HABEAS CORPUS Nº 488.632 - SP (2019/0005514-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO GUILHERME DINIZ BARBOSA - SP0308865
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CARLOS EDUARDO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	:	EMERSON MARINHO DO NASCIMENTO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CARLOS EDUARDO DA SILVA e EMERSON MARINHO DO NASCIMENTO, em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim ementado (fl. 21):

> ROUBO CIRCUNSTANCIADO - Preliminar de nulidade - Sentença que não se calca exclusivamente no silêncio dos réus, interrogados em solo policial, a fundamentar a culpa - Condenação que se ampara no conjunto da prova - Nulidade não verificada - Quadro probatório que se mostra seguro e cocso para evidenciar autoria e materialidade - Firme e cocso relato das vítimas, com reconhecimento pessoal de ambos os réus - Causas de aumento de pena comprovadas - Concurso formal de crimes caracterizado - Pena criteriosamente estipulada, justificado o regime inicial fechado - Recurso improvido (voto n.° 38413).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados pela 6ª Vara Criminal de Barra Funda, Emerson à pena de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 49 dias-multa; e Carlos à pena de 8 anos, 7 meses e 3 dias de reclusão e 61 dias-multa, ambos em regime fechado, como incursos no art. 157, § 2º, I e II do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação que foi desprovido pelo Tribunal de origem.

Alega a impetrante, em suma, que houve majoração indevida pelas causas de aumento de pena, que a fração aplicada pelo concurso formal de crimes deve ser alterada para 1/5 e que foi aplicado regime inicial mais gravoso, para o paciente Emerson, sem a devida fundamentação.

Requer, assim, o redimensionamento da pena e a fixação do regime inicial semiaberto para o paciente Emerson.

A liminar foi indeferida (fls. 39/40).

As informações foram prestadas (fls. 45/61).

O parecer do Ministério Público foi pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem.

É o relatório.

DECIDO.

Conforme relatado, a defesa requer que sejam reduzidas as frações de aumento de pena na terceira fase da dosimetria, em seu patamar mínimo, reduzido para 1/5 o aumento do concurso formal e seja fixado regime inicial semiaberto para o paciente Emerson.

O acórdão manteve a sentença pelos seguintes fundamentos (fls. 29/):

> [...].As penas foram dosadas de modo criterioso, em exercício da individualização da pena, razão pela qual devem prevalecer como calculadas.
> A pena-base de Carlos Eduardo foi estipulada no piso, seguida do agravamento de ¼ em razão da dupla reincidência (duas condenações pela prática do crime de receptação: processo n.º 0027865-67.2008, da 28ª Vara Criminal da Capital, transitada em julgado em 21/11/13 fl. 175; e processo n.º 97.679/06 24ª Vara Criminal da capital, transitada em julgado em 07/12/12 fls. 176/177), seguida do aumento de ¼ pelo concurso formal de crimes, atingidos que foram três patrimônios pela prática do crime, e do aumento de 3/8 pela presença das duas causas de aumento de pena, alcançada a reprimenda definitiva de 06 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão.
> Inviável o reconhecimento do crime único, buscado pela defesa o afastamento do concurso formal de delitos, na medida em que os réus, mediante uma única ação, praticaram três crimes da mesma natureza, subtraídos bens da pizzaria e das vítimas Maurílio e Edinaldo, de modo que correto é o reconhecimento do concurso formal de crimes (art. 70, do CP), eleita pelo Juízo fração de aumento proporcional ao número de vítimas.
> E a fração eleita para o aumento das penas em razão das majorantes deve prevalecer porque é proporcional à relevância e incidência das duas causas de aumento de pena comprovadas nestes autos.
> O crime foi cometido em concurso de agentes e, além disso, com emprego de arma de fogo.
> Neste quadro, iníquo seria a aplicação da menor fração de aumento embora presentes duas majorantes, contemplando-se situações diferentes com o mesmo apenamento, já que a presença de mais de uma majorante reforça a incapacidade ou redução da capacidade de reação das vítimas.
> Com relação a Emerson, foi a pena-base estipulada no piso, mantida a provisória tal qual a base, seguida do aumento de ¼ pelo concurso formal de crimes e da elevação da reprimenda em 3/8 pela presença das duas majorantes.
> Deve prevalecer o aumento da pena em razão do concurso formal de crimes, eleita fração de aumento proporcional ao número de vítimas, bem como a majoração da reprimenda pela presença das duas causas de aumento, pelos fundamentos já expostos. As penas foram dosadas de modo criterioso, em exercício da individualização da pena, razão pela qual devem prevalecer como calculadas.
> A pena-base de Carlos Eduardo foi estipulada no piso, seguida do agravamento de ¼ em razão da dupla reincidência (duas condenações pela prática do crime de receptação: processo n.º 0027865-67.2008, da 28ª Vara

Criminal da Capital, transitada em julgado em 21/11/13 fl. 175; e processo n.º 97.679/06 24ª Vara Criminal da capital, transitada em julgado em 07/12/12 fls. 176/177), seguida do aumento de ¼ pelo concurso formal de crimes, atingidos que foram três patrimônios pela prática do crime, e do aumento de 3/8 pela presença das duas causas de aumento de pena, alcançada a reprimenda definitiva de 06 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão.

Inviável o reconhecimento do crime único, buscado pela defesa o afastamento do concurso formal de delitos, na medida em que os réus, mediante uma única ação, praticaram três crimes da mesma natureza, subtraídos bens da pizzaria e das vítimas Maurílio e Edinaldo, de modo que correto é o reconhecimento do concurso formal de crimes (art.

70, do CP), eleita pelo Juízo fração de aumento proporcional ao número de vítimas.

E a fração eleita para o aumento das penas em razão das majorantes deve prevalecer porque é proporcional à relevância e incidência das duas causas de aumento de pena comprovadas nestes autos.

O crime foi cometido em concurso de agentes e, além disso, com emprego de arma de fogo.

Neste quadro, iníquo seria a aplicação da menor fração de aumento embora presentes duas majorantes, contemplando-se situações diferentes com o mesmo apenamento, já que a presença de mais de uma majorante reforça a incapacidade ou redução da capacidade de reação das vítimas.

Com relação a Emerson, foi a pena-base estipulada no piso, mantida a provisória tal qual a base, seguida do aumento de ¼ pelo concurso formal de crimes e da elevação da reprimenda em 3/8 pela presença das duas majorantes.

Deve prevalecer o aumento da pena em razão do concurso formal de crimes, eleita fração de aumento proporcional ao número de vítimas, bem como a majoração da reprimenda pela presença das duas causas de aumento, pelos fundamentos já expostos.

Correta a manutenção da provisória tal qual a básica, em que pese a presença da atenuante da confissão eis que “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”, nos termos da Súmula n.º 545, do Superior Tribunal de Justiça, porque “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, conforme a Súmula n.º 231, do também do STJ.

Ausente combate à pena de multa como estipulada, anota-se que calculada criteriosamente, merecendo prevalecer.

Finalmente, **deve prevalecer o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.**

Para a fixação do regime de cumprimento de pena deve o magistrado, verificando a quantidade da pena e com base no artigo 33, § 3º, do Código Penal, sopesar os critérios previstos no artigo 59 do mesmo Código e estabelecer o regime penitenciário.

Mesmo não sendo a quantidade da pena, por si só, que determina o regime, há necessidade de motivação idônea quando se opta pelo mais severo (STF,

> Súmula 719 1). E a justificativa não pode se basear unicamente na gravidade do delito (STF, Súmula 718 2), pois, fosse essa a intenção do legislador, bastaria a anotação na lei de que, para o crime de roubo, o regime seria o fechado.
> No caso dos autos, com relação a Carlos Eduardo, em razão do montante da pena e da comprovada reincidência (art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal), correta a imposição do regime inicial fechado.
> E com relação a Emerson, embora tão só considerado fosse o montante da pena imposto seria o regime intermediário (art. 33, §2º, alínea "b", do CP), com fundamento no art. 33, §3º, do CP, correta se mostra a imposição do regime inicial fechado, na medida em que, agindo em comparsaria e com emprego de arma de fogo submeteram ao menos duas vítimas -- que de modo digno e honesto, através do trabalho, auferiam seu sustento-- ao crivo de mira de arma de fogo e subtraíram dinheiro do estabelecimento comercial e os aparelhos de telefone celular das vítimas, fatos estes, verificados nos autos e também pertinentes a Carlos Eduardo, que demonstram ser o regime inicial fechado necessário para que a pena se efetive como suficiente à prevenção e reprovação do crime.
> Por estes fundamentos, mesmo que considerado fosse o tempo de prisão processual cumprida, mantido seria o regime inicial fechado.[...].

A sentença condenatória, possui os seguintes fundamentos quanto à dosimetria (fls. 17/18):

> [...]. Passo a dosar a pena a ser imposta.
> As certidões encartadas a fls.175 e 176/177 serão consideradas para fins de reincidência de Carlos Eduardo.
> **Assim, atendendo aos critérios norteadores do 59 do Código Penal, fixo a pena base em seu mínimo legal, ou seja, quatro anos de reclusão e dez dias multa.**
> Em razão da **reincidência do réu Carlos Eduardo, agravo a pena em ¼ (duas condenações definitivas), totalizando cinco anos de reclusão e doze dias multa**.
> Não houve confissão do acusado **Emerson**, uma vez que a versão por ele apresentada não retratou a verdade real dos fatos. Não obstante, **pena base fixada no mínimo legal** não comporta redução por força de circunstância atenuante.
> No mesmo contexto, numa única ação, os acusados subtraíram pertences de duas pessoas e da pizzaria. Logo, "Roubar concomitantemente vítimas diversas, num mesmo contexto fático, através de uma mesma ação composta de um mesmo processo intimidatório e de atos subseqüentes de subtração em relação a cada vítima, configura o concurso formal" (TACRIM-SP - AC - Rel. Camargo Sampaio - JUTACRIM 61/299). Assim, em se tratando de concurso formal de crimes, pela regra do artigo 70 do Código Penal **aumento a pena em mais ¼ - três patrimônios violados.**
> No tocante a pena pecuniária, a regra a ser observada é a prevista no artigo 72 do Código Penal.
> **Pelo reconhecimento de duas qualificadoras, o que torna a conduta mais**

> **grave e merecedora de resposta penal mais severa, já que as vítimas suportaram constrangimento maior, aumento a pena em 3/8**, tornando-a definitiva para o réu Carlos em oito anos, sete meses e três dias de reclusão e sessenta e um dias multa, e para o réu Emerson em seis anos, dez meses e quinze dias de reclusão e quarenta e nove dias multa, calculada a unidade em seu mínimo legal.[...].

Como é consabido, em regra não se presta o *habeas corpus* à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica. A propósito: STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe de 01/09/2011, HC 252.449/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014.

No caso, constou da sentença que as reprimendas deveriam ser majoradas *pelo reconhecimento de duas qualificadoras, o que torna a conduta mais grave e merecedora de resposta penal mais severa, já que as vítimas suportaram constrangimento maior, aumento a pena em 3/8* (fl. 18).

Verifica-se, assim, a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto o estabelecimento de fração acima da mínima legal, na terceira fase da dosimetria, deu-se, na espécie, tão só pela incidência de duas majorantes – emprego de arma e concurso de agentes –, com base no critério matemático.

E, conforme o entendimento cristalizado na Súmula 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.*

Nesse mesmo sentido, os seguintes precedentes:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DAS DUAS MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 443. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE AS TRÊS CONDUTAS PERPETRADAS. EXASPERAÇÃO DE 1/5 CABÍVEL. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.
> [...]
> 3. O acórdão aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Incide, portanto, à espécie o disposto na

> Súmula 443 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."
> [...]
> *5. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de determinar que o Juízo de 1ª grau proceda à nova dosimetria das penas, reconhecendo a incidência do aumento de 1/3 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo e em 1/5 pela continuidade delitiva, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.* (HC 356.275/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016), com destaques.
>
> PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO INTERNO QUE NÃO COMBATEU O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VETORIAL DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO RESTITUIÇÃO DA COISA À VÍTIMA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL. TERCEIRA FASE DA DOSAGEM PENAL. FIXAÇÃO DO PERCENTUAL EM 3/8 EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443/STJ. PENA FINAL REDUZIDA. REGIME INICIAL REAJUSTADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.
> [...]
> 3. **"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 443 da Súmula deste STJ.**
> *4. Agravo regimental não conhecido. Habeas Corpus concedido de ofício.* (AgRg no AREsp 982.190/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016), com destaques.

Dessa forma, deve ser aplicado o aumento na terceira fase da dosimetria em seu patamar mínimo, qual seja, 1/3 (um terço).

Passo, então, ao redimensionamento da pena do crime de roubo do paciente.

Adotando os mesmos critérios da origem relacionados ao crime de roubo, mantida as penas-bases dos acusados no mínimo legal, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, a pena deve ser exasperada, na segunda etapa, em 1/4 em relação ao réu Carlos, em razão da reincidência (duas condenações definitivas - fl. 17), totalizando, para este, 5 anos de reclusão e 12 dias-multa,

não havendo mais agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, inexistindo minorantes e presentes as majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes, a pena deve ser aumentada na fração de 1/3, nos termos da fundamentação supra, tornando as penas definitivas em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 16 dias-multa, para Carlos, e 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, para Emerson.

No tocante à fração de aumento referente ao concurso formal, conforme entendimento firmado por esta Corte, o aumento deve ser feito de acordo com o número de crimes cometidos, sendo que a prática de três infrações (fl. 18) autoriza a exasperação da pena no percentual de 1/5 (um quinto). Nesses termos: HC 186.856/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015; HC 294.143/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/2014, DJe 29/09/2014; HC 227.874/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014.

Com efeito, por força do concurso formal, aplico o aumento de 1/5, mantidos os demais termos do édito condenatório restando a pena definitiva em 8 anos e 20 dias-multa, para Carlos, e 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 15 dias-multa, para Emerson.

Fixa-se o regime fechado para Carlos e semiaberto para Emerson, nos termos do art. 33, § 2º, "a" e "b", do Código Penal.

Note-se que houve a fixação do regime fechado ao réu primário, Emerson, conforme consta de consulta de antecedentes criminais a fls. 34/35, tão somente em virtude da gravidade abstrata do delito de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma, é vedada nos termos do disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *verbis*:

> Súmula 440/STJ: *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.*
>
> Súmula 718/STF: *A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.*
>
> Súmula 719/STF: *A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus*, para fixar a pena de **Carlos** em 8 anos de reclusão e 20 dias-multa, mantendo regime prisional fechado;

Emerson em 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 15 dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 09 de abril de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator