

HABEAS CORPUS Nº 541.131 - SP (2019/0316313-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JHEFERSON WILLIAN DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JHEFERSON WILLIAN DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0025027-05.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 8 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 19 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, por três vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 13/25).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso (e-STJ, fls. 26/30) para reduzir as penas aplicadas para 6 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 15 dias-multa (e-STJ, fls. 26/30).

No presente *mandamus* (e-STJ, fls. 3/11), a defesa sustenta haver constrangimento ilegal na fixação da pena, na terceira fase da dosimetria, em fração superior a 1/3, pois a fundamentação foi baseada apenas em critério matemático, referente ao número de majorantes presentes no caso. Aponta ser aplicável ao caso o Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

Sustenta, ainda, a existência de constrangimento ilegal ainda no regime inicial de cumprimento de pena, tendo em vista ser o paciente réu primário, com pena fixada em patamar inferior a 8 anos, o que justifica a aplicação do regime inicial semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código

Penal.

Dessa forma, pede, liminarmente, que seja fixado regime inicial semiaberto e, no mérito, a confirmação do pedido liminar e a redução da pena aplicada ao paciente.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 34/35).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 41/45).

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 a defesa a realização de nova dosimetria da pena, para que seja aplicada, em sua terceira fase, a fração mínima de 1/3, alegando que a fração de 3/8 utilizada lastreou-se apenas no quantitativo das majorantes reconhecidas, incidindo, no caso, a Súmula n. 443/STJ. Requer, ainda, a aplicação do regime inicial semiaberto.

Sabe-se que a dosimetria da pena insere-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.

No caso, o sentenciante, após considerações acerca da materialidade e da autoria do delito, fixou a pena-base para o crime de roubo majorado no mínimo legal, a qual se manteve na segunda etapa em razão da inexistências de causas de aumento e/ou diminuição. Na fase derradeira, a sanção restou majorada em 3/8, ante o concurso de três agentes e o emprego de arma de fogo. Aplicado, ainda, o aumento de 1/2 pela crime continuado, alcançou a pena o montante definitivo de 8 anos e 3 meses de reclusão e 19 dias-multa (e-STJ, fls.

22/23).

O Tribunal local, embora tenha reformado a sentença para reduzir a fração de aumento pelo crime continuado para 1/5, manteve a fração de aumento de 3/8 pelas majorantes, utilizando-se da seguinte fundamentação (e-STJ, fls. 28/29):

[...]

Correto, ainda, o aumento de 3/8, ante a presença de duas causas especiais de aumento de pena (concurso de agentes e emprego de arma).

A respeito: “O percentual de aumento previsto no § 2º do art. 157 do CP deve levar em conta o número de qualificadoras presentes, em escala crescente, que vai de 1/3 a 1/2 (1/3 se uma qualificadora, 3/8, se 2 qualificadoras, 5/12, se 3 qualificadoras, 7/16, se 4 qualificadoras, 1/2, se 5 qualificadoras), para manter proporcionalidade com o grau de constrangimento a que a vítima é submetida. Quanto maior o número de agravantes especiais, maior resultará o grau de censurabilidade da conduta do réu.

Não se pode equiparar a situação do agente que atua sozinho e armado com a daquele que se associa a comparsa para a prática de roubo à mão armada, já que, nesta última hipótese, diminui a possibilidade de reação da vítima, que tem de enfrentar dois ou mais infratores, e não apenas um, tornando mais fácil àqueles a realização da conduta delituosa.

Afigura-se justo que, ocorrendo duas ou mais qualificadoras, a fração de aumento seja superior ao mínimo legal, para desestimular a comparsaria e outras circunstâncias que façam crescer o poder de intimidação e sofrimento da vítima” (AC nº 1.439.393/1, da Comarca de Suzano, 14ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal, Relator o então Juiz, hoje Desembargador, Renê Ricupero).

[...]

Nos termos da Súmula n. 443/STJ, 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.

Assim, em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, acima da fração mínima de 1/3, requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que a Corte local conferiu legalidade à escolha da fração superior à mínima, pois ofertou motivação concreta, consubstanciada nas circunstâncias em que o delito ocorreu, quais sejam, com o concurso de três agentes e emprego de arma de fogo, o que demonstra a reprovabilidade concreta da conduta, a ensejar uma maior resposta penal.

Logo, não se trata de caso em que a simples gravidade das causas de aumento da pena, tomada abstratamente e apenas em seu aspecto numérico, foi usada como motivação para a exasperação da reprimenda, em violação do teor da mencionada Súmula n. 443 do STJ, como apontado pela defesa.

Nessa linha, destaco:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 443 E 440/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. UM DOS PACIENTES POSSUI CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E, EM RELAÇÃO AO OUTRO ACUSADO, A FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO ALICERÇOU-SE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

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

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".

- É de ser mantida a fração de aumento de 3/8, ante as majorantes do 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pois o acórdão recorrido fundamentou a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do crime - os pacientes contaram com a colaboração de um terceiro agente e, no momento da empreitada, houve o emprego de duas armas de fogo -, circunstâncias que justificam o afastamento da fração mínima.

(...)

- Habeas corpus não conhecido (HC 334.746/SP, deste Relator, Quinta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 21/10/2015).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBOS DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO EM 3/8. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. O Colegiado a quo, ao dar provimento ao apelo ministerial, fundamentou concretamente a exasperação das penas em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, não havendo que falar em violação da Súmula/STJ 443. As circunstâncias concretas dos delitos, praticados mediante o emprego de arma de fogo e em concurso de dois outros agentes, um deles menor, bem como a violência exercida contra as vítimas, a toda evidência, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo. Precedente.

3. Tendo sido estabelecida penas-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor Penal, admite-se a fixação de regime mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda

imposta ao réu. Precedentes.

4. *Habeas corpus não conhecido* (HC 336.971/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 17/03/2016).

Quanto ao regime, assim fundamentou a Corte local a manutenção do regime mais gravoso (e-STJ fl. 29):

[...]

E era mesmo de rigor a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que tal regime é o único compatível com a gravidade dos delitos e a periculosidade pelo recorrente demonstrada.

Na hipótese, porém, o regime inicial fechado foi aplicado pela gravidade concreta da conduta, a qual foi ressaltada pelo Tribunal *a quo*, tendo em vista as circunstâncias que envolveram o delito, o qual foi cometido com o concurso de três agentes e emprego de arma de fogo, elementos que justificam a aplicação de regime inicial mais gravoso.

Para corroborar o referido entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I, II e V, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. TRÊS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 1/2. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443 DESTA CORTE NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. *É possível a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço) quando há a presença de três causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.*

2. *Na hipótese, constata-se que o aumento da pena em 1/2 (metade) não foi efetuado tão-somente em razão da presença de*

três majorantes, encontrando-se perfeitamente justificado em fatores concretos, dadas as circunstâncias em que ocorreu o roubo em questão, inexistente, portanto, ilegalidade a ser sanada através de via eleita. Precedentes desta Corte Superior.

REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. ELEVADO NÚMERO DE AGENTES. EMPREGO DE ARMAS DE FOGO. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL.

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 da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Na espécie, as instâncias de origem concluíram de modo fundamentado quanto ao regime inicial fechado, em razão da gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - mediante 4 (quatro) agentes, com emprego de armas de fogo e restrição da liberdade da vítima - reveladoras da periculosidade do paciente, não havendo ilegalidade na manutenção do modo mais severo de execução.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 314.301/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/02/2016).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AO ART. 157, § 2º, V, DO CP. PLEITO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO AO ART. 157, § 2º, DO CP. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. FRAÇÃO DE 5/12 DAS CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXEGESE DA SÚMULA 443/STJ. MALFERIMENTO AOS ARTS. 33 E 59, AMBOS DO CP. PENA-BASE NO MÍNIMO. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE JUSTIFICAM. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A despeito da oposição de embargos de declaração, a tese relativa ao afastamento da causa de aumento referente à

restrição da liberdade da vítima não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, carecendo, portanto, de prequestionamento. Incidência do enunciado nº 211 da Súmula desta Corte.

2. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fases da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.

3. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito destes não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou particularidade fática (concurso de agente envolvendo menor inimputável, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima), que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 850.178/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/03/2016).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. ART. 157, § 3º, PRIMEIRA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. PERICULOSIDADE SOCIAL DOS AGENTES.

1. Dispõe a Súmula 440 desta Corte Superior: "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."

2. No caso, as instâncias ordinárias justificaram a necessidade do regime mais gravoso com base em elementos concretos, notadamente no modus operandi do crime de roubo, visto que praticado em concurso de agentes e mediante disparo de arma de fogo contra um taxista de 61 anos de idade, sendo a vítima alvejada com um tiro na perna e, logo após a subtração do seu instrumento de trabalho, restou abandonada, à própria sorte, em um canavial.

3. É certo que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao recorrente, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Entretanto, o Juiz sentenciante, ao estabelecer o regime fechado para o início do cumprimento da pena, ressaltou a gravidade dos ferimentos causados na vítima, bem como a periculosidade social dos agentes.

4. Ora, o emprego de arma de fogo na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, sendo tal gravidade tão manifesta, que não se requerem maiores explanações para descrever o óbvio.

5. De ressaltar que "o comando legal do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim que o magistrado deva fundamentar sua sentença apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59 do mesmo Estatuto" (HC 295232/RJ, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, DJe 09/03/2015).

6. Recurso especial não provido (REsp 1501738/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 18/08/2015).

Assim, a pretensão formulada pelo impetrante encontra óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo manifestamente improcedente.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, não conheço do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília/DF, 20 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator