HABEAS CORPUS Nº 481.411 - SP (2018/0318527-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNA GONÇALVES LOUREIRO DE ANDRADE BARROS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	IVO DOS SANTOS
PACIENTE	:	RAFAEL SOARES SABINO DA COSTA

DECISÃO

IVO DOS SANTOS e **RAFAEL SOARES SABINO DA COSTA** alegam sofrer coação ilegal no seu direito de locomoção em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 0018211-41.2017.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que **Ivo foi condenado a 2 anos e 9 meses de reclusão, no regime aberto**, e **Rafael, a 3 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, no regime fechado**, pela prática do delito previsto no **art. 157, § 2º, II e V, c/c o art. 14, II**, ambos do Código Penal (fls. 26-31).

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo e manteve a condenação em todos os seus termos (fls. 42-61).

Neste *writ*, a impetrante sustenta a ilegalidade no **aumento de 3/8 da reprimenda, na terceira etapa da dosimetria,** com fundamento em cálculo meramente matemático, o que contraria a jurisprudência desta Corte, notadamente, o disposto na Súmula n. 443 do STJ.

Alega, também, **não existir justificativa válida para a imposição do regime prisional mais gravoso ao acusado Rafael**.

Pleiteia, liminarmente, possam aguardar os pacientes em regime intermediário até o final julgamento deste *mandamus*, e requer, **no mérito,** a concessão da ordem, a fim de **aplicar a fração mínima na terceira fase da dosimetria, reduzir as penas e fixar o regime menos gravoso ao paciente Rafael**.

O pedido de **liminar foi indeferido** (fl. 66).

Dispensadas as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela concessão da ordem, de ofício (fls. 71-74).

Decido.

I. Dosimetria – terceira fase

O Juiz de primeira instância, ao exasperar as penas dos pacientes na terceira fase da dosimetria, assim fundamentou (fls. 28-29, grifei):

> [...]
> 1. Réu Ivo
> **O réu é primário e não ostenta maus antecedentes,** de maneira que a pena base será fixada em seu patamar mínimo legal.
> Fixada a pena base no tanto mínimo legal, deixo de aplicar a atenuante referente à confissão espontânea em razão do disposto pela Súmula 231, do C. Superior Tribunal de Justiça.
> Em razão das qualificadoras relativas ao concurso de agentes e à restrição da liberdade das vítimas, aumento a reprimenda em 3/8 (três oitavos).
> Tal fração busca aplicar a equidade entre a periculosidade dos réus e suas efetivas punições, uma vez que juntos decidiram praticar o crime e, não suficientemente, com eles levaram as vítimas, buscando evitar qualquer possibilidade de comunicação à polícia do crime perpetrado até que a carga fosse descarregada.
> [...]
> 2. Réu Rafael
> **O réu já foi processado, e ao final, condenado outras duas vezes por crimes praticados contra o patrimônio, demonstrando que faz do crime seu meio de vida. Na última vez, foi beneficiado com a saída temporária durante o cumprimento da pena, todavia, não retornou ao estabelecimento prisional.** Inclusive estava foragido quando cometeu o crime que nestes autos é acusado. Por tudo isso, fixo sua pena base em **04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão**, e 11 (onze) dias-multa.
> Compenso sua reincidência (fls. 271) com a atenuante relativa à confissão espontânea, visto que admitiu a prática do crime em juízo.
> Em razão das qualificadoras relativas ao concurso de

> agentes e à restrição da liberdade das vítimas, aumento a reprimenda em 3/8 (três oitavos). Tal fração busca aplicar a equidade entre a periculosidade dos réus e suas efetivas punições, uma vez que juntos decidiram praticar o crime e, não suficientemente, com eles levaram as vítimas, buscando evitar qualquer possibilidade de comunicação à polícia do crime perpetrado até que a carga fosse descarregada.

A Corte estadual manteve a fração de aumento adotada na sentença (fl. 54, destaquei):

> [...]
> Por fim, na terceira fase do artigo 68 do Código Penal, **exasperaram-se as sanções de três oitavos (3/8) em razão das causas de aumento atinentes ao concurso de pessoas e à restrição à liberdade das vítimas,** de modo a atingir cinco (5) anos e seis (6) meses de reclusão, mais treze (13) dias-multa diante do coacusado IVO, bem como seis (6) anos e cinco (5) meses de reclusão, com multa correspondente a quinze (15) diárias para o corréu RAFAEL.
> **O acréscimo imposto conta com fundamentação racional, cabendo mencionar que a pluralidade de agentes e a restrição à liberdade das vítimas conferem maior gravidade ao delito, além de facilitar o sucesso da subtração e propiciar exacerbado temor aos ofendidos, com nítida intensificação do trauma próprio do roubo,** tudo justificando a solução observada na sentença como correlato dos princípios constitucionais antes reportados, sob pena de se equiparar os apelantes ao autor de "assalto" cometido mediante única causa de aumento.

Pela leitura dos trechos em destaque, considero haver violação do dispositivo indicado, pois a Corte de origem entendeu devida a exasperação da reprimenda em **3/8**, **ante a caracterização de duas majorantes, fundamento que** – embora, na minha opinião, evidencie maior temibilidade da conduta –, **nos termos do pensamento da Quinta e da Sexta Turmas, não justifica, de maneira idônea, o aumento de pena acima do patamar mínimo.** É necessária a indicação de outras circunstâncias concretas que digam respeito às próprias majorantes e que evidenciem a maior desaprovação da conduta **(número de agentes superior ao necessário para configurar o concurso, restrição da liberdade da vítima por longo período, emprego de arma de grosso calibre, ocorrência de disparo etc.)**, para justificar o percentual de aumento eleito.

Ilustrativamente:

> [...]
> II - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência destas, como o foi na espécie, mas sim com base em dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso. (Precedentes).
> III - "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" (Enunciado nº 443 da súmula do STJ).
> [...]
> (**RHC n. 51.597/SP**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 4/2/2015)
>
> [...]
> 2. 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. Súmula n. 443 do STJ. **Não foi apontado elemento concreto e relacionado às majorantes (número de agentes superior ao necessário para caracterizar o concurso, restrição da liberdade da vítima por longo período etc.) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva de entendimento do relator.**
> [...]
> 4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a ilegalidade na terceira etapa da dosimetria e redimensionar a pena final do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa.
> (**HC n. 238.052/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti Cruz**, 6ª T., DJe 27/10/2015, destaquei)

Logo, devo reconhecer como procedente a postulação defensiva no particular, pois o Tribunal *a quo* não apontou nenhum **elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena**, na terceira fase da dosimetria, no

patamar estabelecido. O entendimento lá esposado é dissonante da jurisprudência desta Corte Superior, conforme devidamente demonstrado.

II. Nova dosimetria

Reconhecida a apontada violação, **passo à readequação das penas**, de acordo com os parâmetros definidos na sentença condenatória.

- Ivo dos Santos

Na primeira etapa da dosimetria, ausentes circunstâncias judiciais negativas, a pena-base é fixada no mínimo legal, em **4 anos de reclusão** e 10 dias-multa.

Na segunda fase, embora presente a atenuante **da confissão espontânea, a sanção permanece no mesmo patamar,** nos termos da Súmula n. 231 do STJ.

Na terceira etapa, **afastada a incidência da fração de 3/8, a pena deve ser elevada em 1/3**, o que equivale a **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**.

Por fim, a reprimenda é **reduzida em 1/2** pela tentativa, a totalizar **2 anos e 8 meses de reclusão e 6 dias-multa**.

- Rafael Soares Sabino da Costa

Na primeira etapa da dosimetria, a pena-base é fixada em **4 anos e 8 meses de reclusão** e 11 dias-multa, pelos maus antecedentes.

Na segunda fase, a atenuante **da confissão espontânea é compensada com a agravante da reincidência,** e a sanção permanece no mesmo patamar, nos termos da Súmula n. 231 do STJ.

Na terceira etapa, **afastada a incidência da fração de 3/8, a pena deve ser elevada no patamar de 1/3**, a resultar em **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 13 dias-multa**.

Finalmente, a reprimenda é **diminuída em 1/2** pela tentativa, a totalizar **3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 6 dias-multa**.

III. Regime

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o

semiaberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, 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 (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.

O Juiz sentenciante justificou o regime fechado pelos seguintes motivos (fl. 30):

> [...]
> Em razão dos elementos que justificaram a majoração da pena base na 1ª fase de fixação da pena e a reincidência do réu, fixo o regime inicial fechado para início do cumprimento da pena.

A Corte local assim consignou acerca do regime (fls. 57-61, grifei):

> [...]
> **De resto, o regime fechado para início de cumprimento das corporais é o único adequado à reprovação e prevenção do roubo, ainda mais em face das majorantes quadro negativo antes reportados denotando dolo proeminente, situação concreta igualmente incondizente com retiro menos severo (artigo 33, § 3º, do Código Penal),** além de o quadro conferir intenso temor e consequente trauma extremado,

> sem possibilidade de se revisar retiro aberto conferido na sentença ao codenunciado IVO ante a inexistência de recurso da Justiça Pública.
> [...]
> **Tampouco há se cogitar de mitigação do tratamento penitenciário do corréu RAFAEL com fulcro no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porquanto a matéria atinente à detração não comporta discussão aprofundada no processo de conhecimento, devendo a questão ser analisada quando da execução do julgado,** consoante se infere do artigo 66, inciso III, alínea "c", da Lei de Execuções Penais, regra não contrariada pela alteração legislativa promovida pela Lei nº. 12.736/12.
> **Consigne-se, ademais, que, para a progressão de regime, necessária, ainda, a presença do requisito subjetivo, cuja apreciação deve ocorrer no momento executório, sendo a matéria atinente ao merecimento do preso nitidamente estranha à fase cognitiva.**
> De qualquer forma, quando da prolação da sentença, nem mesmo se verificava interstício necessário à progressão de regime (considerada a pena imposta), além do que o tratamento carcerário não foi imposto com base no montante da reprimenda, mas, sim, diante de circunstância judicial desfavorável e recidiva quadro também colidente com a detração (TJESP, Apelação Criminal 0011735-73.2013.8.26.0196, Relator RENÊ RICUPERO; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, "Código de Processo Penal Comentado", 13ª edição, páginas 805/8065).

Diante da fundamentação oferecida pelas instâncias antecedentes, **não verifico a apontada ilegalidade** na fixação do regime inicial fechado **quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, a reincidência específica** –, ainda que o *quantum* da pena seja inferior a 8 anos (art. 33, § 3º, do CP).

Ilustrativamente:

> [...]
> 2. "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 n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.
> 3. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à

> pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, qual seja, o *modus operandi* da conduta do paciente, que **na companhia de outro comparsa menor** quebrou o vidro lateral do veículo para subtrair os bens da vítima.
> 4. Habeas corpus não conhecido.
> (**HC n. 357.565/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 29/6/2016)

Ademais, **o paciente Rafael estava foragido quando cometeu o crime** em discussão nesses autos.

Logo, em que pese a insurgência ora deduzida, noto que a fundamentação apresentada **demonstra, iniludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito, o que justifica, de maneira idônea, a fixação do regime fechado.**

IV. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de reduzir as penas dos réus **Ivo dos Santos** para **2 anos e 8 meses de reclusão e 6 dias-multa,** e de **Rafael Soares Sabino da Costa** para **3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 6 dias-multa,** mantidos os demais termos da condenação na origem.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**