HABEAS CORPUS Nº 496.247 - SP (2019/0061956-2)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO DANIELA MAXTA RODRIGUES MOTA SINGER - SP223682
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CLEBER SANTOS CALDEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. APLICAÇÃO DO VERBETE SUMULAR N.º 443/STJ. READEQUAÇÃO DA PENA AO PATAMAR DE 3 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO CONSIDERADA A VIOLÊNCIA REAL. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CLEBER SANTOS CALDEIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro proferido no julgamento da Apelação Criminal n.º 0141387-05.2017.8.19.0001.

Consta dos autos que o Paciente foi preso em flagrante, no dia 06/02/2018, e denunciado como incurso no crime de roubo majorado, por tentar subtrair, em concurso com adolescente e emprego de arma de fogo, o carro da vítima, que teve o pescoço agarrado para que entregasse a chave do veículo.

Ao final da instrução criminal, foi sentenciado à pena de 3 (três) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime de roubo majorado, tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, em concurso formal com corrupção de menores, descrito no art. 244-B, da Lei n.º 8.069/1990 (fl. 18).

Irresignada, apelou e Defesa. O Tribunal *a quo*, por sua vez, negou provimento ao recurso, pelas razões assim sintetizadas na ementa do julgado:

> "*Roubo majorado e corrupção de menores – Artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, e no artigo 244-B, da Lei 8.069/90, na forma do artigo 70 do Código Penal – Redução da fração de aumento da pena em face das majorantes – Inatendível – Fixação de regime aberto para o cumprimento da pena – Inapropriado – Autoria e materialidade comprovadas – Robusto conjunto probatório – Pena e regime mantidos – Recurso improvido*" (fl. 20).

Nas razões deste *habeas corpus*, afirma a Parte Impetrante que o aumento da pena acima do mínimo em virtude das majorantes deve ser fundamentado, o que não se verificou no presente caso.

Sustenta, também, a ilegalidade do regime inicial fechado, tendo em vista que para a fixação de regime mais severo do que a lei penal admite não basta a mera afirmação acerca da gravidade em abstrato do delito.

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para fixar o regime inicial aberto, com a consequente expedição do alvará de soltura (fl. 8).

O pedido liminar foi deferido em menor extensão (fls. 31-34), para modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

Foram prestadas informações às fls. 40-42; 44-46; 53-56.

O Ministério Público Federal manifestou-se no sentido de que "*o aumento da pena em razão das majorantes seja aplicado no mínimo legal e seja fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena*" (fl. 52).

É o relatório. Decido.

O Juízo de primeira instância, ao proferir a sentença condenatória, no que foi acompanhado pelo Tribunal estadual, individualizou a pena privativa de liberdade do Paciente nos seguintes termos (fl. 17):

> "[...]
> *3.1 Pena-base: no mínimo legal.*
> *3.2 Agravantes: nenhuma.*
> *3.3 Atenuantes: o acusado confessou e é menor de 21 anos, porém deixo de atenuar sua pena nos termos da Súmula 231 do STJ.*
> *3.4* ***Majorantes: em razão do concurso de agentes e grave ameaça exercida com o uso de arma de fogo, elevo a pena em 3/8****, e, em consequência do concurso formal havido entre o roubo e a corrupção de menores, acresço mais 1/6.*
> *3.5 Minorantes: com a tentativa prevista no artigo 14, inciso II, do Código Penal, reduzo a pena em 1/2, considerado o momento do flagrante no* iter criminis, *tendo em vista que o acusado conseguiu se evadir do local apenas em posse das chaves do veículo da vítima, quando*

na verdade visava roubar o próprio veículo e os pertences da vítima localizados no seu interior.

3.6 Regime inicial: fechado, considerando que houve grave ameaça contra a vítima exercida com uso de arma e que foi usada ***violência contra a vítima****.- Neste sentido: O regime inicial fechado é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta, máxime se qualificada a infração (TJSP, 9ª Câmara de Direito Criminal, Apelação n° 0029506-51.2012.8.26.0050, j. 04.04.2013).*

3.7 Substituição: inviável, uma vez que o crime foi cometido com grave ameaça, nos termos do artigo 44 do Código Penal. [...]"

Pelo trecho acima transcrito, vê-se que foi contrariado o entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o aumento acima do mínimo, **na terceira fase da dosimetria da pena, deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem maior elevação, o que não ocorreu na hipótese**, haja vista que o Juízo *a quo* – cuja decisão foi mantida pelo Tribunal de origem – fundamentou a exasperação da reprimenda no patamar de 3/8 (três oitavos) apenas em razão da existência de duas majorantes.

Está caracterizado, portanto, o desrespeito à orientação da Súmula n.º 443 do STJ: "*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*".

Ilustrativamente, cito o seguinte precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (ART. 33, §§ 2º E 3º, CP).* WRIT *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

III - In casu, ***a pena foi exasperada, na terceira fase, na fração de 3/8 (três oitavos) em virtude da incidência de duas causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido mediante emprego de arma e em concurso de agentes. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade****, eis que o* quantum *de aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, baseando-se apenas no número de majorantes, em desacordo com a orientação firmada na Súmula n. 443/STJ: '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.'*
>
> [...]
>
> Habeas corpus *não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para estabelecer a fração mínima legal de 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria, em razão das majorantes e fixar a pena do paciente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantido os demais termos da condenação.* (HC 481.268/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019; sem grifos no original.)

E mais: AgRg no REsp 1.632.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017 (DJe de 03/05/2017)

Passo, assim, ao redimensionamento da reprimenda:

Roubo majorado tentado

Na primeira fase de dosimetria, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantenho a pena-base no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na etapa intermediária, mantenho a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias, motivo pelo qual a pena fica inalterada.

Na terceira fase, verificada afronta ao Verbete Sumular n.º 443/STJ, a exasperação pelas majorantes deve ser arbitrada no mínimo legal, isto é, 1/3 (um terço), alcançando-se a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa.

Mantenho a fração de redução pela tentativa, em 1/2 (metade), que está amparada no *iter criminis* percorrido, e torno a pena definitiva em relação ao crime de roubo majorado no patamar de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 7 (sete) dias-multa.

Concurso formal de crimes

Considerando o reconhecimento do concurso formal próprio entre os delitos de roubo majorado e corrupção de menores, mantenho a fração de 1/6 (um sexto) sobre a reprimenda do roubo, ante o sistema da exasperação, a teor da primeira parte do *caput* do art. 70 do Código Penal. Em consequência, fixo a pena total no patamar de **3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de prisão, além de 8 (oito) dias-multa.**

No que se refere ao regime prisional, é cediço que a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena aplicada deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do

Código Penal ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo.

Portanto, anoto que não há violação dos Verbetes Sumulares n.os 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito.

No caso, não obstante a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, as instâncias ordinárias, *primo ictu oculi*, apresentaram fundamentação idônea, tendo em vista que se basearam **na gravidade concreta da ação delituosa para a fixação do regime mais gravoso** , porquanto consignaram que "*foi usada violência contra a vítima*" (fl. 17), o que demonstra maior reprovabilidade na conduta.

Tal fundamentação, porém, embora possa, em tese, amparar o estabelecimento de regime mais gravoso, **não tem o condão de justificar o regime prisional fechado, tendo em vista que, na espécie, a pena foi tornada definitiva no patamar de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de prisão,** com pena-base no mínimo legal, e a primariedade do Paciente reconhecida, a justificar a imposição do **regime inicial semiaberto**.

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus* para readequar o *quantum* da pena ao patamar de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de prisão, e pagamento de 8 (oito) dias-multa, bem como, confirmando a liminar deferida em menor extensão, modificar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora