

HABEAS CORPUS Nº 517.931 - SP (2019/0184255-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO DIAZ NAPOLITANO - SP236733
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL ALEXANDRE VIEIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GABRIEL ALEXANDRE VIEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0006449-75.2017.8.26.0099).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I, II, IV e V, do Código Penal (e-STJ fls. 46/51).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 16/36), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO – Autoria e materialidade delineadas – Condenação mantida – Pena bem dosada – Atos infracionais como fundamento idôneo para a personalidade transviada – Tatuagem apenas como mais um “ponto” de argumentação – Menoridade e confissão valoradas – Montante das quatro majorantes ameno e proporcional, até por que foram essenciais para o cometimento do delito – Regime inicial fechado – Circunstâncias do caso concreto – Circunstâncias judiciais não inteiramente favoráveis – Recurso desprovido.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/14), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que aumentou a pena em excessiva fração, na terceira fase da dosimetria, com base na mera indicação do número de majorantes, o que vulnerou o Enunciado

da Súmula n. 443/STJ.

Além disso, aduz que o regime inicial fechado foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito, fundamento que reputa inidôneo.

Ao final, formula pedido liminar para que o paciente aguarde em regime semiaberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que a sua pena seja reduzida, além do estabelecimento do regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ fls. 102/103.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 109/118, pelo não conhecimento do *habeas corpus*, na forma da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO QUADRUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ADEQUAÇÃO À SÚMULA 443 DO STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

– A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o habeas corpus não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

– No caso em cotejo, as instâncias ordinárias fixaram a fração de aumento em 7/16, alinhadas ao entendimento jurisprudencial cristalizado na Súmula nº 443 do STJ, de forma devidamente fundamentada e atenta às peculiaridades do caso concreto.

– Cabe ao magistrado, de forma atenta às peculiaridades do caso concreto, fixar o regime prisional que mais se amolda aos ditames e finalidades da pena, ao teor dos disposto no § 3º c/c

Superior Tribunal de Justiça

as alíneas “a”, “b” e “c” do § 2º do art. 33 do CP, notadamente, neste particular, a periculosidade social do agente e a gravidade concreta da conduta.

– Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

É o relatório. **Decido.**

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que julgou o apelo defensivo, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, enseja a hipótese do recurso especial.

Dessa forma, o *habeas corpus* em tela não merece conhecimento.

Contudo, a coação ilegal apontada na inicial será analisada, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

A defesa se insurge contra o *quantum* de incremento punitivo aplicado na terceira fase da dosimetria da pena do paciente, o qual teria levado em consideração apenas o critério quantitativo do número das causas de aumento e contra o recrudescimento do regime inicial de cumprimento da reprimenda.

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, as instâncias locais assim fundamentaram a majoração da reprimenda na fração de 7/16 (e-STJ fl. 50):

Na terceira fase de aplicação de pena, ante as várias causas de aumento de pena, especialmente, considerando-se o emprego de duas armas, o tempo de duração da restrição da liberdade da vítima (157, § 2º, incisos I, II, IV e V, do CP), aumento a pena em 7/16 e chego a 5 anos, 9 meses de reclusão e pagamento de 14 dias-multa.

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 do excerto acima transcrito, verifica-se que as instâncias ordinárias ofertaram motivação concreta para a adoção de fração superior à mínima, consubstanciada nas circunstâncias em que o delito ocorreu, quais sejam, com o concurso de agentes, emprego de duas armas de fogo, e restrição de liberdade da vítima, 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 SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. TERCEIRA FASE*

DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR À 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443/STJ.

NÃO APLICAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 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.

III - Na espécie, o Tribunal de origem, ao fundamentar a aplicação da fração de três oitavos referente às majorantes, consignou "a utilização de 2 (duas) armas de fogo, a evidenciar maior periculosidade da ação criminosa, a execução do delito em concurso de pessoas e com divisão de tarefas, ensejam maior censura penal, visto que o emprego de artefatos bélicos e a organização qualitativa dos agentes permitiu o sucesso da empreitada criminosa, notadamente a subjugação de 2 (duas) vítimas (Wanderleia e J.P.L.) e a fuga na posse mansa e pacífica da res furtiva." Com efeito, verifica-se que não foi considerado somente o critério numérico das majorantes, mas houve a devida fundamentação concreta, em consonância com jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior.

Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. (HC 483.516/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 11/02/2019) - (grifei)

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 2/5 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.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- 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 2/5, ante as majorantes do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pois as instâncias ordinárias fundamentaram a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do delito, quais sejam, ação praticada em concurso de agentes e com o emprego de duas armas de fogo, o que demonstra a reprovabilidade concreta da conduta, a ensejar uma maior resposta penal. Precedentes.

- 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. - Na espécie, observa-se que, não obstante o paciente seja primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o regime inicial fechado restou fixado com base na gravidade concreta do delito, consistente no fato de o crime ter sido praticado em concurso de agentes, com uso de duas armas de fogo,

denotando não só a maior periculosidade do agente, mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, de modo que inexistente o apontado constrangimento ilegal sustentado pela defesa.

Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 403.536/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

Quanto ao regime, assim foi fundamentado o seu recrudesimento (e-STJ fl. 50):

[...]

Atenta às circunstâncias especiais que envolveram os fatos em discussão, especialmente o concurso de agentes, o emprego de duas armas de fogo, a fuga com a vítima tendo sua liberdade restringida, bem como não se ignorando o fato de já ter o acusado permanecido detido na Fundação Casa, por delito anterior, é certo que o regime inicial fechado é o único capaz de frear suas ações voltadas para a prática de crime.

[...]

Dessa forma, extrai-se que o recrudesimento do regime baseou-se em circunstâncias concretas, pela gravidade do *modus operandi* da prática criminosa, a qual envolveu o concurso de agentes, o uso de duas armas de fogo e a restrição de liberdade das vítimas. Acrescente-se, ainda, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Em consequência, o regime inicial fechado, mais severo do que a pena aplicada comporta, foi fixado com fundamentação idônea.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL

DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES NOS AUTOS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. "A personalidade do agente resulta da análise do perfil subjetivo do paciente, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia" (HC 443.678/PE, Rel.

Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/3/2019, DJe 26/3/2019). No caso dos autos, o fundamento das instâncias ordinárias para desvalorar o vetor da personalidade foi o fato de o paciente Cícero ter praticado o delito quando ainda cumpria pena por outro crime, estando foragido da Justiça, mostrando-se idôneo e em consonância com o entendimento desta Corte Superior de Justiça. Precedentes.

3. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, o enunciado sumular n. 443 desta Corte. In casu, o aumento na terceira fase da dosimetria em patamar acima do mínimo legal de 1/3 foi devidamente justificado pelo magistrado sentenciante, tendo em vista as circunstâncias concretas do delito, praticado com utilização de armas de fogo e em comparsaria, que, certamente reduz sobremaneira qualquer possibilidade de resistência ou reação por parte das vítimas, o que demonstra uma maior reprovabilidade na

conduta dos pacientes, justificando o aumento superior a 1/3.

4. É firme 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 - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "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." No caso em apreço, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente Vitor seja primário, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 5 anos e 6 meses de reclusão, foi estabelecido o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos. Consignou-se na origem a gravidade do delito, praticado à mão armada, mostrando-se a ousadia dos pacientes, que agiram em comparsaria com mais um indivíduo, contra duas mulheres, reduzindo por completo a capacidade de resistência, subtraíram suas bolsas, um veículo e uma aliança, o que denota uma maior reprovabilidade na conduta do paciente Vitor, cabendo ao julgador a fixação de regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

5. Mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito. Precedente.

6. Inexiste flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar dos pacientes para fixação do regime inicial, pois não constam nos autos informações suficientes a respeito do efetivo tempo em que os pacientes ficaram presos cautelarmente. Dessa forma, caberá ao Juízo das Execuções, como determinou o Tribunal a quo, examinar se o tempo de prisão cautelar dos pacientes autoriza a fixação de regime mais brando. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 496.752/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019).

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO
DUPLAMENTE MAJORADO. EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO**

PELO CRIME DE ROUBO NA TERCEIRA FASE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO NA FRAÇÃO DE 3/8. ASPECTO QUALITATIVO DAS MAJORANTES. VIOLAÇÃO DO ENUNCIADO SUMULAR N. 443 DO STJ. INOCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da reprimenda, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi, inclusive, expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- In casu, apesar de o relator fazer menção ao número de qualificadoras, também se referiu ao aspecto qualitativo das majorantes consubstanciado em dados concretos dos autos, haja vista o fato de o delito haver sido cometido em concurso de dois agentes, ambos portando armas de fogo, e mediante ameaças de morte e agressões físicas infligidas à vítima (e-STJ fls. 19 e 38).

- A gravidade concreta da conduta praticada pelo paciente, a qual foi devidamente evidenciada pelas instâncias de origem, é fundamento idôneo para recrudescer o regime prisional, tendo em vista que a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou, ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta.

- Agravo regimental não provido (AgRg no HC 482.903/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019).

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator