

**HABEAS CORPUS Nº 525.301 - SP (2019/0229823-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : EMERSON RUAN FIGUEIREDO DA SILVA  
**ADVOGADO** : EMERSON RUAN FIGUEIREDO DA SILVA - SP367641  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JORGE ANTUNES MIRANDA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JORGE ANTUNES MIRANDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0001062-65.2017.8.26.0621.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso V, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte *a quo*, que negou provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que as frações utilizadas para exacerbar a reprimenda na primeira e terceira fases da dosimetria foram desproporcionais, razão pela qual deveriam ser revistas, aplicando-se o mínimo de 1/6.

Declara que não houve fundamentação idônea na escolha do regime prisional mais gravoso, tendo sido considerada apenas a gravidade em abstrato do delito, em dissonância com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 e 719 da Suprema Corte e 440/STJ.

Requer a fixação do regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena e o redimensionamento da reprimenda.

A liminar foi indeferida às fls. 26-27.

Informações prestadas às fls. 31-57 e 60-72.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 74-76, pelo não conhecimento da impetração e, se conhecida, pela sua denegação.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

Insta consignar que a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena, sendo permitido ao julgador analisar com discricionariedade o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Ao que se tem, a pena foi estabelecida em patamar superior ao mínimo legal a

partir da constatação da presença de circunstância judicial desfavorável ao sentenciado, conforme manifestação da sentença condenatória, que reproduzo a seguir (e-STJ fl. 13):

*"O acusado, apesar de tecnicamente primário, agiu com dolo exacerbado, motivo pelo qual as sanções básicas serão estabelecidas em 1/3 (um terço) acima dos mínimos legais, alcançando 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo."*

O acórdão recorrido, por sua vez, estabeleceu (e-STJ fl. 20):

*"A pena base distanciou-se do mínimo legal, na **terça parte**, em decorrência do **dolo exacerbado**, e, de fato, o crime em comento tem maior grau de reprovabilidade, na medida em que o réu conhecia previamente a rotina da vítima, o que facilitou o êxito na empreitada criminosa, além de que, com a ofendida já subjugada, desnecessariamente a segurou de braços e esfregou sua face na cama para que entregasse o dinheiro."*

No entanto, apesar de ter indicado corretamente o fundamento para elevar a pena-base, verifica-se que o aumento em razão da presença de uma circunstância judicial desfavorável em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses mostra-se desproporcional - considerando que a pena mínima para o delito em análise é de 4 (quatro) anos -, sendo devida a redução do *quantum* de aumento para um patamar adequado e razoável ao caso, qual seja, em 1/6 (um sexto).

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO SIMPLES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DE DELITOS. VALOR DOS BENS SUBTRAÍDOS QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO ÍNFIMO. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. ELEVÇÃO DA PENA-BASE NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. DESPROPORCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, AINDA QUE ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO INCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.  
[...]"*

**5. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 da reprimenda mínima, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar.**

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 11 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

(HC 436.918/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 04/04/2019)"

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

**1. Segundo os diversos precedentes desta Corte, em razão da inexistência de determinação legal específica, o acréscimo de 1/6 da pena-base mostra-se razoável e proporcional. O aumento superior a tal patamar necessita de fundamentação tomada a partir de elementos concretos dos autos.**

[...]

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1741227/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 27/09/2018)"

Nesse contexto, impositiva a reforma do acórdão recorrido, quanto ao ponto, para aplicar a fração de 1/6 (um sexto) na primeira fase da dosimetria da pena.

No tocante à fração de aumento decorrente das majorantes do roubo, observa-se que o pleito, nesse ponto, carece de interesse de agir.

Da análise do acórdão proferido quando do julgamento do recurso de apelação, observa-se que a Corte estadual fixou o aumento mínimo de 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria da pena, consoante o seguinte trecho do acórdão objurgado (e-STJ fl. 20):

*"Ao final, a pena foi aumentada da **terça parte** em razão da incidência de apenas **uma qualificadora** (restrição da liberdade)."*

Evidente, portanto, a ausência de interesse de agir, sendo imperioso que o pleito pudesse vir a modificar a situação jurídica do postulante e, na via do *habeas corpus*, essa necessidade exsurge quando se evidencia a ocorrência de ato construtivo da liberdade de locomoção ou sua mera ameaça.

Assim, quando o constrangimento não mais existe ou deixa de se apresentar, ainda que em potencialidade, pode-se concluir que o impetrante carece de interesse de agir, pois a demanda proposta em nada modificará sua situação jurídica.

Acerca do tema, cumpre destacar os seguintes julgados:

*"PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 157, §2º, II, DO CÓDIGO PENAL, E ARTIGO 244-B DA LEI N. 8.069/90. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE. EXASPERADA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AFASTADA A VALORAÇÃO NEGATIVA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. JUSTIFICATIVA CONCRETA. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. QUANTUM DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.*

*1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, as instâncias de origem valoraram negativamente a culpabilidade dos pacientes e as circunstâncias do crime, sem fundamentação idônea, apresentando justificativa concreta apenas quanto às consequências do crime, o que torna imprescindível o decote do incremento sancionatório.*

*2. A ação constitucional, no tocante ao pedido de redução do acréscimo das penas na terceira fase da dosimetria, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, eis que a instância de origem aplicou a fração mínima (1/3) pela incidência das majorantes.*

*3. Writ conhecido em parte e, nessa extensão, ordem parcialmente concedida, a fim de reduzir as penas de cada um dos pacientes para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*

*(HC 405.508/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 18/09/2017)"*

*"HABEAS CORPUS IMPETRADO ORIGINARIAMENTE, A DESPEITO DA POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO AO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO POR INTERMÉDIO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA (RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA). ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AFASTAMENTO DAS MAJORANTES RELATIVAS AO USO DE ARMA E À RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. PLEITO ATENDIDO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. REDUÇÃO DO AUMENTO DECORRENTE DO CONCURSO DE PESSOAS PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE, POR*

**EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. INVIABILIDADE. SANÇÃO DEFINITIVA FIXADA EM CINCO ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PEDIDO DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

1. A impetração de habeas corpus originário nesta Corte Superior nos casos previstos no art. 105, inciso I, alínea c, da Constituição da República, é Garantia Fundamental destinada ao relevantíssimo papel de salvaguardar o direito ambulatorial (CR, art. 5.º, inciso LXVIII) e, por isso, a Carta Magna confere-lhe plena eficácia. No ponto, só se pode admitir a limitação que se conclui da regra processual prevista no próprio Texto Constitucional, em seu art. 105, inciso II, alínea a, qual seja, do writ impetrado em substituição ao recurso ordinário constitucional. Não pode tal entendimento ser estendido para a hipótese que se convencionou denominar de "habeas corpus substitutivo de recurso especial".

2. A despeito do posicionamento da Relatora - em consonância com o do Supremo Tribunal Federal -, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento majoritário de que é inadequado o manejo de habeas corpus se há possibilidade de impugnação do ato decisório do Tribunal a quo por intermédio de recurso especial. Isso não impede, contudo, que esta Corte Superior conceda ordem se configurado constrangimento ilegal sanável de ofício, o que não ocorre na espécie.

3. O Tribunal Impetrado afastou as causas de aumento de pena referentes ao emprego de arma e à restrição da liberdade da vítima, excluindo, por conseguinte, o correspondente acréscimo implementado à reprimenda. A ausência de interesse processual em relação ao pedido de afastamento das referidas majorantes.

**4. O pedido de redução do aumento decorrente da configuração do concurso de agentes para 1/6 (um sexto) não pode ser atendido, por expressa vedação legal. A pretendida fração é inferior ao acréscimo mínimo previsto na legislação para as majorantes do roubo, que é de 1/3 (um terço), consoante preceitua o art. 157, § 2.º, do Código Penal.**

5. Estabelecida a pena privativa de liberdade em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, revela-se inviável o pedido de alteração do regime prisional para o inicial aberto, em face do que dispõe o art. 33, § 2.º, alínea b, do Estatuto Repressivo, segundo o qual: "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto".

6. Ausência de flagrante constrangimento ilegal que, eventualmente, imponha a concessão do remédio constitucional de ofício.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 259.594/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 13/05/2014)"

Feitas essas considerações, passa-se ao novo cálculo da pena.

Na primeira fase, aplicada a fração de 1/6 (um sexto) na primeira fase da dosimetria, fixa-se a pena-base em **4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão**, suficiente para a prevenção e reprovação do ilícito apontado, diante das circunstâncias reprováveis em que cometido.

Na segunda fase, embora incida a atenuante da confissão espontânea, não há como diminuir a pena abaixo do mínimo legal, conforme o enunciado da Súmula n. 231 desta Corte de Justiça, alcançando a reprimenda o patamar de **4 (quatro) anos de reclusão**.

Na terceira fase, mantém-se o aumento de 1/3 (um terço) em razão das majorantes, alcançando a reprimenda definitivamente o patamar de **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão.

No que refere ao abrandamento do regime prisional, o Tribunal de origem manteve o modo inicial fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 20-21):

*"Por fim, ao regime prisional estabelecido na r. sentença, não há se falar em abrandamento. O regime inicial fechado para o cumprimento da pena é realmente o adequado, porquanto o crime de roubo é de extrema gravidade e quem envereda para a prática desse tipo de criminalidade indisfarçavelmente tem personalidade deturpada, causadora de risco à ordem pública."*

Do trecho acima transcrito, observa-se que a manutenção do regime inicial fechado considerou apenas a gravidade em abstrato do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso.

Contudo, afastando-se o fundamento em que o Tribunal de origem se embasou para manter o regime inicial fechado, qual seja, a gravidade abstrata do crime, nota-se que o modo mais gravoso se mantém dada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, na primeira fase da dosimetria da pena (e-STJ fl. 20).

Nesse sentido:

*"HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTRO CRITÉRIO QUE NÃO APENAS A QUALIDADE E A QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.*

[...]

**4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque**

***consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação de regime prisional fechado, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.***

***5. Ordem de habeas corpus denegada.***

***(HC 491.328/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 01/07/2019)"***

***"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE ELEVOU A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO DO INCISO I DO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO.***

***[...]***

***IV - Segundo pacífica jurisprudência desta Corte Superior, a existência de circunstância judicial desfavorável, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, autoriza a determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado.***

***V - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência do requisito objetivo constante do inciso I do art. 44 do Código Penal.***

***Habeas corpus não conhecido.***

***(HC 495.895/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)"***

***"EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PEDIDO DE APRESENTADO DENTRO DO QUINQUÍDIO LEGAL. PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. LESÃO CORPORAL. LESÃO CORPORAL GRAVE. DEFORMIDADE PERMANENTE. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO FUNDAMENTADO. DESCRIÇÃO DA CONDUTA DE CADA ACUSADO. PROVAS COLHIDAS NA ESFERA POLICIAL E NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DETRAÇÃO. TEMPO DE PRISÃO INSUFICIENTE PARA A ALTERAÇÃO DO REGIME FIXADO. JUNTADA DA CÓPIA DO ACÓRDÃO PROLATADO NA ORIGEM. NULIDADES. TEMAS NÃO APRECIADOS PELO***

TRIBUNAL DE ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ANÁLISE DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. Não há ilegalidade se o regime inicial fechado para o cumprimento de pena foi fixado em razão de terem sido reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira fase de dosimetria, consoante previsto no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

[...]

7. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá parcial provimento, para determinar que o Tribunal de origem aprecie o mérito do writ originário (HC n. 0008122-47.2016.8.08.0000/ES).

(EDcl no HC 407.709/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 18/02/2019)"

Desse modo, verifica-se que o regime inicial fechado mostra-se adequado e proporcional ao caso, não havendo o que reparar.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do writ, contudo, **concedo o habeas corpus, de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, **a fim de reduzir a pena-base, redimensionando a reprimenda definitiva para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses** de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se.

Brasília (DF), 23 de setembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator