HABEAS CORPUS Nº 562.191 - RJ (2020/0039021-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO LUIS ANTONIO SANTOS DE OLIVEIRA - RJ055055
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	GIOVANNA AGOSTINHO DA SILVA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** com pedido liminar impetrado em favor de GIOVANNA AGOSTINHO DA SILVA contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** no julgamento da Apelação n. 0021526-79.2018.8.19.0004.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incursa nas sanções do art. 157, §2º, I, II e V do CP, às penas de 07 (sete) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime fechado, além de 85 (oitenta e cinco) dias-multa (fls. 37-51).

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelações perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento aos recursos, para redimensionar as sanções finais para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 69-79.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no tocante ao quantum de aumento de pena estabelecido para as majorantes dos incisos I, II e V do art. 157, § 2º, CP, além de fixar de modo equivocado o regime fechado para o cumprimento inicial da pena.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixado o regime **semiaberto** para início de cumprimento da pena, estabelecendo, ainda,

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 3329B67E-91A6-4C99-AF72-AC531BCD25DF

a fração mínima legal de 1/3 (um terço) para exasperação das majorantes, na terceira fase da dosimetria.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 82-83.

Informações prestadas às fls. 90-100 e 105-107.

O Ministério Público Federal, às fls. 116-123, manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

> *"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO A 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO.*
>
> *- ESTIPULAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA COM BASE NO NÚMERO DE CIRCUNSTÂNCIAS MAJORANTES. CRITÉRIO PURAMENTE MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.*
>
> *- FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA, AUSÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E EM ELEMENTARES DO TIPO. PENA ABAIXO DE 8 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO.*
>
> *Pela concessão da ordem"* (fl. 116).

É o relatório.

Decido.

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.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 3329B67E-91A6-4C99-AF72-AC531BCD25DF

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena **caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório**. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo o seguinte excerto do v. acórdão impugnado quanto ao tema, **verbis**:

"No último estágio dosimétrico, considerando as circunstâncias do evento concreto, sobretudo o emprego de mais de uma arma de fogo e o concurso de mais de dois agentes na prática subtrativa, situação reveladora de qualificada ousadia e reprovabilidade, justificável se mostra a imposição da fração de 3/8 pelas majorantes, ciente de que, na linha da orientação do STJ, "a prática do delito em concurso com três agentes é fundamento apto a justificar a escolha do quantum de 3/8 na terceira fase da dosimetria" (STJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., Ag no HC 367899/RJ, julg. em 06.02.2018), assim como "o emprego de duas armas de fogo, denota a necessidade de maior resposta penal e, por isso, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo" (STJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., HC 291239/SP, julg. em 13.06.2017).

Nesse contexto, promovo o aumento de 3/8, estabilizando as sanções em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa, no valor mínimo legal, as quais tornam-se definitivas à míngua de novas operações.

Por derradeiro, sabe-se que o regime prisional é fixado segundo as regras do art. 33 do Código Penal, sob o influxo do princípio da proporcionalidade (STJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., HC 243239/MS, julg. em 20.11.2012).

Em casos como tais, atento ao volume de pena, há de ser mantido o regime fechado, já que a orientação do STF tem sido firme no sentido de que "o emprego de arma de fogo, circunstância objetiva do caso concreto vinculada à maneira de agir do acusado, constitui fundamento idôneo para a imposição do regime inicial fechado, mesmo na hipótese de a pena-base haver

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 3329B67E-91A6-4C99-AF72-AC531BCD25DF

sido fixada no mínimo legal" (STF, Rel. Min. Roberto Barroso (desig.), 1ª T., HC 132802, julg. em 05.09.2017). Daí a complementação do STJ no mesmo sentido, aduzindo que, "mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal" (STJ, Rel. Min. Regina Costa, 5ª T., HC 294429/SP, julg. em 26.08.2014)" (fls. 78-79).

Quanto a fração de aumento pelas majorantes, nos termos do Enunciado n. 443 da Súmula/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."*

In casu, entendo que há motivação idônea para manter a fração superior a 1/3 (um terço), haja vista que consta dos autos a expressa menção ao número de agentes e ao números de armas utilizadas na empreitada criminosa ***"sobretudo o emprego de mais de uma arma de fogo e o concurso de mais de dois agentes na prática subtrativa, situação reveladora de qualificada ousadia e reprovabilidade, justificável se mostra a imposição da fração de 3/8 pelas majorantes"***, o que extrapola a mera descrição dos elementos próprios do tipo penal em questão.

Desse modo, com a fixação do **quantum** de aumento de pena determinada por critério não exclusivamente quantitativo, **mas com referência a elementos concretos dos autos**, não há que falar em fundamentação inidônea que autorizasse a concessão da ordem de ofício, neste ponto.

No mesmo sentido, o seguinte precedente:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA.* ***APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443/STJ. NÃO APLICAÇÃO.*** *REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 3329B67E-91A6-4C99-AF72-AC531BCD25DF

pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

2. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de três majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - o acusado, juntamente com outros 2 agentes, utilizou uma arma para interceptar as vítimas restringindo suas liberdades por pelo menos 80 minutos. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

3. A jurisprudência desta Corte, quanto à fixação do regime prisional, firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um modus operandi que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

4. No caso, a presença de três agentes e emprego de arma de fogo, além da restrição da liberdade das vítimas por tempo considerável, são circunstâncias que extrapolam o tipo do roubo, podendo esses elementos serem utilizados para justificar o regime mais gravoso.

5. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC 440.573/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 25/05/2018, grifei).

No tocante ao regime prisional, verifica-se que não assiste razão a impetrante. Isso porque, diante da fundamentação oferecida pelo v. acórdão impugnado, não verifico a apontada ilegalidade na fixação do regime inicial **fechado**, uma vez que há, **nos autos**, dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime (fl. 79).

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, o que ensejaria violação dos enunciados das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF, como alegado pela defesa do paciente.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 3329B67E-91A6-4C99-AF72-AC531BCD25DF

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EMPREGO DE ARMA E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.

2. A interpretação sistemática do artigo 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena permitem tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada.

3. No caso vertente, a valoração das causas especiais de aumento atinente ao emprego de arma e à restrição da liberdade vítima ensejou o aumento da pena-base um pouco acima do mínimo legal (de 4 anos foi elevada para 4 anos e 6 meses de reclusão), quando, se considerada na terceira etapa da dosimetria da pena, poderia permitir o aumento da reprimenda de até metade.

4. ***Diante da fundamentação oferecida pelas instâncias de origem, não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontado dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o fato de o réu haver usado arma de fogo e restringido a liberdade da vítima –, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).***

*5. Agravo regimental não provido" (*AgRg no REsp n. 1.551.168/AL, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2016, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RÉU REINCIDENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO.INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO STJ.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 3329B67E-91A6-4C99-AF72-AC531BCD25DF

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante deverá observar, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). ***Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal.***

2. Nesse contexto, não se observa a existência de constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado para o início do cumprimento da sanção aplicada, pois, embora a pena imposta ao paciente seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, sua condição de reincidente, somada à análise desfavorável da circunstância judicial relativa aos antecedentes, impede a aplicação do disposto na Súmula n. 269 desta Corte. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 383.158/MG, **Sexta Turma,** Rel. Min. **Antonio Saldanha Palheiro**, DJe de 28/8/2017, grifei).

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, havendo **fundamentação concreta**, e diante das **circunstâncias do caso**, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena.

Nesse sentido o seguinte precedente da col. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE, EM TESE. ANÁLISE DE CADA CASO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 3329B67E-91A6-4C99-AF72-AC531BCD25DF

ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETADA À SEÇÃO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento, cabendo a análise de flagrante ilegalidade.

2. ***A Terceira Seção decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso.***

3. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade, haja vista que a Corte estadual invocou concretamente as circunstâncias do delito para justificar o regime prisional fechado, em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foi indicada a concreta gravidade do crime (tentativa de matar mulher grávida de 4 meses, valendo-se das relações domésticas, mediante meio cruel e motivo fútil, inclusive na presença do filho de 4 anos da vítima e mediante "roleta russa").

4. Writ não conhecido" (HC n. 362.535/MG, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 8/3/2017).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 1º de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 3329B67E-91A6-4C99-AF72-AC531BCD25DF