HABEAS CORPUS Nº 501.799 - SP (2019/0092128-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ÉRICA LEONI EBELING - SP323262
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	DENIS WESLEY DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	:	GEOVANE DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/10) com pedido liminar impetrado em benefício de DENIS WESLEY DOS SANTOS e GEOVANE DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 1500936-02.2017.8.26.0536 - fls. 22/31).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou os ora pacientes, como incursos no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, a cumprirem, cada qual, pena de **6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a pagarem 16 dias-multa, no valor unitário mínimo** (fls. 15/21).

Irresignadas, a defesa e a acusação interpuseram, cada uma, apelação criminal, na Corte estadual, que **negou provimento** aos recursos, conforme a seguinte ementa:

> *"ROUBO MAJORADO - Configuração. Materialidade e autoria comprovadas. Confissão judicial de DENIS corroborada pelas declarações da vítima e do policial militar, tudo em harmonia com o conjunto probatório. Negativa de GEOVANE isolada - Crime praticado com emprego de arma de fogo e concurso de agentes - Latrocínio tentado. Impossibilidade - Condenações mantidas.*
>
> *PENAS E REGIME PRISIONAL - Bases acima dos mínimos. Dolo exacerbado. Razoabilidade - Atenuantes (confissão e menoridade). Redução adequada - Duas causas de aumento. Elevação mínima (1/3) – Regime inicial fechado - Detração penal. Descabimento. Competência do Juízo da Execução - Apelos desprovidos." (fl. 23).*

No presente *mandamus*, a impetrante alega ser absolutamente

incabível majorar a pena mínima aplicável ao delito, na primeira fase da dosimetria, somente com base em argumentos genéricos, que já dizem respeito ao tipo praticado. Nesse sentido, aduz que o fato de a conduta ter sido praticada com violência / ameaça é, justamente, o que a subsume ao tipo penal previsto no art. 157, do Código Penal, tornando-se incabível, portanto, a sua utilização para majorar excessivamente a pena-base. Da mesma forma, argumenta que o número de agentes e a suposta utilização de arma na prática do delito já foram consideradas para reconhecer o roubo circunstanciado e são inservíveis para o aumento da pena-base.

Sustenta que o fato de o roubo ter sido praticado na residência familiar não demonstra maior reprovabilidade da conduta dos pacientes, pois um imóvel é o local mais provável para que a empreitada criminosa tenha êxito.

Com o decote das vetoriais desfavorecidas, assevera que não sobeja nenhuma peculiaridade que autorize o agravamento do regime prisional inicial, uma vez que a pena imposta aos pacientes é de **6 anos de reclusão** e são eles primários, pelo que fazem jus ao **regime inicialmente semiaberto**.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, seja a ordem concedida para adequar a pena-base e alterar o regime inicial dos pacientes.

A liminar foi indeferida, às fls. 35/37.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 42/43).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção dos pacientes.

Em primeiro lugar, a defesa alega que os motivos elencados

para promover a exasperação das penas-bases dos pacientes são elementares ou qualificadoras do tipo, sendo de rigor a reforma de decisão para decotar as circunstâncias judiciais.

A matéria ficou posta, na origem, nos seguintes termos:

> *"Assim sendo, considero os réus como incursos no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, restando a individualização das penas.*
>
> *Tendo em vista a intensidade da conduta dos réus, que desdobrou dolo mínimo necessário para a configuração do delito, especialmente a intensa reprovabilidade de suas ações, ao invadirem sagrado espaço de intimidade e privacidade constitucionalmente protegido, qual seja, a residência familiar, lá permanecendo por longo período de tempo, aumentando o sofrimento e a sensação de insegurança das vítimas; as ameaças, mediante uso de arma de fogo, que foram proferidas contra vítimas crianças e idosa, a demonstrar insensibilidade e desprezo pela vida alheia; a efetivação de disparos durante a perseguição policial, a demonstrar maior periculosidade dos agentes, bem como as demais circunstâncias e consequências do delito, fixo as penas-base acima do mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, cada dia-multa no seu valor mínimo." (fls. 19/20).*
>
> *"Passa-se à dosimetria das penas.*
>
> *As bases foram corretamente fixadas acima dos mínimos em 05 (cinco) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa com fundamento na intensidade do dolo porque os réus, em total desprezo com a liberdade individual, surpreenderam as vítimas no interior da residência (asilo inviolável), mantendo-as sob constantes ameaças de morte com a arma apontada na direção de toda família, incluindo as crianças e uma idosa." (fl. 30).*

De início, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68, do Código Penal) e as circunstâncias delimitadoras do art. 59, do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar

fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser o necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

Assim, é possível que *o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto* (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).

Na hipótese, as penas-bases dos delitos de roubo foram exasperadas, na **fração de 1/4 sobre o mínimo legal**, notadamente em função do *modus operandi* dos crimes, tendo os agentes subjugado as vítimas no recinto do lar e as mantido sob a mira de arma de fogo por considerável período de tempo, além de haverem efetuado disparos contra as forças de segurança.

Presente justificação concreta, que desborda do ordinário do tipo de roubo, para a exasperação da sanção básica, não há ilegalidade flagrante a coartar. Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS, CONSEQUÊNCIAS E CONDUTA SOCIAL.* ***GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DELITO PRATICADO POR SEIS INDIVÍDUOS ARMADOS COM EXTREMA VIOLÊNCIA CONTRA VÍTIMAS IDOSAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*** *TERCEIRA FASE. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 5/12.*

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SEIS AGENTES NA PRÁTICA DELITIVA. LESÃO E AMEAÇA DE MORTE ÀS VÍTIMAS. ARMA DE FOGO E CANIVETE. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA ACIMA DE 8 ANOS. ART. 33, § 2º, ALÍNEA "A" DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso de majoração da pena-base, o Juiz sentenciante deve efetuar a dosimetria da pena 'atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima'. Na hipótese, constata-se que, conforme demonstrado pelas instâncias ordinárias, a majoração da pena-base em 2 anos foi devidamente fundamentada, tendo a Corte estadual frisado, ainda, que poderia ter sido aumentada mais se a acusação tivesse recorrido, pois o delito foi praticado com extrema violência contra um casal de idosos, que teve sua residência invadida pelo paciente e mais cinco comparsas, todos armados. As vítimas foram amarradas, ameaçados com arma, agredidas com socos e cortes de canivete e quase incendiadas (jogaram álcool e ameaçaram atear fogo nas vítimas), o que justifica a exasperação da pena-base.

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC 416.540/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 16/03/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. ***AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA O TIPO PENAL.*** *MAJORANTES DO ROUBO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443/STJ. NÃO APLICAÇÃO. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E SANÇÃO FINAL SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

2. Cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério

> *trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes.*
>
> *Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.*
>
> *3. No caso, verifica-se que não há óbice ao reconhecimento da maior reprovabilidade das circunstâncias, considerando-se a agressividade demonstrada pelo acusado. Conforme se observou, as vítimas, além de sofrerem a grave ameaça, foram amarradas pelos réus, reduzindo por completo a possibilidade de resistência.*
>
> *[...]*
>
> *7. Habeas corpus não conhecido. (HC 402.878/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017)*

Em segundo lugar, argumenta a impetrante que, afastadas as circunstâncias judiciais desfavoráveis, não resta qualquer justificativa para fundamentar a fixação da modalidade mais gravosa de regime prisional inicial aos pacientes.

A tese está **prejudicada**, pois é idônea a motivação empregada para a exasperação das penas-bases dos pacientes. Examina-se, assim, se há qualquer outra ilegalidade no regime prisional imposto aos pacientes, que autorizaria a concessão da ordem, de ofício.

Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência, nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, ou na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última pelo *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

Em decorrência, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, 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.

Na mesma esteira, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, 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.*

Na espécie, observa-se que, não obstante a primariedade dos pacientes e o montante final de suas penas (**6 anos de reclusão**) comportarem, a princípio, o **regime inicial semiaberto**, as instâncias de origem fixaram o **regime inicial fechado** com base na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que, inclusive, fundamentaram a fixação das penas-bases acima do mínimo legal, evidenciando a gravidade concreta dos delitos.

Assim, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, deve ser mantido o regime mais gravoso, pois presente motivação concreta e idônea, em consonância à jurisprudência desta Corte, que destaco:

> *PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). POSSIBILIDADE.*
>
> *[...]*
>
> *2. Ocorre que, no presente caso, embora estabelecida a pena definitiva menor que 8 anos (6 anos de reclusão), a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial negativa (culpabilidade - o réu cometeu o crime contra sua companheira, dentro da casa deles, pela manhã, valendo-se da esganadura e de golpes de faca para tentar matá-la. Ou seja, essa conduta é altamente reprovável, já que foi praticada dentro de seu lar local onde as pessoas se sentem mais seguras e com uso de duas maneira distintas para o fim de matar), o que justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.*
>
> *3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1643993/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe*

05/04/2017)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE NEGATIVAMENTE VALORADAS COM BASE EM DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO AO TEMPO DOS FATOS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. LONGA INTERNAÇÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA EM 1/3. ITER CRIMINIS PERCORRIDO. REGIME FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

10. Ainda que a natureza hedionda do crime de homicídio não justifique, de per si, a imposição de regime prisional mais gravoso, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu. Precedentes.

11. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da atenuante da confissão espontânea, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC 374.495/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

Ante o exposto, **ausente qualquer ilegalidade flagrante**, com fulcro no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do presente *habeas corpus.*

Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator