

HABEAS CORPUS Nº 505.387 - SP (2019/0112030-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA -
RJ165158
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL BULHOES (PRESO)
PACIENTE : ANDRE PAULINO DOS SANTOS (PRESO)

DECISÃO

ANDRÉ PAULINO DOS SANTOS e RAFAEL BULHÕES alegam sofrer coação ilegal no seu direito de locomoção em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** proferido na Apelação n. 0001134-04.2016.8.26.0616.

Nesta Corte, a defesa pretende a redução da pena e a fixação do regime semiaberto. Para tanto, aponta a ausência de fundamentação idônea ao estabelecer a fração máxima de aumento de reprimenda, na terceira fase da dosimetria, bem como na imposição do regime fechado, violada as Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719, do STF.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 79-83).

Decido.

I. Terceira fase da dosimetria

Consta dos autos que os pacientes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 158, § 1º e § 3º, do Código Penal, a 9 anos de reclusão, em regime fechado, mais 15 dias-multa. Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte de origem, que negou provimento ao recurso.

Em relação à terceira etapa da dosimetria, o Juiz de primeiro grau elevou a pena em 1/2, uma vez que "a ação criminosa foi realizada em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo" (fl. 24).

A Corte estadual manteve o *quantum* de aumento e salientou

que é a fração adotada "diante das circunstâncias concretas dos fatos. Observa-se que, na hipótese dos autos, os réus praticaram graves ameaças, inclusive de morte, em detrimento da vítima, além de fazerem uso de arma de fogo" (fl. 44, grifei).

Com a ressalva de minha compreensão pessoal sobre o tema, prevalece neste Superior Tribunal o entendimento de que **a mera indicação do número de causas de aumento não é fundamento idôneo para o acréscimo da pena acima do mínimo legal, na terceira fase da dosimetria**. É necessário que o julgador indique peculiaridades concretas que digam respeito às próprias majorantes e que denotem 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 motivar o percentual de aumento eleito.

***In casu*, à míngua de fundamentação concreta, deve incidir o percentual mínimo de aumento, de 1/3.**

Caracterizada a coação ilegal atinente à terceira etapa da dosimetria, passo à readequação das sanções.

Para o agente André, com base nos critérios adotados na sentença, verifico que a reprimenda-base foi fixada em 6 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda fase, na presença das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, a sanção não deve ser estabelecida abaixo do mínimo legal, em obediência à Súmula n. 231 do STJ. Na terceira etapa, o incremento da sanção é reduzido para 1/3, pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, o que torna a reprimenda definitivamente estabelecida em **8 anos de reclusão, mais 13 dias-multa**.

Em relação a Rafael, a pena-base foi imposta em 6 anos de reclusão, mais 15 dias-multa. Na segunda fase, a reprimenda permanece inalterada, por força da Súmula n. 231 do STJ, em que pese o reconhecimento da confissão espontânea. Na terceira etapa, o incremento da sanção é reduzido para 1/3, pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, o que torna a reprimenda definitivamente estabelecida em **8 anos de reclusão, mais 13 dias-multa**.

II. Regime inicial

O Tribunal *a quo* manteve o regime fechado fixado na

sentença, em razão do "destemor e ousadia dos apelantes, que praticaram o delito em concurso de agentes, fazendo uso de arma de fogo, restringido a liberdade da vítima por duas horas, de modo a atemorizá-la em demasia, apontando a arma para sua cabeça" (fl. 44).

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 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

Diante da fundamentação oferecida pelas instâncias de origem, **não verifico a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, se apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o *modus operandi*, porquanto se trata de "sequestro relâmpago", mediante o uso de arma de fogo e, de restrição da liberdade da vítima por cerca de 2 horas –**, ainda que o *quantum* da pena seja igual a 8 anos (art. 33, § 3º, do CP, destaquei).

Ilustrativamente:

[...]

3. O delito descrito no art. 158, § 3º, do Código Penal é formal, restando configurado apenas com o constrangimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça e com restrição à sua liberdade, na intenção de obter vantagem econômica indevida. A obtenção da vantagem - na hipótese, os saques realizados - configura o exaurimento do crime.

[...]

5. Os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime

prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

6. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, **o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, porquanto se trata de "sequestro relâmpago", perpetrado por cinco agentes, mediante o uso de arma de fogo, com a restrição à liberdade da vítima por cerca de 40 minutos, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.**

[...]

(HC n. 402.871/SP, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 26/3/2018, grifei)

Logo, em que pese a insurgência ora deduzida, noto que a fundamentação apresentada **demonstra, ineludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito, o que justifica, de maneira idônea, o estabelecimento do regime fechado.**

III. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de reconhecer a ilegalidade na primeira e na terceira fase da dosimetria, e **reduzo as penas dos pacientes para 8 anos de reclusão, mais 13 dias-multa (André), e 8 anos de reclusão, mais 13 dias-multa (Rafael).**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**