HABEAS CORPUS Nº 495.632 - SP (2019/0058187-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALAN JULIO DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE	:	MATHEUS FERREIRA DE OLIVEIRA GONÇALVES (PRESO)

DECISÃO

ALAN JULIO DE SOUZA e **MATHEUS FERREIRA DE OLIVEIRA GONÇALVES** alegam sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 00009428-51.2017.8.26.0635.

Depreende-se dos autos que os recorrentes foram condenados, em primeira instância, a **5 anos e 6 meses de reclusão, no regime fechado**, mais multa, pela prática de **roubo majorado** – art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 16-29).

A Corte estadual negou provimento ao apelo defensivo e manteve a sentença condenatória em todos os seus termos (fls. 30-43).

Neste *writ*, a defesa aponta constrangimento ilegal na aplicação da fração de 3/8 na terceira fase da dosimetria, em ofensa à **Súmula n. 443/STJ**, bem como na imposição do modo mais gravoso para o início do cumprimento da pena, violadas as **Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719, essas do STF**.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da sanção e a imposição do regime semiaberto.

O pedido de **liminar foi indeferido** (fl. 47-48).

Dispensadas as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela concessão da ordem (fls. 52-55).

Decido.

I. Dosimetria – terceira fase

O Juiz de primeira instância, ao exasperar as penas dos acusados na terceira fase da dosimetria, dispôs (fl. 26, grifei):

> [...]
> **Pelas causas de aumento do roubo concurso de agente e emprego de arma de fogo de rigor a exasperação da pena em 3/8, totalizando cinco anos e seis meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa. Adoto tal coeficiente de aumento de pena a fim de não equalizar situações desiguais, pois, segundo entendimento jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal, o menor coeficiente de aumento (1/3), deve reservar-se à hipótese de unicidade de causas de aumento,** pois há maior grau de reprovabilidade na conduta do agente (STF - HC. 70.900-1 SP, Rel. Min. Moreira Alves).

A Corte estadual, ao manter a fração de aumento adotada na sentença, assentou (fls. 40-41, destaquei):

> [...]
> **Após, majoração criteriosa e fundamentada de 3/8, em razão da dupla qualificação emprego de arma e comparsaria.**
> **Bem aplicada.**
> Forte no princípio de que se a lei escalona e gradua a majoração, é porque considera a existência de diferentes cometimentos e qualificadoras, como aqui.
> **O que mais se acentua ao verificar o propósito de lei inovadora (Lei nº 9.426/96), que acrescentou mais um inciso ao § 2º do art. 157 do Código Penal.**
> **De sorte a dar entender que à maior incidência de agravantes, maior será o acréscimo, que deve encontrar proporcionalidade com o resultado.**
> [...]
> As causas de aumento levam também em conta o temor e o risco aos quais as vítimas são expostas, como aqui, devendo, dessarte, incidir em maior aumento.
> **Não se trata de mero cálculo fracional e injustificado.**
> **Na verdade, aqueles que assaltam com arma e, ainda por cima, com comparsa, têm muito maior grau de culpa e (sic) reprovalidade daqueles que praticam crime em situações distintas desta.**

> **O fato, só por si, é bem mais grave.**
> **Usar majoração mínima, no caso concreto, portanto, seria tratar desigualmente uma situação verdadeiramente diferenciada,** já que a própria ação, em si, cria gigantesco pânico, decorrente da ação delituosa, propriamente dita.
> Praticado o fato em comparsaria, o que só por si já é violento, repita-se, alia-se o terrível uso da arma, outra violência apavorante, a gerar atuação mais severa por parte do Estado.

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 embasar 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, grifei)

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 das penas**, 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 condenações**, de acordo com os parâmetros definidos na sentença condenatória.

- Alan Julio de Souza Silva

Na primeira etapa da dosimetria, 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 menoridade, a reprimenda **permanece no mesmo patamar**, nos termos da Súmula n. 231 do STJ.

Na terceira etapa, **afastada a incidência da fração de 3/8, a**

sanção deve ser elevada em 1/3, a totalizar **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**.

- Matheus Ferreira de Oliveira Gonçalves

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

Na segunda fase, embora presente as atenuantes da menoridade e da confissão, a reprimenda **permanece no mesmo patamar**, nos termos da Súmula n. 231 do STJ.

Na terceira etapa, **afastada a incidência da fração de 3/8, a sanção deve ser elevada em 1/3**, a totalizar **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 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 reprimenda.

O Juiz sentenciante justificou o regime fechado pelos

seguintes motivos (fl. 27, grifei):

> [...]
> Com base no art. 33, § 3º, do Código Penal, **determino que os réus deverão iniciar o cumprimento de suas penas em regime fechado pelas penas aplicadas, a gravidade de suas condutas e periculosidades, demonstradas no curso do crime por eles praticado, com desrespeito ao patrimônio, vida e integridade física alheios.** O delito de roubo, que intranquiliza a sociedade, com índices alarmantes, necessita de pronto e enérgica resposta estatal.

A Corte local assim consignou acerca do regime (fls. 42-43, destaquei):

> [...]
> **Quanto ao regime, finalmente, outro não poderia ser que não o fechado.**
> **Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.**
> E já se sabe, presentemente, malgrado a edição da Súmula n° 719, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando seja ele devidamente justificado, exatamente como na espécie.
> **Quem, empunhando arma de fogo e em comparsaria, intercepta motociclista trafegando na via pública em pleno início de noite e subtrai o seu veículo, colabora, por sem dúvidas, para incrementar o clima de terror e pânico em que se vive nas grandes cidades, não tendo o mínimo apego à dignidade e respeito pelo ser humano.**
> **Merece tratamento severo, eficaz, responsável e compatível a seu ato indigno e de violência, compatível, mais, como resposta, ao que a sociedade assustada reclama e conclama a quatro ventos pelo país afora, especialmente do Poder Judiciário,** jamais, dessarte, tratamento benevolente, sob pena de se incrementar, mais ainda, esta nefasta onda de violência que assola nossa terra e assusta todos nós, sabido que o semiaberto resulta praticamente em liberdade, significando convite a novos crimes àqueles que desrespeitam a vida humana, como aqui.

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, as circunstâncias em que o delito foi praticado** –, ainda que o *quantum* da pena seja inferior a 4 anos (art. 33, § 3º, do CP).

Nessa perspectiva:

> [...]
> 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, grifei)
>
> [...]
> 5. De acordo com a jurisprudência desta Corte, "a elevação da pena-base encontra-se devidamente justificada, a exemplo das consequências do delito, haja vista o elevado prejuízo causado à vítima, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada no acórdão, proporcional às circunstâncias concretas do caso" (HC n. 342.327/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 8/6/2016).
> 6. Há ilegalidade quando não é apontado nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidencie real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.
> 7. **Diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis - no caso, as consequências e os antecedentes -, é cabível a fixação do regime fechado, aos condenados não reincidentes, para o início do cumprimento da pena superior a 4 anos e que não exceda a 8 anos, em conformidade com o § 3º do art. 33 do Código Penal.**

> 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas dos pacientes.
> (**HC n. 370.412/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 21/10/2016, destaquei).

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 **Alan Julio de Souza** e **Matheus Ferreira de Oliveira Gonçalves** para **5 anos e 4 meses de reclusão,** mantidos os demais termos da condenação na origem.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 09 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**