HABEAS CORPUS Nº 489.868 - SP (2019/0016320-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RICARDO DE SANT ANNA VALENTI - SP324471
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GUSTAVO GONCALVES VENANCIO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GUSTAVO GONCALVES VENANCIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0007199-93.2018.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso do réu, mantendo incólume a sentença condenatória.

Nesta via, a impetrante requer, em síntese, a diminuição da fração de aumento, em razão das majorantes do roubo, na terceira fase da dosimetria da pena, para 1/3 (um terço), bem como a fixação do regime prisional semiaberto para início do cumprimento da reprimenda pelo paciente.

A liminar foi indeferida às fls. 56-57.

As informações foram prestadas às fls. 63-71.

O MPF, à fl. 73, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No tocante à fração de aumento decorrente das majorantes do roubo, observa-se que o acórdão recorrido consignou o seguinte (e-STJ, fls. 48-49):

> *"Quanto ao aumento em terceira etapa, não se desconhecendo o teor da Súmula n° 443 do Superior Tribunal de Justiça,* ***a fixação do patamar de aumento do § 2º do artigo 157 do Código Penal deve sim levar em conta o número de majorantes reconhecidas****, pois a intenção do legislador foi desencorajar e punir com mais rigor a ousadia e a perigosidade na prática do crime. Impensável, assim, ter-se a utilização de arma e o concurso de agentes como simples consectários da grave*

> *ameaça ou violência, sem reflexos diretos no sancionamento, até porque comprovados, com suficiência, no caso concreto, e extrapolando o elemento subjetivo ínsito do tipo penal de roubo (arma de fogo o que denota maior risco à integridade física da vítima, e maior sucesso na obtenção do resultado); portanto, não há como se realizar o mesmo aumento para um roubo praticado com uma ou cinco majorantes, pois incentivaria o agente a cometer cinco situações mais graves "pelo preço de uma"."*

Verifica-se, da leitura dos excertos supra, que a fração de aumento da pena foi fixada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado 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:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO QUANTUM DE AUMENTO IMPOSTO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 443/STJ. REGIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> *2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.*
> *3. **Nos termos da Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o quantum de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes.***

4. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório 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. 5. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, 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. No caso, as subtrações dos veículos foram realizadas em concurso de agentes entre os pacientes e grave ameaça, por meio da utilização de arma de fogo e de veículo de apoio, o que denota a maior reprovabilidade da conduta e a necessidade de regime mais rigoroso, em atendimento ao princípio da individualização da pena. 6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes).
7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir as penas dos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado.
(HC 479.960/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019)"

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03, ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP, ART. 157, § 2, I, II E V, DO CP E ART. 155, § 4º, II E IV, DO CP. AGRAVO DE A. M. DA S. S. SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUMENTO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA PELO NÚMERO DE MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA 443/STJ. REDUZIDA AS PENAS. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.
[…]
*6. **Flagrante ilegalidade reconhecida, porquanto, na terceira fase da pena, exige-se fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua majoração a mera indicação do número de causas de aumento do delito de roubo, nos termos da Súmula 443 desta Corte.***

> *7. Agravos regimentais improvidos e habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir as penas dos agravantes relacionadas aos crimes de roubo, ante a inobservância da Súmula 443/STJ, mantido o regime fechado.*

(AgRg no REsp 1668610/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)"

Assim, vislumbra-se presente o constrangimento ilegal deduzido, impondo-se a concessão da ordem de ofício nesse ponto, pois não se apontou justificativa circunstancial que permita a adoção da fração de 3/7 (três sétimos) na hipótese, devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), restando a reprimenda do paciente em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, diante da ausência de outras causas modificativas.

Quanto à pretensão de abrandamento do regime prisional, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 50-51):

> *"A mantença do regime inicial fixado é imperiosa, seja pela situação fática (utilização de arma de fogo, e alto valor do objeto subtraído R$ 1.500,00), seja sobretudo por coerência ao posicionamento majoritário da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, já ratificado, aliás, pelo Superior Tribunal de Justiça (HC n° 338.469-SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T, j. em 07.04.2016):*
> *'3. Malgrado a pena-base tenha sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pela violência empregada, que desborda da ínsita ao crime de roubo, exigindo resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.*
> *4. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes)'"*

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado considerou apenas a gravidade em abstrato do delito, fundamento 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 (e-STJ fl. 32), 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:

> *"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO EM 1º INSTÂNCIA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 155 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. ELEMENTOS OBTIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL, CORROBORADOS PELA PROVA JUDICIALIZADA. VALIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS AINDA NÃO EXAURIDAS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> *V - Na hipótese, denota-se que a pena foi exasperada na fração de 3/8 (três oitavos) com base na gravidade concreta do delito perpetrado pelo paciente, pois houve a participação de três agentes, com emprego de arma, o que certamente acentua o potencial vulnerante e expõe a um risco maior a integridade física da vítima, restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.*
> *VI - **Quanto à fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena, verifica-se que foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.***
> *VII - **Desse modo, sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.***
> *VIII - Está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante*

ilegalidade.
IX - Na hipótese, contudo, não foram exauridas as vias recursais ordinárias, diante da oposição de embargos declaratórios pela Defesa, pendentes de julgamento, fato que impede, por enquanto, a aplicação do precedente fixado pelo STF.
Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto, para o início de resgate da pena do paciente, e para suspender os efeitos da execução provisória até o esgotamento das vias recursais ordinárias, mantidos os demais termos da condenação.
(HC 490.914/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 03/04/2019)"

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]
2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e ns. 718 e 719 da Súmula do STF.
*3. **A mera referência genérica, pelo Tribunal a quo, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, inerentes ao próprio tipo penal, não constitui motivação idônea para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, conforme entendimento desta Corte. Precedentes.***
4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade dos pacientes, sendo imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.
5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento inicial da pena dos pacientes.
(HC 469.398/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)"

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, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, não conheço do *writ*, contudo, **concedo *o habeas corpus* de ofício,** nos termos do art. 654, §

2º, Código de Processo Penal, a fim de redimensionar a reprimenda do paciente para **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, e fixar o **regime prisional semiaberto** para inicio do cumprimento da pena.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator