HABEAS CORPUS Nº 496.208 - SP (2019/0061515-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAMILA UNGAR JOÃO - SP315527
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ANDRE LUIS DOS SANTOS GALDINO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. APREENSÃO E PERÍCIA NA ARMA. DESNECESSIDADE. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DE 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO A 1/3. REGIME FECHADO. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **Andre Luis dos Santos Galdino**, em que se aponta como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação n. 0004885-48.2016.8.26.0050 – fls. 205/212).

Depreende-se dos autos que o Juízo de Direito da 26ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP julgou procedente a acusação para condenar o paciente como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, a cumprir pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 14 dias-multa, vedado o recurso em liberdade (fls. 121/127).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo*, por unanimidade, deu parcial provimento para readequar a reprimenda ao patamar de 5 anos e 6 seis meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 13 dias-multa, subsistindo, no mais a decisão recorrida. Eis a ementa (fl. 206):

> APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo majorado consumado - Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas - Prova robusta a admitir a condenação do réu - Penas readequadas - Regime inicial fechado devido - Réu reincidente - Recurso provido em parte.

Neste Tribunal Superior, a Defensoria Pública almeja, liminarmente e no

mérito, *seja afastada a incidência da majorante relativa à arma de fogo, fazendo incidir, na terceira fase da dosimetria, a causa de aumento do artigo 157, § 2º, do Código Penal, em seu patamar mínimo (um terço) e fixando-se, no máximo, o regime semiaberto para início de cumprimento da pena* (fls. 14/15).

Liminar indeferida (fls. 226/228), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 232/234).

É o relatório.

Quanto ao pretendido afastamento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo, a *Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma, prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal (antiga redação), prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo. [...] No caso, embora a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, tendo a instância ordinária, com base no acervo probatório, concluído pela sua efetiva utilização, [...], afigura-se legal a incidência da respectiva majorante* (HC n. 481.016/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/02/2019).

Todavia, na terceira fase da dosimetria da pena, assim decidiram as instâncias ordinárias (fls. 126 e 211):

> O crime foi cometido com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, pelo que se impõe o aumento determinado pelo artigo 157, §2º, inciso I e II, do Código Penal. Verifico que o emprego de arma de fogo e a divisão de tarefas entre o réu e seu comparsa facilitou a obtenção do resultado buscado. Tais circunstâncias autorizam a elevação da pena base com fundamento nas duas qualificadoras, pois fazem necessária uma resposta estatal mais rigorosa, como medida preventiva a não se estimular a prática de crimes mais grave. Por tais motivos, a pena do réu deve ser majorada na proporção de 3/8, resultando seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e pagamento de catorze dias-multa.

Como se vê, a reprimenda foi aumentada em 3/8, tão somente em virtude do fato de o crime ter sido cometido com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, bem como em razão da gravidade abstrata do crime de roubo, o que não configura fundamentação idônea e contraria a jurisprudência desta Casa, sintetizada na

Súmula 443/STJ, *in verbis*: *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.*

Dessa forma, as reprimendas deverão sofrer, nesta fase, um aumento de 1/3 apenas, sendo fixadas, definitivamente, em 5 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa.

Mantenho o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, em virtude da reincidência do paciente.

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem tão somente a fim fixar a reprimenda imposta ao paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 13 dias-multa.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator