

HABEAS CORPUS Nº 507.813 - SP (2019/0124191-3)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP308865
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BASILIO DE OLIVEIRA SANTOS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de BASILIO DE OLIVEIRA SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0023046-38.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, em razão da prática de delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte a quo, que negou provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante a ocorrência de flagrante ilegalidade, tendo em vista que a exasperação das penas dos pacientes em 3/8 (três oitavos) ocorreu sem fundamentação idônea, não sendo apontadas circunstâncias concretas que legitimassem o aumento acima do mínimo, violando o enunciado da Súmula 443 desta Corte Superior de Justiça

Alega que seria mais justo, no caso concreto, a diminuição da fração de aumento, aplicada em razão das majorantes, na terceira fase da dosimetria da pena, para o patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Aduz, ainda, que não houve fundamentação suficiente para justificar o regime prisional fechado para o paciente, em descompasso com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440/STJ.

Requer, ao final, a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a reprimenda do paciente e alterado o regime prisional para o semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 51-52.

Informações prestadas às fls. 55-102.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* às fls. 105-114.

É o relatório.

Cumprido pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que tange à fração de aumento decorrente das majorantes do roubo, observa-se que a Corte estadual consignou o seguinte (e-STJ fl. 43):

"Na derradeira etapa do cálculo, a reprimenda foi majorada de 3/8 (três oitavos), em razão da presença de duas causas especiais de aumento de pena (concurso de agentes e emprego de arma), resultando em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no piso legal.

Relevante consignar, nesse ponto, que um roubo cometido com uma causa de aumento não é igual a um assalto praticado com duas ou mais majorantes, devendo, portanto, apenas nesta última situação, ser apenado com maior rigor, sob pena de inobservância do princípio isonômico, bem assim da mais adequada individualização da pena em cada caso concreto, mesmo porque, nesse caso, é maior a reprovabilidade da conduta do agente. Ademais, no caso em apreço as causas de aumento se revestiram de gravidade exacerbada, uma vez que os ladravazes utilizaram uma arma de fogo, e assim o fizeram no período noturno e no interior de estabelecimento comercial, certamente causando pânico à vítima e demais pessoas que ali se encontravam."

Verifica-se, da leitura do excerto supra, que a fração de aumento da pena foi fixada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas aos sentenciados e, assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no Enunciado Sumular n.º 443 desta Corte Superior, a saber:

"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".

Desta feita, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio

Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça - STJ consagrou entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3, demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte. In casu, na terceira fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal - CP), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "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". No caso dos autos, considerou-se na origem, a gravidade concreta do crime, posto praticado em concurso de agentes, com o uso ostensivo de arma de fogo, elementos valorados na terceira etapa da dosimetria, que demonstram uma maior periculosidade do agente, tal como maior ameaça à incolumidade da vítima. Tal motivação, a meu sentir, se mostra suficiente para justificar o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime inicial fechado para o seu cumprimento.

(HC 485.212/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E ADULTERAÇÃO DE SINAL DE VEÍCULO AUTOMOTOR EM CONCURSO MATERIAL. EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO PELO CRIME DE ROUBO NA TERCEIRA FASE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO NA FRAÇÃO DE 3/8. INCREMENTO FUNDAMENTADO APENAS NO NÚMERO DE MAJORANTES. VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR N. 443 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDIMENSIONAR AS PENAS DO PACIENTE PARA O CRIME DE ROUBO MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA CONDENAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- De início, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do

jugador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da reprimenda, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi, inclusive, expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- In casu, as instâncias de origem exasperaram a pena, na terceira fase da calibragem, em fração superior a 1/3 considerando apenas a quantidade de majorantes imputadas, deixando de evidenciar de que forma a conduta do paciente desbordou para um comportamento mais grave, fundamentação concreta que justificaria a majoração da sanção em fração superior ao mínimo de 1/3.

- Em virtude do constrangimento ilegal evidenciado, foi realizada nova dosimetria das penas para o crime de roubo majorado. Na primeira etapa, mantida a pena-base operada pelas instâncias de origem, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, permaneceu inalterada na segunda fase, ante a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira etapa, aplicada a fração mínima de 1/3, ficaram as penas definitivamente balanceadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

- Inalterada a pena aplicada ao delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor - 3 anos de reclusão e 10 dias-multa -, e aplicada a regra do concurso material de crimes, a reprimenda final ficou estabelecida em 8 anos e 4 meses de reclusão, além de 23 dias-multa.

- Fixada a pena em patamar superior a 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado foi mantido, por expressa previsão legal disposta no art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 469.033/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018)

Desse modo, configurada a ilegalidade, impõe-se o redimensionamento das reprimendas, pois não se apontou justificativa que permitisse a manutenção da fração escolhida, devendo, portanto, ser reduzida ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), redimensionando a pena final para 5 anos e 4 meses de reclusão.

Em relação ao almejado abrandamento do regime prisional, o Tribunal de origem manteve o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 43-44):

"Por fim, o regime inicial fechado foi bem aplicado e fica mantido. Com efeito, trata-se de roubo praticado em local de grande movimentação, no período noturno, em concurso de agentes e emprego de arma de fogo, acarretando pânico e insegurança a ofendida, situação que revela grande obstinação e audácia e se reveste de

gravidade concreta, não havendo de se cogitar de baixa culpabilidade dos agentes, tudo a recomendar o regime prisional mais rigoroso, como resposta adequada à reprovação e prevenção de tal conduta, (inteligência do artigo 33, § 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal)."

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado baseou-se na gravidade abstrata do delito, fundamentos que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse norte, os seguintes julgados:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.

ROUBO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS. RÉ PRIMÁRIA.

REGIME ABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de ré primária, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, e que foi condenada à pena de 4 anos de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime inicial aberto.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial de cumprimento aberto à paciente, salvo se estiver descontando pena em regime mais grave por outro motivo.

(HC 472.844/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.

11.343/2006. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONCESSÃO DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÁXIMA.

ESTABELECIMENTO DO REGIME INTERMEDIÁRIO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em se tratando dos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como no caso, deverá levar em conta a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

2. No caso em apreço, o regime semiaberto foi aplicado sem fundamentação idônea, não tendo sido apresentados elementos concretos capazes de demonstrar a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, em patente afronta ao disposto no enunciado 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, segundo o qual: "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". Nos mesmos termos, estão os enunciados 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, também afrontados pelas instâncias ordinárias.

3. Sob tal perspectiva, dada a quantidade de pena aplicada (1 ano e 8 meses de reclusão), a fixação da reprimenda básica no mínimo legal e a concessão da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006 na fração de 2/3 (dois terços), é cabível a imposição do regime inicialmente aberto para cumprimento da sanção.

4. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, mantém-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de

direitos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 465.212/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 27/02/2019)

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo semiaberto ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do CP.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece do writ, concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, de conformidade com o art. 654, § 2º, do CPP, a fim de **reduzir a fração de aumento, na terceira fase da dosimetria, para 1/3**, redimensionando a pena para **5 anos e 4 meses de reclusão**, no regime inicial **semiaberto**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator