

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.847.527 - SP (2019/0334157-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
RECORRENTE : MATHEUS HENRIQUE TOLEDO (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA -
SP235100
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por MATHEUS HENRIQUE TOLEDO, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento ao apelo da acusação para elevar a pena-base sem reflexo nas penas e agravar o regime de cumprimento de pena do aberto para o fechado.

Consta dos autos que o recorrente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, ambos do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e de 6 (seis) dias-multa – e-STJ fls. 137-142.

Em grau de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da acusação para incrementar a pena-base em 1/6, no vetor circunstâncias; contudo, retornou-a ao mínimo, em razão de sua compensação com a menoridade do agente, na segunda fase. Também reduziu o desconto da tentativa de 1/2 para 1/3 na terceira fase do cálculo da reprimenda – e-STJ fls. 231-246.

A defesa opôs embargos de declaração (e-STJ 271-273). Todavia, esses foram rejeitados (e-STJ fls.279-285).

Nas razões do recurso especial, a defesa sustenta violação dos arts. 33 e 59 do CP (e-STJ fls. 294-301).

Defende que o agravamento da primeira fase da reprimenda não foi justificada por fundamentação idônea, porquanto as circunstâncias judiciais são amplamente favoráveis ao recorrente.

Alega que a majorante do concurso de agentes já está prevista objetivamente como causa de aumento de pena e foi devidamente valorada na sentença.

Aduz que a visualização da criança na cena do crime foi dificultada em razão do horário em que perpetrado do delito, por volta de 1h40min da madrugada, não se podendo afirmar que o recorrente tinha conhecimento da existência de uma criança no círculo dos fatos, não se admitindo responsabilização penal objetiva.

Ressalta as condições pessoais do sentenciado, que é primário e apresenta bons antecedentes.

Por fim, pugna pela fixação do regime aberto em atenção ao art. 33 do CP.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 305-310), após o juízo prévio de admissibilidade (e-STJ fls. 314-315), os autos ascenderam ao Superior Tribunal de Justiça.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, na condição de *custos legis*, ofertou parecer pelo parcial provimento do inconformismo no sentido da fixação do

Superior Tribunal de Justiça

regime semiaberto para o início do cumprimento da pena (e-STJ fls. 369-371).

É o relatório.

Decido.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, passa-se ao exame recursal.

No que diz respeito à pena-base, cumpre destacar que esse é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e os eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Na espécie, a pena-base foi exasperada em um único momento pela fração de 1/6, por dois motivos: a participação de 5 pessoas como agente do crime e em razão de um bebê estar envolvido no contexto dos fatos. Eis o excerto do acórdão (e-STJ fl. 240):

No caso destes autos, verifica-se que a i. Julgadora de Primeiro Grau, ignorando o disposto nos artigos 59 e 68, do Código Penal, deixou de apreciar e valorar as circunstâncias do fato já mencionadas (o número de agentes com os quais associou-se o sentenciado, assim como a escolha de vítimas que traziam consigo uma criança de tenra idade), que denotavam especial gravidade da conduta, assim descumprindo a garantia constitucional de cunho social prevista no artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88.

De rigor, assim, a reparação do equívoco na quantificação das reprimendas, que devem ser agora fixadas, na base, em 1/6 acima do mínimo legal (4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa).

Portanto, em que pese o equívoco de se sopesar a quantidade de agentes na primeira e terceira fases, a fundamentação utilizada na valoração negativa das circunstâncias do crime é idônea e a fração aplicada no aumento é razoável.

Ademais, a análise da tese recursal, de que as condições de iluminação no local do crime não permitiam visualizar a criança dentro do carro, dependeria de revolvimento fático-probatório, o que, no âmbito do recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula n. 7/STJ.

Ao seu turno, no que concerne ao regime, em razão as disposições contidas no art. 33, §§ 2º e, 3º, do Código Penal, deve ser estabelecido o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, uma vez que houve desvalorização das circunstâncias do crime, com esteio em fundamento concreto e idôneo. No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

Superior Tribunal de Justiça

PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO TENTADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. WRIT NÃO CONHECIDO.

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 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 réu tecnicamente primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 429.972/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018.)

Igualmente:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. PENA INFERIOR A 4 ANOS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta

Superior Tribunal de Justiça

Corte, "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".

3. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

4. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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".

5. Dessa forma, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, verifica-se que o regime mais gravoso foi fixado com base em fundamentação concreta, qual seja, o fato de o delito ter sido praticado em estabelecimento comercial, expondo a risco maior número de pessoas, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, o que denota maior desvalor da ação. Entretanto, o regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 2 anos e 8 meses de reclusão comporta, revela-se desproporcional, sendo mais adequado a fixação do regime semiaberto.

6. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 413.393/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 27/09/2017.)

O regime fechado, por sua vez, não se mostra adequado à hipótese em análise, haja vista a primariedade do recorrente.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II e III, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **dá-se parcial provimento** ao recurso especial a fim de fixar o regime semiaberto para o início do resgate da pena cominada ao recorrente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 26 de novembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator