HABEAS CORPUS Nº 490.496 - RJ (2019/0021669-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	MARCELO AUGUSTO BEZERRA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS CONCRETOS. FRAÇÃO DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. LEGALIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA.
Ordem parcialmente concedida.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Marcelo Augusto Bezerra da Silva**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n. 0348663-40.2016.8.19.0001 – fl. 55/71).

Narram os autos que o Juízo de Direito da 35ª Vara Criminal da comarca da Capital/RJ condenou o paciente por incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 16 dias-multa.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* negou-lhe provimento.

Daí o presente *mandamus*, em que a impetrante sustenta: a) a inidoneidade da fixação da pena-base acima do mínimo legal, uma vez que as consequências da ação delituosa não extrapolaram aquelas ínsitas ao tipo penal; b) a ilegalidade decorrente da fixação de fração superior a 1/8 para a elevação da pena-base; c) que o aumento de 3/8, na terceira fase de aplicação da pena, se deu com base em critério matemático, em

contrariedade à Súmula 443/STJ; e d) que o regime inicial de cumprimento fechado foi imposto com base, apenas, na gravidade abstrata do crime de roubo, contrariando os enunciados sumulares ns. 440/STJ, 718 e 719/STF.

Requer, assim, *a concessão da ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal, bem como reduzir a fração de exasperação da pena em razão das causas de aumento ao mínimo legal e adequar o regime prisional para o semiaberto para o cumprimento da pena corporal* (fl. 17).

Não houve pedido de liminar.

Prestadas as informações (fls. 82/89), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 91/94).

É o relatório.

Confiram-se, por oportuno, os fundamentos do acórdão impugnado, ao corroborar a dosimetria da pena fixada pelo magistrado de 1º grau (fls. 68/70 – grifo nosso):

> Descabido o pedido de fixação da pena-base no mínimo legal.
>
> Com efeito, o magistrado deve aplicar a cada caso a pena necessária à prevenção e reprovação do crime, mostrando-se desnecessário qualquer reparo na sentença prolatada, eis que esta, se atentando às peculiaridades do caso concreto, mais especificamente às circunstâncias do crime, a qual se revela desfavorável, apresentou fundamentação idônea a justificar a exasperação da pena-base do apelante.
>
> **Na espécie, o aumento da pena-base foi corretamente posicionado acima do mínimo legal, em 01 ano de reclusão, estando devidamente motivado, como já dito, na reconhecida circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 59 do Código Penal.**
>
> **Pertinente às circunstâncias do crime, ponderou a magistrada sentenciante no fato de que a conduta empreendida pelo apelante, consistente na constante ameaça à vítima, extrapolou o normal do tipo.**
>
> **Frise-se que o apelante, juntamente com dois elementos armados, abordou a vítima que se encontrava dentro de um caminhão de carga e aguardava o motorista do referido caminhão, ocasião em que, sob a ameaça de arma de fogo, a referida vítima foi rendida e obrigada a entrar em um outro veículo em que chegaram os três elementos e ali fora mantida privada de sua liberdade, até que, finalmente, foi liberada pelos elementos em outro local.**
>
> Vale lembrar, que o ora apelante integrou, conforme assevera o *Parquet*, na inicial acusatória, grupo armado que efetuou o roubo de caminhão de carga, prática delituosa violenta e audaciosa que hoje leva terror a motoristas que chegam ao Rio de Janeiro, transportando mercadorias, porque o ataque de grupos

criminosos, subtraindo caminhão e carga, além do cerceamento à liberdade de locomoção de motoristas e ajudantes de motoristas, tornou-se dolorosa realidade cotidiana.

É de se verificar que a pena foi fixada de forma devidamente justificada, observando-se o princípio da proporcionalidade, de modo a se preservar o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador.

Pertinente ao *quantum* de exasperação da pena-base, temos que a magistrada sentenciante não está adstrita a nenhum critério objetivo, desde que exaspere de forma proporcional e devidamente fundamentada, bem como que não ultrapasse o máximo da pena legalmente cominada, como ocorreu no presente caso.

Assim, agiu com correção a magistrada, que valorou os critérios legais e recomendados pela doutrina para fixar a pena, de forma a ajustá-la ao seu fim social.

Improsperável a redução do *quantum* de aumento de pena em razão das majorantes, na fração mínima.

Diante da existência de duas qualificadoras no crime de roubo e da maior reprovabilidade da conduta, constatam-se particularidades que indicam que a fração pretendida pela defesa, qual seja 1/3, não se coaduna à análise concatenada de todas as peculiaridades circundantes ao ilícito s*ub examen*.

Presentes duas causas de aumento (concurso de agentes e uso de arma) o percentual adequado de majoração é de 2/5, conforme entendimento majoritário a respeito.

Ante a ausência de recurso ministerial, permanece inalterada a fração de 3/8 fixada na sentença.

Incabível a fixação de regime prisional mais brando.

De início, cabe repisar que o critério de fixação do regime prisional não deve ser visto somente pelo aspecto da ressocialização dos condenados, mas também em razão da segurança da sociedade.

A fixação do regime de cumprimento da pena decorre não só da observação do art. 33 do CP, mas também do art. 59 do mesmo Diploma. E, não se restringe somente ao quantum de pena aplicado.

Da análise dos autos, tem-se que o regime fechado se mostra o mais adequado para atender a finalidade da pena, cujos aspectos repressivos e preventivos ficariam sem efeitos na hipótese de um regime mais brando, ante a possibilidade de o apelante não ser suficientemente intimidado a não mais delinquir.

Também, não se trata de avaliação do crime em abstrato, como vedado pelo enunciado da Súmula nº 718 do STF, mas sim de exame das circunstâncias concretas do fato delituoso praticado.

De fato, só resta o regime fechado, o único compatível com o atuar do apelante, não podendo ser outro diferente, considerando-se a existência de circunstância judicial desfavorável.

De início, como bem asseverou o Tribunal de origem, a fundamentação adotada pelo Magistrado sentenciante para exasperar a pena-base na primeira fase da dosimetria está devidamente amparada em argumentos concretos dos autos, destacando-se as circunstâncias da ação delituosa, em que as ameaças e a restrição da liberdade da vítima extrapolam os elementos ínsitos à ação penal.

De mais a mais, *a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático, levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime* (AgRg no HC n. 188.873/AC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 16/10/2013).

Sendo assim, considerando que o preceito secundário do art. 157 do Código Penal prevê o intervalo de 4 a 10 anos de reclusão, dadas as circunstâncias do delito, a fixação da pena-base em 5 anos de reclusão atende ao critério da proporcionalidade.

De outro lado, melhor sorte socorre o paciente.

Com efeito, da análise dos trechos transcritos, observa-se que, na terceira etapa do critério trifásico, a reprimenda foi exasperada em 3/8, com base apenas na quantidade de majorantes do crime de roubo, em dissonância ao Enunciado n. 443 da Súmula deste Superior Tribunal, segundo o qual *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*.

Nesse contexto, mantidas as diretrizes fixadas pelas instâncias ordinárias, passo ao redimensionamento das penas:

Mantida a fixação da pena-base em 5 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa, inclusive na segunda fase, exaspero em 1/3 na terceira etapa, resultando a reprimenda em 6 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa, tornando-a definitiva nesse patamar.

Em relação ao regime inicial, a existência de circunstância judicial negativa (circunstâncias do crime), que levou à exasperação da pena-base, autoriza a fixação do regime inicial fechado, sem que isso caracterize ilegalidade ou ausência de fundamentação concreta para a imposição do aludido regime prisional. Nesse sentido:

AgRg no REsp n. 1.770.270/MS, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 11/3/2019).

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem, apenas para reduzir o percentual de aumento na terceira fase da dosimetria a 1/3, resultando a reprimenda definitiva em 6 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

Comunique-se, com urgência.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator