corpus não merece ser conhecido, pois foi impetrado em substituição a recurso próprio. Contudo, a existência de flagrante ilegalidade justifica a concessão da ordem de ofício.*
>
> *[...]*
>
> *3. Agravo regimental desprovido"* (AgRg no HC n. 738.224/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 12/12/2023).

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS ISOLADAMENTE. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA DENOTAR A HABITUALIDADE DELITIVA DA AGENTE. INCIDÊNCIA NA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). REGIME ABERTO. ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
>
> *[...]*
>
> *6. Agravo regimental não provido"* (AgRg no HC n. 857.913/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 1/12/2023).

Documento eletrônico VDA41968138 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 13/06/2024 18:39:47
Código de Controle do Documento: f7cfa707-e08f-4fcc-9225-cc5677acd607

No que tange à dosimetria da pena, a decisão agravada ressaltou não haver coação ilegal ou teratologia passível de ser conhecida nos termos do § 2º do artigo 654 do Código de Processo Penal, porquanto a pretensão que objetivava o reconhecimento da confissão espontânea, para que pudesse ser acolhida, demandaria o revolvimento de todo conjunto probatório.

Quanto à causa de diminuição atinente à modalidade tentada do delito, o Tribunal de Apelação – soberano na análise da matéria de fatos e provas – concluiu que o roubo não se consumou em razão da rápida reação da vítima, motivo pela qual elegeu, a partir de fundamentação idônea, a fração de 1/2.

Segundo o artigo 14, parágrafo único, do Código Penal, a tentativa é punida com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. A modulação é inversamente proporcional ao *iter criminis* percorrido. Quanto maior o caminho percorrido, antes de efetivamente violar o bem juridicamente tutelado pela norma, maior o perigo ao qual o bem jurídico resultou exposto e maior será o desvalor da conduta, a ensejar uma menor redução da pena.

Nesse sentido:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO DO ROUBO. INVERSÃO DA POSSE E CESSAÇÃO DA VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. CAUSA DE REDUÇÃO DA TENTATIVA. FRAÇÃO DE 1/3. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. CRITÉRIO IDÔNEO. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *- Quanto à fração aplicada para a redução da pena, em razão do delito tentado, sua modulação é inversamente proporcional ao iter criminis percorrido. É dizer: quanto maior o caminho percorrido pela conduta do agente, antes de efetivamente violar o bem juridicamente tutelado pela norma, maior o perigo ao qual o bem jurídico resultou exposto e maior será o desvalor da conduta, a ensejar uma menor redução da pena.*
>
> *- A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou que consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada (Súmula 582/STJ)*
>
> *- Na hipótese, o ora agravante e os corréus, como ficou bem delimitado no quadro fático-probatório fixado pelas instâncias ordinárias, chegaram muito perto da inversão da posse da res*

Documento eletrônico VDA41968138 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 13/06/2024 18:39:47
Código de Controle do Documento: f7cfa707-e08f-4fcc-9225-cc5677acd607

acompanhada da cessação da violência e da grave ameaça, "somente não logrando a subtração do objeto, último ato antes da consumação do roubo próprio, porque foram flagrados pelo policial militar José Antônio" (fl. 366), de modo que o iter criminis foi percorrido quase na integralidade, autorizando uma redução mínima da reprimenda

- A reforma do quadro fático-probatório firmado na origem é tarefa inviável em sede de habeas corpus

- Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 604.895/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/09/2020).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO QUALIFICADO. PATAMAR DE APLICAÇÃO DA TENTATIVA. PLEITO DE REDUÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. PROXIMIDADE DO RESULTADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. No crime tentado, a aferição do quantum de pena a ser reduzido decorre da maior ou menor proximidade da conduta ao resultado almejado. Precedentes.

2. Tendo o Tribunal a quo reconhecido que o iter criminis percorrido pela apelante chegou próximo do seu final, não há falar no reconhecimento da fração máxima.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 1.263.086/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 03/05/2019).

Quanto ao regime inicial prisional, o Tribunal de Apelação estabeleceu o regime fechado a partir da diretriz dos artigos 33 e 59 do Código Penal. Contudo, verifico a presença de ilegalidade flagrante no estabelecimento do regime fechado, porquanto a pena definitiva do paciente restou estabelecida em 03 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão.

Dessa maneira, guarda razão de proporcionalidade e razoabilidade o estabelecimento de regime inicial prisional mais gravoso sequente – o semiaberto – já que o paciente é reincidente e a pena-base restou estabelecida no mínimo legal.

Nessa linha, é o que dispõe o enunciado da Súmula n. 269/STJ: "*É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*."

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. Concedo parcialmente a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Documento eletrônico VDA41968138 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 13/06/2024 18:39:47
Código de Controle do Documento: f7cfa707-e08f-4fcc-9225-cc5677acd607

É o voto.

Documento eletrônico VDA41968138 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 13/06/2024 18:39:47
Código de Controle do Documento: f7cfa707-e08f-4fcc-9225-cc5677acd607

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0167066-3 **PROCESSO ELETRÔNICO**

AgRg no HC 912.391 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15022914020238260535 22208832023

EM MESA JULGADO: 11/06/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão
Exma. Sra. Ministra DANIELA TEIXEIRA

Subprocuradora-Geral da República
Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - DEFENSOR PÚBLICO - SP324728
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IVANILDO PAULO DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	:	GABRIEL ALMEIDA MAGALHAES SILVA
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	IVANILDO PAULO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - DEFENSOR PÚBLICO - SP324728
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, contudo concedeu parcialmente a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Daniela Teixeira.

Documento eletrônico VDA41944745 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 12/06/2024 16:46:38
Código de Controle do Documento: DC8FB05A-CCAC-4ABC-BD36-4B6FA1FFF940