

HABEAS CORPUS Nº 506.293 - RJ (2019/0116774-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALEX SILVA FERREIRA (PRESO)

DECISÃO

ALEX SILVA FERREIRA alega sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** na Apelação Criminal n. 0444639-11.2015.8.19.0001.

Consta dos autos que o acusado foi condenado, em primeira instância, a **6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, no regime inicial fechado**, mais multa, pela prática de roubo majorado – art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 31-38).

O Tribunal estadual **negou provimento ao apelo defensivo** e manteve a sentença condenatória em todos os seus termos (fls. 55-59).

Neste *writ*, a impetrante aponta ilegalidade **na fixação da pena-base e na imposição do regime fechado**.

Alega erro na valoração negativa das consequências do crime, omissão pelo não reconhecimento da menoridade relativa do paciente e ausência de fundamentação concreta para o aumento de 3/8 na terceira etapa da dosimetria e a imposição do regime mais gravoso.

Pleiteia, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem com vistas a **revisar a dosimetria e abrandar o regime prisional**.

O pedido de **liminar foi indeferido** (fl. 61).

Dispensadas as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela **concessão parcial da ordem** (fls.

66-71).

Decido.

I. Pena-base

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para obter-se uma aplicação justa da lei penal, o julgador, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, há de atentar para as singularidades do caso concreto. Deve, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal. São elas: a culpabilidade; os antecedentes; a conduta social; a personalidade do agente; os motivos; as circunstâncias e as consequências do crime e o comportamento da vítima.

Ao dosar a reprimenda do paciente, o Juízo singular assim se pronunciou (fl. 36, grifei):

[...]

Da aplicação da pena, consoante o disposto no artigo 68 do CP:

1ª Fase: Atento às circunstâncias judiciais traçadas pelo artigo 59 do CP, considerando o elevado grau de culpabilidade do réu, diante do número de aparelhos de telefonia subtraídos, fixo a pena-base acima do mínimo legal, isto é, em 05 anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, à razão unitária mínima.

2ª Fase: ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas.

O Tribunal local confirmou a dosimetria e teceu as seguintes considerações (fl. 47, destaquei):

[...]

A pena-base foi devidamente majorada em razão da

quantidade expressiva de aparelhos celulares subtraídos (30), o que configura grave prejuízo para a pessoa jurídica, vítima.

No caso em exame, o Juízo sentenciante considerou desfavoráveis **as consequências do delito.**

No tocante à referida vetorial, verifico que a sentença ressaltou o **elevado número de aparelhos de telefone celular subtraídos do ofendido – 30 –, o que demonstra o prejuízo patrimonial causado.**

Conquanto esta Corte entenda que o fato de os objetos não haverem sido totalmente recuperados não pode ensejar o recrudesimento da pena-base (pois a violação do patrimônio alheio é inerente ao tipo penal), **neste caso ficou expresso o elevado prejuízo patrimonial decorrente da ação criminosa.** Logo, nos termos da jurisprudência do STJ, **a motivação lançada é idônea.** Nesse sentido:

[...]

1. **Admite-se a exasperação da pena-base pela valoração negativa das consequências do delito com base no valor do prejuízo sofrido pela vítima.**

2. *In casu*, considerando os altos valores subtraídos pelo grupo criminoso, mostra-se adequada a elevação da sanção inicial.

3. A forma audaciosa e o grau de coordenação com que praticados os delitos patrimoniais demonstram a maior reprovabilidade social das condutas e justificam o julgamento desfavorável das circunstâncias do crime.

[...]

(AgRg no HC n. 184.814/SP, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 21/11/2013, destaquei).

[...]

2. **Quanto às consequências do crime**, conquanto esta Corte Superior entenda que o fato de os objetos não serem totalmente recuperados não pode ensejar o **recrudesimento da pena-base, no caso ficou expresso o alto valor dos bens roubados, e o substancial prejuízo aos ofendidos.**

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 405.220/MS, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 9/8/2018, grifei)

II. Menoridade relativa

Nos termos da Súmula n. 74 do STJ, a certidão de nascimento ou a cédula de identidade não são os únicos documentos válidos para fins de comprovação da menoridade, a qual pode ser demonstrada por meio de outro documento firmado por agente público – dotado, portanto, de fé pública – que ateste a idade do menor.

No caso dos autos, **a menoridade do réu ficou registrada na denúncia e na certidão de antecedentes criminais (fls. 25-28).**

Nesse sentido, menciono o seguinte julgado desta Corte Superior:

[...]

4. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar suporte a uma condenação criminal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório não seria capaz de comprovar a menoridade das vítimas. Isso não é valoração jurídica da prova, mas reexame do acervo de provas, vedado pela Súmula 7/STJ.

5. Esta Corte Superior possui o entendimento de que a mera ausência da certidão de nascimento não impede a verificação etária das vítimas, podendo ser comprovada por outras provas existentes nos autos.

[...]

10. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.441.434/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 5/11/2015, destaquei)

Dessarte, **procede a irresignação defensiva, porquanto nem o Juiz de primeira instância nem o Tribunal *a quo* aplicaram a referida atenuante, de natureza objetiva.**

III. Dosimetria – terceira fase

O Juiz sentenciante, ao exasperar a pena do acusado na terceira fase da dosimetria, assim dispôs (fl. 37, grifei):

[...]

3ª Fase: por fim, **exaspero a pena privativa de liberdade provisoriamente fixada de três oitavos, por força de duas causas especiais de aumento de pena, quais sejam, emprego de arma de fogo e concurso de pessoas**, totalizando pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 41 (quarenta e um) dias-multa, que torno definitiva à míngua de moduladoras.

A Corte estadual manteve o aumento de pena aplicado na sentença, sem acrescentar fundamentos.

Assim, pela leitura dos trechos em destaque, considero haver violação do dispositivo indicado, pois a Corte de origem entendeu devida a exasperação da reprimenda em **3/8, ante a caracterização de duas majorantes, fundamento que** – embora, na minha opinião, evidencie maior temibilidade da conduta –, **nos termos do pensamento da Quinta e da Sexta Turmas, não justifica, de maneira idônea, o aumento de pena acima do patamar mínimo.** É necessária a indicação de outras circunstâncias concretas que digam respeito às próprias majorantes e que evidenciem a maior desaprovação da conduta (**número de agentes superior ao necessário para configurar o concurso, restrição da liberdade da vítima por longo período, emprego de arma de grosso calibre, ocorrência de disparo etc.**), para embasar o percentual de aumento eleito.

Ilustrativamente:

[...]

II - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência destas, como o foi na espécie, mas sim com base em dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso. (Precedentes).

III - "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" (Enunciado nº 443 da súmula do STJ).

[...]

(RHC n. 51.597/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T.,

DJe 4/2/2015)

[...]

2. 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. Súmula n. 443 do STJ. **Não foi apontado elemento concreto e relacionado às majorantes (número de agentes superior ao necessário para caracterizar o concurso, restrição da liberdade da vítima por longo período etc.) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva de entendimento do relator.**

[...]

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a ilegalidade na terceira etapa da dosimetria e redimensionar a pena final do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa.

(HC n. 238.052/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 27/10/2015, destaquei)

Logo, devo reconhecer como procedente a postulação defensiva no particular, pois o Juiz de primeiro grau não apontou nenhum **elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena**, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. O entendimento lá esposado é dissonante da jurisprudência deste Superior Tribunal, conforme devidamente demonstrado.

IV. Regime

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o semiaberto, insta enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva, que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo total da pena (HC n. 279.272/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC n.

265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena.

Na primeira instância, o Juiz justificou o regime fechado pelos seguintes motivos (fl. 37, grifei):

[...]

Regime de pena: **fixo o regime inicialmente fechado para cumprimento da pena. O delito de roubo, com emprego de arma de fogo, tem gerado enorme lesão à ordem pública**, razão pela qual exige maior rigor penal, com o fito de conferir efetividade ao caráter de repressão e prevenção da pena.

A Corte local, ao analisar a questão no julgamento da apelação, assim consignou (fl. 47, destaquei):

[...]

O regime de cumprimento de pena é o fechado em razão da circunstancia judicial desfavorável (consequência do crime) e por conta do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, com base no art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, em violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

Ilustrativamente:

[...]

8. No caso concreto, o juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente, qual seja, **a reiteração delitiva e a reincidência**.

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, bem como para reduzir para 1/3 o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, para tornar a reprimenda do paciente definitiva em 6 anos, 8 meses e 26 dias, mantido o regime fechado, mais 16 dias-multa.

(HC n. 269.634/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 20/6/2014, destaquei.)

[...]

4. O estabelecimento do **regime mais severo** do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu ***modus operandi***, pois houve emprego de violência intensa na senda criminosa, já que a arma de fogo permaneceu apontada para a cabeça de uma das vítimas, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir as penas para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, ficando mantido inicialmente o regime prisional fechado.

(HC n. 366.552/SP, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 9/11/2016, destaquei)

[...]

1. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontado dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o concurso de três agentes, pelo menos um deles adolescente –, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP). Respeito às Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719, ambas do STF.

2. Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão singular e negar provimento ao recurso especial da defesa. (AgRg no EDcl no AREsp n. 1.085.167/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 16/10/2017, grifei)

Nesse sentido, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do delito – **as consequências do crime**, ainda que o *quantum* da reprimenda seja inferior a 8 anos (art. 33, § 3º, do CP).

V. Readequação da pena

Identificada a ilegalidade na dosimetria, passo à readequação da reprimenda.

Na primeira fase, a pena-base é estabelecida em **5 anos de reclusão**, pelas consequências do crime.

Na segunda etapa, **reconhecida a atenuante da menoridade** relativa do acusado, **a reprimenda é reduzida ao mínimo legal de 4 anos de reclusão**.

Na terceira etapa, **afastada a incidência da fração de 3/8, a sanção deve ser elevada em 1/3**, a perfazer **5 anos e 4 meses de reclusão**.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de **reduzir a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator