

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 530.672 - SP (2019/0260139-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FERNANDA TATARI FRAZÃO DE VASCONCELOS -
SP232510
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEKSANDRO DA SILVA RODRIGUES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEKSANDRO DA SILVA RODRIGUES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0061936-46.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo juízo singular, às penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, pela prática dos delitos previstos no **art. 157, § 2º, II, do Código Penal**, e no **art. 244-B da Lei n. 8.069/90, na forma do art. 70 do Código Penal** (e-STJ, fls. 45/50).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso (e-STJ, fls. 52/61).

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/9), a impetrante sustenta haver constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, na fração de 1/6, pelo uso de violência física contra a vítima (aplicação de uma rasteira), elemento que aponta ser inerente ao próprio tipo penal do roubo.

Aduz, também, que o regime inicial foi fixado em razão da gravidade abstrata do delito, o que viola o disposto nos enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719, ambos da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Defende que o regime inicial semiaberto é o mais adequado à espécie.

Diante disso, requer, liminarmente, a aplicação do regime inicial

Superior Tribunal de Justiça

semiaberto e, no mérito, o decote da pena-base e a confirmação do pedido liminar.

O pedido liminar foi indeferido, às e-STJ, fls. 64/65 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ, fls. 71/76, opinou pela denegação da ordem.

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 do paciente.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base do paciente, ao argumento de que ela foi exacerbada com base em fundamentação inidônea, e na fixação do regime inicial fechado.

I. Pena-base

Preliminarmente, cabe ressaltar que a dosimetria da pena e seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, 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.

Cabe registrar, ainda, que, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, "não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação da pena, como ocorrido na espécie" (HC n. 227.619/PE, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 5/9/2013, DJe 11/9/2013).

Nesse sentido, menciono ainda:

[...]

2. A fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', 'lucro fácil', 'causando prejuízo à vítima', quando tais circunstâncias constituem elementares do próprio tipo penal.

[...]

6. Recurso parcialmente provido. (REsp 383.921/RN, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015)

Sob essas diretrizes, ao sentenciar o paciente e fixar-lhe as penas para o crime de roubo, o Magistrado asseverou que (e-STJ fls. 48/50, grifei):

[...]

A testemunha Filipe, policial militar, disse que a vítima foi cercada por três pessoas e pegaram a sua bolsa. O depoente saiu da viatura e fez a detenção do réu. Allan também foi detido por outro policial. A bolsa estava com o adolescente. Viu a ação e estava bem próximo a eles. O réu deu um empurrão na vítima e Allan deu uma rasteira. A vítima veio até a viatura e reconheceu o réu e o menor. O terceiro se evadiu tudo foi recuperado pela vítima. Recordou-se do réu em audiência e não o conhecia anteriormente. A testemunha Robson, também policial militar, recordou-se do réu em juízo e não o conhecia anteriormente. Viu que havia três ou quatro pessoas puxando a bolsa da vítima e a derrubando. Um dos policiais prendeu o réu e o depoente conseguiu prender o menor. A bolsa foi recuperada. Não se recordou se a bolsa estava com o réu ou o menor. A vítima foi puxada por eles e caiu no chão com a rasteira. Os outros participantes fugiram. A testemunha Julia recordou-se do réu em audiência e não o conhecia anteriormente. Viram o momento do roubo. Um dos policiais prendeu junto com Robson prendeu o menor. A bolsa estava com o menor. Um dos indivíduos conseguiu fugir. Quando viu o crime, o réu estava ao lado da vítima, e esta estava caída no chão. O menor segurava a bolsa A vítima relatou as agressões aos policiais. A bolsa foi recuperada. [...] menor. O concurso de agentes foi comprovado pela prova

testemunhal colhida, sendo evidente a divisão de tarefas e conseqüente coautoria com o comparsa apreendido. Neste sentido, também comprovada a corrupção de menores pela prática de roubo em concurso com adolescente. [...] 3 - Passo à dosagem das penas. Na primeira fase aplico as penas de 04 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa para o roubo, considerando os critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, em especial pelas circunstâncias e conseqüências do caso concreto, que envolveu vítima agredida com uma rasteira. Para a corrupção, aplico a reprimenda mínima de 01 ano de reclusão, considerando os mesmos critérios do artigo 59 do CP. Na segunda fase, reconheço a atenuante da menoridade (vide auto de qualificação de fls. 17), conduzindo as penas do roubo ao mínimo de 04 anos de reclusão e 10 dias-multa. Para a corrupção, não será considerada tal atenuante, porque estabelecidas reprimendas mínimas (súmula 231 do STJ). Reconhecido o concurso de agentes no roubo, majoro as penas em 1/3, chegando-se ao montante de 05 anos e 04 meses e pagamento de 13 dias-multa. Em face ao concurso formal entre roubo e corrupção, aplico somente a maior pena, aumentada em 1/6, chegando-se ao montante de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 13 dias-multa. A pena de multa não será acrescida pelo concurso de crimes, porque a corrupção não a prevê em seu preceito secundário. O regime inicial será o fechado, considerando o montante aplicado e as circunstâncias já eleitas na fixação da pena base, na forma do artigo 33, § 3º, do Código Penal. Houve violência física contra a mulher, estando o réu em companhia de outros garotos, aproveitando-se da superioridade numérica e da força física.

Pela leitura do trecho acima, verifica-se que, da análise do art. 59 do CP, o Magistrado considerou desfavorável ao paciente as circunstâncias do crime, haja vista o emprego de violência real cometida contra a vítima que, *após ser cercada e intimidada por três agentes, foi puxada por eles e caiu no chão com uma rasteira* (e-STJ, fl. 48), o que demonstra o maior poder intimidatório da ação e o risco à incolumidade física da vítima, de modo que não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada na exasperação da pena-base, inclusive no patamar operado de 1/6.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. PROVA NOVA DA INOCÊNCIA DO RÉU. MATÉRIA A SER ANALISADA EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA AINDA NÃO SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA MATÉRIA POR ESTA CORTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA MANTIDA. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido [...]

6. As circunstâncias do crime denotam que a gravidade da conduta é superior à ínsita a crimes contra o patrimônio, considerando a ousadia da ação delitiva e o emprego de violência real contra as vítimas, que permaneceram com os pés e mãos amarrados com fios de extensão de luz durante horas. Impõe-se reconhecer, ainda, não ter sido reconhecida a incidência da majorante do art. 157, § 2º, V, do CP. Contudo, o concurso de agentes não permite o incremento da pena-base, já que restou valorado como agravante na terceira fase da dosimetria, tendo a sentença incorrido em bis in idem.

[...]

9. No tocante ao regime, caso tenha sido estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu.

10. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena a 6 anos e 4 meses de reclusão, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC n. 404.004/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTE GENÉRICA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 443 DO STJ. NÃO VIOLAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

2. Acerca das consequências, ficou registrado o trauma psicológico sofrido pelas vítimas - especialmente a que levou uma coronhada na cabeça de um dos réus -, além do prejuízo material e a sensação de maior vulnerabilidade causada pela experiência, que as levaram a equipar a casa com monitoramento de segurança.

3. Não houve bis in idem na aplicação da agravante do art. 61, II, "c", do Código Penal, pois o fato de as vítimas terem sido amarradas e colocadas no chão não foi utilizado, exclusivamente, em outra fase da dosimetria e configura, sim, elemento concreto e idôneo para elevar a sanção pela respectiva agravante genérica, dada a nítida dificuldade de defesas dos ofendidos.

4. A menção de que o delito foi cometido por dois três agentes, com emprego de arma de fogo e exacerbada violência real contra uma senhora, não sem mencionar as ameaças psicológicas com a arma ostentada durante toda a empreitada criminosa -, demonstra ineludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito, a justificar o aumento da pena na terceira fase acima da fração mínima, sem violação da Súmula n. 443 do STJ.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 439.757/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 12/6/2018, DJe 22/6/2018)

II. Regime de cumprimento de pena

Defende a impetrante, que o regime inicial semiaberto seria o mais adequado ao paciente, porquanto o regime mais gravoso haveria sido fixado com base na gravidade abstrata do delito.

Todavia, verifico que não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao paciente, porque apesar de sua sanção ser inferior a 8 anos de reclusão, o fato de ele possuir circunstância judicial desfavorável, a qual

Superior Tribunal de Justiça

justificou a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a imposição do regime mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta.

Ilustrativamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

[...]

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifei)

HABEAS CORPUS. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. WRIT DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção

Superior Tribunal de Justiça

preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3º e 44, III, ambos do CP.

[...]

6. *Habeas corpus* denegado. (HC n. 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 1º/12/2015, DJe 11/12/2015)

Assim, as pretensões formuladas pela impetrante encontram óbice na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sendo manifestamente improcedentes.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator