

HABEAS CORPUS Nº 546.314 - RJ (2019/0345808-6)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CINTHIA RODRIGUES MENESCAL PALHARES - RJ094625
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : EDUARDO MARTINS MARIANO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDUARDO MARTINS MARIANO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente a 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 157, §2º, incisos I e II (roubo), duas vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

No presente *writ*, a impetrante requer a fixação do regime semiaberto, com fundamento no Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, pois o regime fechado estaria baseado na gravidade abstrata do delito.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 101/102).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, caso contrário, pela denegação da ordem (fls. 107/109).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Questiona-se, no presente *writ*, a imposição do regime inicial fechado.

Nesse ponto, afirmou o Tribunal *a quo*:

[...]

Por derradeiro, o regime prisional fechado deve ser mantido diante da gravidade concreta dos roubos, tendo em conta a ação direta e conjunta de 02 roubadores, com nítida divisão de tarefas, inviabilizando qualquer tipo de reação das vítimas, estando um deles armado, que as manteve-se sob sua mira durante todo o desenrolar da ação criminosa, o que de fato expos sua integridade física a um elevado risco, o que indica a necessidade de resposta penal mais incisiva, seja em atenção aos objetivos de prevenção geral, seja para atender ao caráter de retribuição da reprimenda. Assim, não obstante o quantum total inferior a 8 anos, se assere escorreita a conservação do regime inicial fechado (art. 33, §§2º e 3º do CP).

[...] (fls. 281/282).

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 do art. 59 do Código Penal ou de outro dado que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo.

Essa é a hipótese dos autos, uma vez que o crime foi praticado com ousadia, em via pública, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes. Esses elementos, em conjunto, demonstram a maior gravidade do delito e a elevada periculosidade do paciente, justificando a aplicação do regime fechado.

No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

4. "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" (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

5. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não

excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, qual seja, ameaça a duas vítimas, em concurso de pessoas, com emprego de arma de fogo e mediante invasão de domicílio.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para redimensionar a pena do paciente (HC 350.796/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. In casu, o Tribunal de origem destacou a maior reprovabilidade na conduta do paciente para justificar o regime prisional mais gravoso, consignando que "[...] as concretas circunstâncias do caso em tela, em particular, o coordenado número de agentes, maneira de execução, ou seja, abordagem da vítima na via pública e o emprego de simulacro de arma de fogo para a intimidação do ofendido [...]", não havendo falar, portanto, em flagrante ilegalidade na fixação do regime prisional fechado.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 324.010/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 02/06/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DE VÉICULO NA EXECUÇÃO DO CRIME E FUGA DO LOCAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAJORANTE. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE. AUMENTO NA TERCEIRA FASE APENAS PELO NÚMERO DE MAJORANTES. DESCABIMENTO. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que,

configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O emprego de veículo automotor para a execução da empreitada criminosa, bem como a fuga do local são circunstâncias que evidenciam maior reprovabilidade e risco à vítima e à coletividade, merecendo, assim, maior rigor na aplicação da pena.

III - Inviável o acolhimento do pedido de exclusão da majorante relativa à restrição da liberdade da vítima, uma vez que afastar o entendimento adotado pela instância de origem no tocante à sua incidência, fatalmente obrigaria o revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do habeas corpus, marcado por cognição sumária e rito célere.

IV - 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".

V - Na hipótese, o exame dos fundamentos expostos no v. acórdão vergastado para justificar a exasperação da pena, na terceira fase, em razão do reconhecimento de três majorantes, evidencia, quanto à matéria em foco, a inobservância da jurisprudência firmada nesta Corte, uma vez que o aumento acima do patamar mínimo careceu de motivação concreta, pois decorreu, unicamente, do fato de estarem presentes três majorantes. Dessarte, in casu, deve ser aplicado o aumento na terceira fase da dosimetria em seu patamar mínimo, qual seja, 1/3 (um terço).

VI - No que tange à fixação do regime inicial, conquanto o v. acórdão impugnado o tenha determinado com base na gravidade do delito e o paciente seja primário, a existência de circunstância judicial desfavorável, utilizada para aumentar a pena-base, inviabiliza a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade de pena imposta ao paciente, sendo aplicável o regime mais gravoso na sequência, qual seja, o fechado.

Habeas corpus não conhecido. Ordem conhecida de ofício para estabelecer a fração mínima legal de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria, em razão das majorantes, e redimensionar a reprimenda do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 445.326/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 23/05/2018)

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CP. ART. 244-B DO ECA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO

CONHECIDO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. 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 desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou particularidade fática, destacando "as circunstâncias do crime de roubo, praticado mediante o emprego de simulacro de arma de fogo e concurso de três agentes, um deles adolescente, que abordaram vítima mulher com sua filha de dez anos, revelando periculosidade incomum dos apelantes" (fl. 26), o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 380.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/2 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO QUE TAMBÉM SE ALICERÇOU NA GRAVIDADE CONCRETA DO TIPO PENAL VIOLADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- 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. - Inexiste ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo praticado em concurso de quatro agentes, com uso ostensivo de armas de fogo e com restrição da liberdade da vítima, que foi colocada no baú do seu veículo.

Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 405.092/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA,

Superior Tribunal de Justiça

julgado em 17/08/2017, DJe 25/08/2017)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator