**HABEAS CORPUS Nº 492.393 - RS (2019/0036719-5)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ** |
| IMPETRANTE | : | LEONARDO PIRES DE ALMEIDA |
| ADVOGADO | : | LEONARDO PIRES DE ALMEIDA - RS100573 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL |
| PACIENTE | : | DENYS PEREIRA DA SILVA (PRESO) |

**DECISÃO**

**DENYS PEREIRA DA SILVA** alega estar sofrendo constrangimento ilegal em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** na Apelação n. 0077419-67.2015.8.21.7000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, juntamente com o corréu **Maiquel de Almeida Guilherme,** a **7 anos e 1 mês de reclusão**, em regime **fechado**, mais multa, **pela prática de roubo majorado** – art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal (fls. 103-119).

A Corte local negou provimento ao apelo defensivo e manteve a sentença condenatória em todos os seus termos (fls. 27-93).

Neste *writ*, o impetrante aponta ilegalidade na fixação da **pena-base** e na aplicação da **fração de 3/8 na terceira fase** da dosimetria. Alega ofensa às **Súmulas n. 440 e 443 do STJ** e aos **arts. 33, § 3º e 68, do Código Penal**, em decorrência da imposição do modo mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda.

Pleiteia a redução da pena-base, a aplicação do aumento mínimo de 1/3 na terceira etapa da dosimetria e o abrandamento do regime prisional para o semiaberto.

Não houve pedido de liminar (fl. 96).

Prestadas as informações (fls. 99-122, 123-146 e 244-368), veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 370-372), que opinou pelo **não conhecimento do habeas corpus.**

**Decido.**

**I. Pena-base**

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à reprovação do delito perpetrado.

Assim, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto, devendo, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal. São elas: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Ao dosar a sanção do delito de roubo, na primeira fase, o Juiz singular valorou negativamente a **culpabilidade** e **as consequências do crime** e consignou o seguinte (fls. 117-118, grifei):

> [...]
> Passo a fixar a pena.
> **Para ambos, o grau de reprovação social é elevado para a espécie, mormente considerando que a conduta foi realizada por PMs que deveriam zelar pela proteção e segurança da população. Dolo intenso, com indicação de premeditação. Lícito seria esperar-se conduta diversa, porque jovens e aptos ao trabalho.** Os réus são tecnicamente primários, mas recentemente sofreram condenação por latrocínio. Não há nos autos elementos para análise e valoração da personalidade, mas os indícios são de inclinação ao crime, devido ao envolvimento pretérito em outra infração. Condutas sociais abonadas por testemunhas. A busca do lucro fácil, ainda que por meios ilícitos e em prejuízo do patrimônio alheio, explica a motivação. As circunstâncias já restaram analisadas. **Consequências de alta intensidade, considerando o prejuízo financeiro causado. Não houve contribuição da vítima para o evento.**
> [...]

> **Para Denys Pereira da Silva**
> **Fixo a pena-base em 05 (CINCO) anos de reclusão**, e 15 (quinze) dias-multa, com valor unitário fixado no mínimo legal.

O Tribunal local, ao confirmar a dosimetria, dispôs (fls. 88-89, destaquei):

> [...]
> **No âmbito da 1ª. fase do método trifásico de apenamento, anoto que a culpabilidade deve servir como elemento de aferição do grau de reprovabilidade da conduta do agente. No caso, a prova produzida nos autos evidencia conduta que extrapola em grau elevadíssimo o agir normal e esperado em delitos da espécie. Isso porque DENYS é policial militar, sendo esperado que zele pela proteção e segurança da sociedade. Ademais, a ação do réu e seus cúmplices foi evidentemente planejada nos mínimos detalhes, pois sequestraram o gerente do estabelecimento comercial na casa dele, levando-o, posteriormente, ao local do fato.** O réu não registra antecedentes, nos termos consagrados no enunciado da Súmula, verbete 444, do STJ. Não há dados nos autos que autorizem um juízo conclusivo sobre a **personalidade** do réu. A **conduta social** dele foi abonada. Os **motivos** são comuns à espécie (lucro fácil). As **consequências** também não o desfavorecem no âmbito patrimonial, pois o prejuízo material das vítimas é ínsito a esta espécie de crime, **contudo, o trauma da vítima é evidente, pois foi torturada psicologicamente, fazendo crer que sua família era refém dos assaltantes.** O ofendido em nada contribuiu para o delito. As **circunstâncias** não foram consideradas pelo magistrado, pelo que deixo de valorá-las de forma negativa. Assim, entendo bem aplicada a **pena-base** do réu para **05 anos de reclusão**, a exemplo da sentença recorrida.

O conceito de **culpabilidade**, envolto em intensos debates doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, que aqui sintetizo apenas para compreensão do julgado: a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria

tripartida do delito, como elemento analítico do crime.

Para a análise da dosimetria e da aventada violação do art. 59 do CP, interessa-nos a culpabilidade como limite à sanção estatal, circunstância judicial introduzida no art. 59 do CP pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério da intensidade do dolo ou do grau de culpa, que permite a mensuração da reprovabilidade que recai sobre o agente, ante o bem jurídico ofendido.

Relativamente a essa vetorial, o Juiz de primeiro grau – corroborado pela Corte local – **ressaltou a reprovabilidade da conduta do réu, policial militar, e a premeditação da ação delitiva**.

Ilustrativamente:

> [...]
> 1. Mostra-se devido o aumento na pena-base quando apontados elementos concretos que evidenciam a desfavorabilidade da circunstância judicial da culpabilidade, haja vista a frieza demonstrada no cometimento do delito, a premeditação e o planejamento antecipado da ação criminosa.
> 2. Constatando-se a ocorrência de circunstâncias reveladoras de uma gravidade acentuada - **roubo a residência** cometido por quatro agentes, munidos com arma de fogo, em que foi indevidamente utilizada uma viatura do Corpo de Bombeiros, bem como fardas da Polícia Militar, com a participação de membros da corporação, sendo que tanto o porteiro quanto uma das moradoras da unidade condominial foram amarrados e amordaçados - que denotam efetiva periculosidade do paciente, não há constrangimento ilegal quando a sua reprimenda foi elevada, na terceira etapa da dosimetria, em fração superior à mínima legalmente prevista.
> 3. Não obstante a imposição de reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, verifica-se que o regime fechado para o início do cumprimento da sanção reclusiva se encontra devidamente justificado com base nas peculiaridades do caso sub examine, haja vista a desfavorabilidade de circunstância judicial e a gravidade concreta do delito de roubo perpetrado.
> 4. Ordem denegada.
> (**HC n. 182.082/SP**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Junior**, 6ª T., DJe 29/6/2012, destaquei)

> [...]
> **1. Devidamente justificado o aumento da pena-base, no caso concreto, calcado nas circunstâncias do delito e na culpabilidade do agente, reveladas pela premeditação** e organização da empreitada criminosa, no número de agentes (quatro) e de armas e na restrição à liberdade das vítimas, não há falar em ofensa ao art. 59 do Código Penal.
> [...]
> 3. Agravo Regimental desprovido.
> (**AgRg no REsp n. 1.588.766/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 1º/6/2016, grifei)

No que se refere às **consequências – extrapenais –**, as instâncias antecedentes ressaltaram **o trauma psicológico e as ameaças sofridas pela vítima.** Assim, considero igualmente legítimo o recrudescimento da sanção pela valoração negativa dessa vetorial.

Exemplificativamente:

> [...]
> 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
> 2. Mostra-se válido o aumento da pena-base, tendo em vista a culpabilidade do réu considerada em seu desfavor, porque o anúncio de assalto fora precedido de passagem pelos réus, pelo veículo da ofendida que se encontrava em companhia da filha criança de nove anos, o que não afastou dos acusados o intento violento, evidenciando, assim, especial reprovabilidade, na medida em que demonstra frieza, configurando justificativa válida para o desvalor.
> Precedentes.
> 3. Correta a valoração negativa das **consequências** do delito, diante do fato de que, **em razão do trauma sofrido, foi necessário o encaminhamento de uma das vítimas a tratamento psicológico**, fato que desborda dos inerentes ao delito, configurando motivação apta a justificar o aumento da pena-base. Precedentes.
> 4. Habeas corpus não conhecido.
> (**HC n. 158.555/SP**, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T.,

DJe 7/8/2015, destaquei).

Nesse sentido, **não constato a ilegalidade apontada.**

**II. Súmula n. 443 do STJ – não violação**

O Juiz de primeiro grau, ao aplicar a fração de 2/5, na terceira fase da dosimetria, assim consignou (fl. 118, grifei):

> [...]
> **Fixada, provisoriamente, em 60 (sessenta) meses, que majoro em 5/12 (cinco doze avos), ou seja, 02 (dois) anos e 01 (um) mês, reconhecidas as três causas de aumento de pena, quais sejam, a ameaça exercida com emprego de arma, porquanto comprovado que durante a empreitada criminosa, os réus ameaçaram a vítima com arma de fogo, bem como o concurso de agentes, haja vista que o delito foi cometido pelos acusados e seus comparsas em comunhão de esforços e vontades. Também, evidenciada a restrição da liberdade da vítima tanto que Marcelo foi mantido restrito de sua liberdade, durante o período em que esteve no interior do veículo e, posteriormente, no interior da farmácia Panvel.** Resta claro, portanto, que a restrição extrapolou os atos necessários a prática do crime de roubo. Assim, considerando as particularidades da ação perpetrada pelo réu, mormente quanto à sua periculosidade, necessária maior reprovabilidade. (*Precedentes TJ-RS Apelação Crime Nº 70044120095 e Apelação Crime Nº 70040425910*).
> Ficará fixada, em definitivo, em **07 (SETE) ANOS e 01 (UM) MÊS DE RECLUSÃO.**

O Tribunal local assim se pronunciou sobre a matéria (fl. 89, destaquei):

> [...]
> No que tange à 3ª. fase, impende a valoração das majorantes do emprego de arma, do concurso de agentes e da restrição de liberdade das vítimas. **No caso, tendo em vista que a sentença aplicou a fração correspondente a 5/12, não havendo recurso da acusação, mantenho-a neste patamar, apesar de entender que, no caso, o aumento correto seria o máximo,** pois se trata de três majorantes, âmbito em que **quatro agentes armados**

> **renderam a vítima, que teve a sua liberdade restringida ao ser amarrada e encapuzada.**

Dos trechos anteriormente transcritos, a meu ver, **é inegável a satisfatória motivação do ato decisório** com lastro em dado concreto. Isso porque **a menção de que o delito foi cometido por diversos agentes (três, conforme denúncia), os quais eram policiais militares – com o emprego de arma e restrição à liberdade da vítima –, demonstra iniludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito. Justificada, portanto, de maneira idônea, o aumento da reprimenda na referida fração**.

Assim, não se trata de caso em que a simples gravidade das causas de aumento da pena, tomada abstratamente, é utilizada como fundamentação para a exasperação da reprimenda, em violação do enunciado da Súmula n. 443 do STJ, como apontado pela defesa, razão pela qual não verifico qualquer ilegalidade na decisão judicial que aplicou a fração de 2/5 para a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, ante a presença de motivação concreta.

Na mesma perspectiva:

> [...]
> 5. 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.
> 6. **O aumento da pena, no montante de 1/2, foi baseado em dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime - intensidade da violência praticada contra as vítimas.**
> 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena imposta.
> (**HC n. 211.591/MS**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 17/3/2016, grifei)
>
> [...]
> **- Na hipótese dos autos, o aumento operado em razão das majorantes, em patamar acima do mínimo legal, se deu com base em circunstâncias concretas - extrema violência exercida contra as vítimas - e não por simples critério numérico.**
> Agravo regimental desprovido.

> (**AgRg nos EDcl no AREsp n. 725.452/SP**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 9/12/2015, destaquei)

**III. Regime**

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 regime fechado foi estabelecido na sentença condenatória mediante os seguintes fundamentos (fl. 118):

> [...]
> Ambos iniciarão o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime FECHADO (art. 33, § 3º, do Código Penal).
> Pelo quantitativo da pena privativa de liberdade aplicada, bem como tendo sido o delito praticado com grave ameaça à pessoa e considerando, incabível é a substituição por penas restritivas de direitos (art. 44, incs. I e III, do Código Penal).

O Tribunal *a quo*, ao confirmar a condenação de primeira instância, assentou (fls. 90-91, destaquei):

> [...]
> **Vai mantido o regime inicial fechado para o cumprimento da pena por ambos os réus, nos termos do art. 33, § 2º, do C.P.B., especialmente em face da culpabilidade altamente reprovável de ambos.**

> É manifestamente incabível a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (art. 44 do C.P.B.). Idem quanto à concessão da suspensão condicional da pena (art. 77, ***caput***, do C.P.B.).

**Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso** do que o permitido em razão da sanção aplicada, em violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Ilustrativamente:

> [...]
> 8. No caso concreto, o juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente, qual seja, **a reiteração delitiva e a reincidência**.
> 9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, bem como para reduzir para 1/3 o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, para tornar a reprimenda do paciente definitiva em 6 anos, 8 meses e 26 dias, mantido o regime fechado, mais 16 dias-multa.
> (**HC n. 269.634/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 20/6/2014, destaquei)
>
> [...]
> 4. O estabelecimento do **regime mais severo** do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu ***modus operandi***, pois houve emprego de violência intensa na senda criminosa, já que a arma de fogo permaneceu apontada para a cabeça de uma das vítimas, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.
> 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir as penas para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, ficando mantido inicialmente o regime prisional fechado.
> (**HC n. 366.552/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 09/11/2016, grifei)

> [...]
> 1. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontado dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o concurso de três agentes, pelo menos um deles adolescente –, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP). Respeito às Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719, ambas do STF.
> 2. Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão singular e negar provimento ao recurso especial da defesa. (**AgRg no EDcl no AREsp n. 1.085.167/SP**, Rel. Ministro **Rogerio Schietti**, 6ª T., DJe 16/10/2017, destaquei)

Nesse sentido, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado **se apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do delito e da conduta do agente – culpabilidade exacerbada do acusado e as consequências do crime**, ainda que o *quantum* da reprimenda seja inferior a 8 anos (art. 33, § 3º, do CP).

**IV. Dispositivo**

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

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**