HABEAS CORPUS Nº 500.447 - RJ (2019/0083817-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
		EURICO DE CASTRO MONTEIRO JUNIOR - RJ050295
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	KASSIO HENRIQUE COSTA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de KASSIO HENRIQUE COSTA apontando como o autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0305170-76.2017.8.19.0001, Desembargador Sidney Rosa da Silva).

Consta dos autos ter sido o paciente condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 32 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, por duas vezes.

Irresignada, a defesa ingressou com recurso, tendo o Tribunal de origem dado parcial provimento ao apelo para, afastada a majorante do emprego de arma de fogo, reduzir as reprimendas para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 26 dias-multa, mantidos os demais termos da sentença. Eis a ementa do aludido julgado (e-STJ fls. 30/32):

> *CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. APELANTE CONDENADO ÀS PENAS DE 08 ANOS E 02 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 32 DIAS-MULTA, NO V.M.L., PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, (DUAS VEZES), N/F DO ART. 70, CAPUT, 1ª PARTE, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. REQUER A DEFESA A ABSOLVIÇÃO, SOB O FUNDAMENTO DE PRECARIEDADE DE PROVAS. SUBSIDIARIAMENTE, PRETENDE SEJA FIXADA A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL, OBJETIVA O RECONHECIMENTO DO CRIME ÚNICO, O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA, APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA EM RELAÇÃO AO ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E, POR FIM, A FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. A*

AUTORIA E A MATERIALIDADE MOSTRAM-SE BEM DEFINIDAS, DIANTE DE TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO ANEXADO A ESTE PROCESSADO, EM ESPECIAL, CONSOANTE SE DEPREENDE DO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS, DEVENDO SER MANTIDO O DECRETO CONDENATÓRIO. AFASTA-SE O FUNDAMENTO UTILIZADO PARA EXASPERAR A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, QUANTO A CONDUTA SOCIAL DO AGENTE, ESTABELECENDO-SE A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. EMBORA SE VERIFIQUE QUE O ACUSADO POSSUI OUTRAS ANOTAÇÕES CRIMINAIS, EM RELAÇÃO AQUELAS QUE NÃO OSTENTAM TRÂNSITO EM JULGADO, INCABÍVEL A UTILIZAÇÃO DAS REFERIDAS ANOTAÇÕES PARA AGRAVAR A SITUAÇÃO DO APENADO, DIANTE DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 444, DO STJ. INCABÍVEL O RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO, EIS QUE RESTOU DEMONSTRADA NO CADERNO DE PROVAS QUE FORAM ATINGIDOS PELO MENOS DOIS PATRIMÔNIOS DE VÍTIMAS DISTINTAS, MEDIANTE UMA ÚNICA CONDUTA PERPETRADA PELO APELANTE, O QUE SE AMOLDA À FIGURA DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES.

EMBORA AS VÍTIMA TENHAM NARRADO QUE A EMPREITADA CRIMINOSA OCORREU, MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO, TEM-SE QUE, COM A EDIÇÃO DO ARTIGO 4º, DA LEI Nº 13.654/2018, HOUVE A REVOGAÇÃO DO INCISO I, DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 157, DO CÓDIGO PENAL. A INOVAÇÃO DADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL, OCORREU INEXORAVELMENTE A ABOLITIO CRIMINIS, RAZÃO PELA QUAL, DEVE SER AFASTADA, A REGRA DO INCISO I, DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 157, DO CÓDIGO PENAL, POSTO QUE REVOGADA PELA EDIÇÃO DA LEI Nº 13.654/2018.

MANTENHO O REGIME FECHADO, ANTE A MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA, EIS QUE O CRIME FOI PRATICADO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA, UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO DE FORMA OSTENSIVA E CONCURSO DE PESSOAS, GERANDO MAIOR RISCO PARA AS VÍTIMAS, EXTERIORIZANDO EFETIVA PERICULOSIDADE DO ACUSADO, QUE PÕE EM PRIMEIRO LUGAR A VANTAGEM PATRIMONIAL.

PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DEFENSIVO.

No presente *writ*, sustenta a impetrante constrangimento ilegal na fixação do regime fechado, asseverando que "um dos argumentos para manutenção de regime mais gravoso na referida decisão baseou-se em uma elementar do tipo, qual seja o emprego de grave ameaça" (e-STJ fl. 6).

Invoca, ainda, os enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Busca, liminarmente, possa o paciente aguardar no regime intermediário o julgamento definitivo deste *writ*.

No mérito, pugna seja estabelecido o regime semiaberto para início de desconto da sanção privativa de liberdade imposta ao paciente.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 79/81).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, caso ultrapassado o juízo de prelibação, pela denegação da ordem (e-STJ fls. 84/87).

É, em síntese, o relatório.

Na espécie, o Tribunal local, mantendo nesse ponto a sentença, apresentou as seguintes justificativas para a fixação do regime inicial para o cumprimento de pena (e-STJ fl. 43):

> *O douto magistrado de piso, estabeleceu o regime fechado, pelo que o mantenho, ante a maior reprovabilidade da conduta. O crime foi praticado mediante grave ameaça, utilização de arma de fogo de forma ostensiva e concurso de pessoas, gerando maior risco para as vítimas, exteriorizando efetiva periculosidade do acusado, que põe em primeiro lugar a vantagem patrimonial.*
>
> *A gravidade concreta dessa conduta indica a necessidade de resposta penal mais incisiva, seja em atenção aos objetivos de prevenção geral, seja para atender ao caráter de retribuição da reprimenda, pelo que se assere escorreito o regime inicial fechado.*

Sobre o tema, rememoro que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar, na fixação do regime inicial, 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 permite a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

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.

[...]

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 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.*
>
> [...]
>
> ***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.)

Como se depreende da transcrição acima, as instâncias de origem fixaram o regime inicial fechado com alicerce apenas nas elementares do tipo penal e na gravidade em abstrato do delito de roubo circunstanciado, sem indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado da Súmula n. 440 desta Corte Superior, que assim dispõem:

> *Enunciado 718/STF: "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 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*
>
> *Enunciado 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".*

Por oportuno, observa-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal em razão da análise favorável das circunstâncias judiciais. Sob tal perspectiva, considerando que a pena definitiva foi fixada em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, deve o regime de cumprimento da reprimenda ser o semiaberto, em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

À vista de tais pressupostos, **concedo a ordem para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator