HABEAS CORPUS Nº 481.718 - SP (2018/0320480-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO - SP324056
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALEXANDRE PINHEIRO DA SILVA LIMA (PRESO)

DECISÃO

ALEXANDRE PINHEIRO DA SILVA LIMA, paciente neste *habeas corpus*, alega sofrer constrangimento ilegal em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da Apelação n. 0008085-63.2013.8.26.0278.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, a **6 anos e 5 meses de reclusão, no regime inicial fechado**, mais multa, juntamente com o **corréu Gabriel Urias de Souza Carvalho**, pela prática de **roubo majorado** – art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 31-42).

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e manteve a sentença condenatória em todos os seus termos (fls. 57-61).

Nesta Corte, a defesa aponta constrangimento ilegal na aplicação da **fração de 3/8 na terceira fase** da dosimetria do crime de roubo, em ofensa à **Súmula n. 443 do STJ**, bem como na imposição do modo mais gravoso para o início do cumprimento da pena, violadas as **Súmulas n. 718 e 719 do STF**.

Requer **a redução da pena e a imposição do regime aberto**.

Não houve pedido de liminar (fl. 66).

Prestadas as informações (fls. 69-89), veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pelo não conhecimento do habeas corpus (fls. 96-100).

Decido.

I. Dosimetria – terceira fase

O Juiz de primeira instância, ao exasperar a pena do paciente na terceira fase da dosimetria, assim fundamentou (fls. 37-39, grifei):

> [...]
> Por outro lado, **as qualificadoras de concurso de agentes e emprego de arma ficaram bem configuradas diante dos depoimentos seguros da vítima na polícia e em juízo, que indicam o envolvimento de ambos os réus no crime juntamente com outros elementos não identificados e a utilização de pelo menos quatro armas de fogo na empreitada.**
> Anoto, por oportuno, ser irrelevante o fato de que as armas de fogo utilizada no crime não tenham sido apreendidas, sendo suficientes neste caso, para caracterização da qualificadora, os relatos da vítima e a confissão do réu Gabriel. **Aliás, ninguém praticaria um roubo ousado e cinematográfico deste, dentro de uma estação da CTPM, incluindo a colocação de um veículo no meio da linha de trem, sem o uso de armas de fogo.**
> [...]
> Na terceira fase, pelos motivos já expostos durante a parte da fundamentação desta sentença, pelas qualificadoras de emprego de arma de fogo e concurso de agentes, aumento a pena base anteriormente fixada em 3/8, resultando em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo.
> Nesse sentido a jurisprudência mais recente vem decidindo: "Havendo duas causas de aumento (concurso de pessoas e uso de arma de fogo), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que ambas sejam consideradas na delimitação final da pena" (HC nº 73766-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28.06.96, 1a. Turma, v.u., DJU de 06.09.96).
> **O Poder Judiciário tem o dever de distinguir um criminoso que pratica um crime de roubo com emprego de arma e outro que pratica o mesmo crime com emprego de arma e em comparsaria com outros elementos.** A pena deve ser diferente para ambos os roubadores. Não há dúvida que a conduta imputada ao segundo meliante é muito mais grave, justificando a exasperação da pena nos moldes acima fixados.

A Corte estadual manteve a fração de aumento adotada na sentença sob os seguintes argumentos (fls. 45-46, destaquei):

> [...]
> **A pena básica foi corretamente fixada no mínimo legal, sendo exasperada de 3/8 (três oitavos), em razão das causas de aumento de pena do concurso de agentes e emprego de arma de fogo,** resultando em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e no pagamento de 13 (treze) dias-multa, piso mínimo.
> A escolha pela fração acima indicada mostra-se adequada ao caso.
> Isto porque, seria injusto equiparar, com a mesma sanção, fatos objetivamente diversos: é sempre mais grave o roubo praticado com emprego de arma e multiplicidade de agentes do que o roubo praticado por uma só pessoa armada, ou por dois agentes desarmados.

Apoiado nessas premissas, **não verifico a ilegalidade na exasperação da pena**, na terceira fase da dosimetria, quando mencionados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime de roubo praticado com emprego de arma de fogo e concurso de pessoas – **na espécie, o concurso de quatro agentes, com emprego de armas de fogo, em uma estação de trem.**

Assim, não se trata de caso em que a simples gravidade das causas de aumento da pena, tomada abstratamente, é utilizada como fundamento para a exasperação da reprimenda, em violação do enunciado da Súmula n. 443 do STJ, como apontado pela defesa, razão pela qual **não verifico nenhuma ilegalidade na decisão judicial que aplicou a fração de 3/8 para a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, ante a presença de motivação concreta.**

Na esteira desse entendimento, destaco que esta Turma, por ocasião do julgamento do **HC n. 288.910/SP, em 21/10/2014, da relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura**, entendeu como concreta a motivação baseada no número de agentes e no emprego de arma de fogo para fins de exasperação da reprimenda, em decorrência do número de causas de aumento, na terceira fase da dosimetria.

No mesmo sentido:

> [...]
> 1. 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.
> 2. O Tribunal de origem apontou dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o concurso de pelo menos três agentes.
> [...]
> 4. Agravo regimental não provido.
> (**AgRg no AREsp n. 876.132/MT**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 6/6/2016)

II. Regime

Quanto à pretensão de fixação do regime 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 Juízo monocrático assim justificou a fixação do regime inicial fechado para o paciente (fl. 39, grifei):

> [...]
> **O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, tendo em vista que o crime de roubo é grave e tem intranquilizado a sociedade,** merecendo ser punido com rigor, **mormente se praticado com emprego de arma de fogo e por mais de um agente. Aliás, o crime**

> **em questão foi audacioso, praticado por aproximadamente oito elementos, no interior de uma estação ferroviária nesta cidade.** [...]

A Corte local, ao manter os termos sentença condenatória, assentou (fls. 47-48, destaquei):

> [...]
> Outrossim, **somente o regime fechado mostra-se suficiente para a prevenção da prática de crimes e reprovação de conduta criminosa, aspectos que norteiam também a fixação do regime prisional (art.59, III, do Código Penal).**
> Destarte, **inexiste qualquer ilegalidade em se fixar o regime mais gravoso** para início do cumprimento da privativa de liberdade, não causando ofensa às Súmulas 718 e 719, do E. STF e 440, do STJ, **uma vez que os fatos e circunstâncias do caso em concreto não recomendam a adoção de regime prisional mais brando,** sobretudo para não criar afrouxamento excessivo e intolerável estímulo ao criminoso, fazendo crescer em seu espírito a equivocada sensação de ilusória impunidade.
> Assim sendo, **outro não poderia ser senão o regime fechado para início do cumprimento da pena imposta no roubo, que fica mantido.**

Diante da fundamentação oferecida pelas instâncias de origem, **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 prática do crime em concurso de agentes, com emprego de armas de fogo e em uma estação de trem** –, ainda que o *quantum* da pena seja inferior a oito 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)

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.**

III. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 34, XX, do RISTJ, **denego a ordem.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**