

HABEAS CORPUS Nº 480.316 - SP (2018/0311062-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : JONATHAN ROSA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : EDUARDO NASCIMENTO SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de JONATHAN ROSA DA SILVA e EDUARDO NASCIMENTO SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0000140-48.2018.8.26.0537.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, ambos às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no **art. 157, § 2º, II, do Código Penal** (e-STJ fls. 36/43).

Inconformada, a defesa recorreu e o Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo, para manter incólume a sentença primeva (fls. 44/50). Segue a ementa do acórdão:

ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS - Sentença condenatória - Defesa requer a absolvição por insuficiência probatória - Descabimento - Provas suficientes, consistentes na confissão dos réus, na palavra da vítima e no testemunho policial, coesos e coerentes - Valoração da prova - Concurso de pessoas comprovado pelo interrogatório dos réus e pela prova oral colhida - Sentença condenatória mantida - Regime fechado corretamente aplicado - Detração a ser analisada pelo Juízo das Execuções - RECURSO DESPROVIDO.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/9), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes, na medida em que manteve o regime inicial fechado a réus primários, com pena fixada em

patamar inferior a 8 anos, com base apenas na gravidade abstrata do delito, vulnerando os enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719, ambos da Súmula do STF.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para que seja fixado regime inicial semiaberto aos pacientes.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ fls. 58/59 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 65/68, opinou pelo não conhecimento do *mandamus* ou pela denegação da ordem.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca a impetrante, em suma, o abrandamento do regime prisional dos pacientes, ao argumento de que haveria sido determinado com base em fundamentação inidônea.

Preliminarmente, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-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 desproporcionalidade.

Sob essas balizas, ao sentenciar os pacientes, a Magistrada consignou que (e-STJ fls. 36/42, destaquei):

[...]

JONATHAN ROSA DA SILVA e EDUARDO NASCIMENTO SILVA, qualificados nos autos, foram denunciados e estão sendo processados como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, porque, no dia 17 de janeiro de 2018, por volta das 06h40, na Rua Aureliano de Souza, n.º. 100, bairro Ferrazópolis, nesta cidade e comarca de São Bernardo do Campo, agindo em concurso de agentes, caracterizado pela unidade de desígnios e identidade de propósitos, subtraíram, para proveito comum, mediante grave ameaça, exercida com simulacro de arma de fogo, coisas alheias móveis consistentes em um aparelho celular Samsung, um aparelho de GPS da marca Foston, uma carteira contendo documentos pessoais e a quantia de R\$ 24,00, tudo pertencente à vítima E.S.A.

[...]

O réu Jonathan Rosa da Silva disse que estava com dificuldades financeiras, por isso realizou o assalto, juntamente com Eduardo. Estava portando o simulacro de arma de fogo durante a ação.

Por sua vez, o réu Eduardo Nascimento Silva disse que atuou em conjunto com Jonathan, sendo aquele que subtraiu o GPS no interior do veículo. Foram abordados pelos policiais ainda próximo ao local dos fatos.

[...]

Passo, assim, a dosar a pena.

Atento aos critérios do art. 59, do Código Penal, quanto à culpabilidade, compreendida como o grau de censurabilidade da conduta, entendo que foi aquela inerente ao crime de roubo, não tendo como ser sopesada negativamente para fins de aumento da pena; quanto aos antecedentes, observo que o acusado Jonathan ostenta uma condenação por tráfico de drogas, com trânsito em julgado em 10/11/2015, extinta em 30/03/2017, contudo, tal circunstância deverá ser considerada na segunda fase de aplicação da pena, evitando-se o bis in idem; não há nos autos dados que permitam aferir as condutas sociais e a personalidades dos acusados; os motivos e consequências deste crime não o diferenciam de outros da mesma espécie, praticados em situações semelhantes; a circunstância de o crime haver sido cometido com o emprego de um simulacro de arma de fogo, muito embora não configure causa especial de aumento de pena do crime de roubo, deve ser levada em consideração na primeira fase de aplicação da pena, pois possui relevante poder intimidatório; o comportamento da vítima em nada contribuiu para a ocorrência do crime. Assim, mantenho a pena-base dos acusados no mínimo legal, ou seja,

em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, esta última arbitrada no patamar mínimo, face à falta de elementos quanto à condição socioeconômica dos sentenciados.

Na segunda fase de fixação de pena, verifico que o acusado Jonathan é reincidente, uma vez que ostenta condenação anterior por tráfico, transitada em julgado em 10/11/2015, extinta em 30/03/2017 (pgs. 112/113), sendo certo que ainda não ultrapassado o prazo mencionado no art. 64, inc. I, do CP. Ambos os acusados confessaram o delito. Em relação ao acusado Jonathan, sendo ambas as circunstâncias preponderantes, nos termos do art. 67 do Código Penal, mantenho nesta fase a pena-base anteriormente aplicada. Em relação ao acusado Eduardo, conquanto presente a atenuante da confissão, não há como se fixar a pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal (súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, em decorrência da presença de uma causa de aumento de pena (concurso de agentes), de 5 possíveis, há que incidir, por critério de proporcionalidade, o aumento de 1/3 (um terço), perfazendo, para ambos, 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo, pena essa que torno definitiva.

Os réus iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado, mais apropriado aos acusados, diante da presença da qualificadora do concurso de agentes, e da gravidade do crime praticado (art. 33, § 3º, do CP). Tal regime, com efeito, é o único que se mostra adequado à consecução das finalidades da sanção penal, considerada a gravidade do delito e circunstâncias nas quais foi praticado, aptas a demonstrar ousadia e periculosidade dos agentes, reclamando reação severa, proporcional e seguramente eficaz. Em relação ao acusado Jonathan, vale ainda ressaltar que é reincidente.

Ante o quantum da pena privativa de liberdade aplicada, inviável a substituição por restritiva de direitos, ou sua suspensão condicional.

Dessa forma, constata-se que o regime prisional mais gravoso para o resgate da pena aplicada ao paciente JONATHAN possui lastro em fundamentação concreta, qual seja, a sua reincidência.

Por outro lado, em relação ao paciente EDUARDO, extrai-se que o regime fechado, mais severo do que a pena de 5 anos e 4 meses de reclusão comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas na

gravidade em abstrato do delito de roubo majorado pelo concurso de agentes, afrontando o disposto no art. 93, IX, da Constituição da República e na Súmula n. 440/STJ, que segue transcrita: *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.*

Com efeito, não se pode olvidar que o crime em questão foi cometido mediante emprego de **simulacro de arma de fogo**, e que não houve o cometimento de violência real contra a vítima. Tais fatores, se não deixam de configurar a modalidade delitiva em apreço, denotam que as condutas perpetradas não extrapolaram àquelas inerentes ao próprio tipo penal violado.

Nesse contexto, em relação ao paciente EDUARDO, tendo em vista o *quantum* da pena, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, e o fato de ser primário, resulta cabível o regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal e da Súmula n. 440/STJ.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO CABÍVEL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

[...]

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, confirmando a liminar, para fixar o regime inicial aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando pena em regime mais severo. (HC n. 439.945/SP, Rel. Ministro

RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 10/5/2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR (CP, ART. 129, § 9º). PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PLEITO DE MODIFICAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. INVIABILIDADE. RÉU REINCIDENTE. SÚMULA 269 DO STJ. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IRRELEVÂNCIA. REQUISITO NECESSÁRIO AO ESTABELECIMENTO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- 1. Tratando-se de réu reincidente, com sanção fixada em patamar inferior a 4 anos, é incabível a fixação do regime aberto, consoante a orientação fixada na Súmula 269 deste STJ.*
- 2. Não tem força para afastar o regime prisional estabelecido pelas instâncias ordinárias o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, uma vez que a favorabilidade das circunstâncias judiciais constitui requisito à própria fixação do regime intermediário, ante a reincidência do réu.*
- 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 401.915/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 23/10/2017)*

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem *ex officio*, para fixar o regime inicial semiaberto apenas em favor do paciente EDUARDO NASCIMENTO SILVA.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator