

HABEAS CORPUS Nº 489.559 - SP (2019/0012666-4)

RELATOR : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABRIEL MACHADO MAGLIO - SP224557
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN DOMINGUES IZAIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAJORANTES. RECRUDESCIMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. ILEGALIDADE. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER ACOLHIDO. Ordem concedida.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de **Jonathan Domingues Izaias** – condenado como incurso no crime de roubo circunstanciado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 dias-multa –, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa (Ação Penal n. 0009720-11.2018.8.26.0050).

Alega a impetrante constrangimento ilegal decorrente da majoração da pena em 3/8, na terceira fase de sua fixação, em razão da utilização do método quantitativo, o que ofende o enunciado da Súmula n. 443/STJ.

Aduz, ainda, que a imposição de regime fechado com fundamento na gravidade em abstrato do delito contraria o enunciado das Súmulas n.^{os} 440/STJ e 718/STF.

Postula, então, o deferimento de medida liminar para que o paciente possa aguardar o julgamento do *writ* no regime intermediário.

No mérito, pleiteia o redimensionamento da pena e fixação do

regime semiaberto.

O pedido de liminar foi indeferido pela Presidência desta Corte (fls. 47/48).

Prestadas as informações (fls. 52/62), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Elizeta Maria de Paiva Ramos, manifestou-se *pela extinção do writ sem resolução do mérito, com concessão da ordem, de ofício, para que seja aplicado, na terceira etapa da dosimetria, o acréscimo mínimo de 1/3 (um terço), em face das duas qualificadoras, bem como abrandado o modo prisional inicial para o semiaberto* (fl. 72).

É o relatório.

Adoto como razões de decidir o bem lançado parecer ministerial, pois em conformidade com a orientação que tem sido estabelecida por esta Corte (fls. 66/69):

Da leitura dos trechos do acórdão ora acoimado de ilegal, a seguir transcritos, depreende-se que foi estabelecido o aumento de 3/8 (três oitavos), na terceira fase da dosimetria levando-se em conta, tão somente a presença de duas qualificadoras. *Verbis*:

“(...)Ausentes agravantes ou causas de diminuição, na derradeira etapa, foram majoradas em 3/8 - 5 anos, 6 meses de reclusão e 13 dias-multa -, pela dupla majorante, pois, como bem justificado, é a “(...) fração de aumento que mais se adequa ao caso concreto, já que o réu, em concurso de agentes, abordou a vítima, ameaçando-as sob a mira de arma de fogo, e, assim, retirando-lhe qualquer possibilidade de reação, em circunstâncias já descritas indicativas da audácia, periculosidade extremada e absoluta certeza de impunidade” (fls. 116), o que, realmente, se mostrou razoável e proporcional à ação delituosa, atendendo-se à culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, autorizadoras do quantum adotado, de modo a afastar a aplicação da Súmula/STJ, nº 443. (...) .” (fls. 58/59)

Ocorre que não basta a mera referência à existência da quantidade de majorantes para justificar o acréscimo de pena. É preciso, sim, que haja valoração jurídica de cada uma dessas circunstâncias, de modo a viabilizar a individualização da sanção penal, ensejando ao sentenciado o conhecimento de seus motivos para eventual manejo de recurso.

Não tendo sido observado esse procedimento na espécie, resta clara a responsabilização penal objetiva e o manifesto constrangimento ilegal, ao arripio da Súmula nº 443 dessa Corte Superior, que dispõe:

“O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo

circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.”

Igualmente, verifica-se que o regime inicial fixado na sentença condenatória e mantido no acórdão ora guerreado não está lastreado em motivação idônea, eis que os fundamentos invocados (roubo cometido em concurso de agentes e mediante uso de arma de fogo) não são suficientes, por si sós, para agravar o regime inicial da pena, haja vista tais elementos serem intrínsecos ao tipo penal violado.

Nessa ordem de ideias, os julgados a seguir transcritos:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 440/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...) III - A Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova. No caso dos autos, o v. acórdão reprochado apoiou-se na prova oral produzida para concluir pela utilização da arma branca no crime de roubo (precedentes).

IV - O eg. Tribunal de origem, apoiado nos elementos de prova produzidos nos autos, concluiu que “as causas de aumento restaram devidamente demonstradas, pois o material probatório coligido aponta que o crime foi cometido pela Ré com mais um comparsa [...]” (fl. 46). Rever esse entendimento demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (precedentes).

V - No presente caso, verifica-se que a pena foi exasperada em 3/8 (três oitavos) considerando apenas a quantidade de majorantes. Assim, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que o aumento foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, violando o enunciado da Súmula n. 443/STJ, segundo o qual “o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes” (precedentes).

VI - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve a paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto (precedentes).

VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

VIII - “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 nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

IX - "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." (Enunciado da Súmula nº 440 desta Corte).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, com fundamento nas Súmulas n. 443 e 440/STJ, reduzir a pena da paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena." g.n. (HC 343.248/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 11/04/2016)

[...]

Firmadas essas premissas, passo ao redimensionamento da pena do paciente:

Mantém-se a pena-base fixada em 4 anos de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa. Na segunda fase, ausentes agravantes e atenuantes. Na terceira fase, ante a ausência de fundamentação para o recrudesimento acima do mínimo legal, as penas devem ser elevadas em 1/3, totalizando, 5 e 4 meses de reclusão, e pagamento de 13 dias-multa.

Atendendo aos critérios norteadores e pelos fundamentos acima expostos, fixa-se o regime inicial semiaberto.

Ante o exposto, acolho o parecer ministerial, para **conceder** a ordem, fixando a pena do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa, no regime inicial semiaberto.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 13 de fevereiro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator