HABEAS CORPUS Nº 502.195 - SP (2019/0093915-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP0320176
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CLAUDEMIR COELHO DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES ANTERIORES ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TERCEIRA FASE. USO DE ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. OUTRAS PROVAS EM DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA EM 2/5. AUSÊNCIA DE IDÔNEA FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA. CRITÉRIO NUMÉRICO. REDUÇÃO AO MÍNIMO DE 1/3. REDIMENSIONAMENTO DA PENA FINAL. REGIME FECHADO. Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Claudemir Coelho da Silva**, em que se aponta como autoridade coatora a Nona Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, I, II e IV, do Código Penal, à pena de 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, em regime fechado, e 15 dias-multa (fls. 35/42).

Em sede de apelação (Apelação Criminal n. 0058435-21.2017.8.26.0050/SP), a defesa apontou excesso na pena-base e pediu também o afastamento da causa de aumento, relativa ao emprego de arma de fogo, por não ter havido perícia nos autos. A Nona Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso (fls. 73/88). Esta, a ementa do acórdão impugnado (fl. 74):

> APELAÇÃO CRIMINAL. Roubo majorado. Concurso de pessoas. Emprego de arma de fogo. Restrição da liberdade das vítimas. Sentença condenatória. Defesa

> pleiteia a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pede a desclassificação para receptação, a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento das causas de aumento do emprego da arma de fogo e da restrição da liberdade das vítimas, e a aplicação do regime inicial semiaberto Impossibilidade. Autoria e materialidade suficientemente demonstradas. Comprovada a participação do réu no roubo especificado na denúncia. Causas de aumento devidamente caracterizadas. Dispensável a apreensão da arma. Vítimas ficaram em poder do réu e de seus comparsas por período considerável de tempo. Dosimetria inalterada. Circunstâncias concretas do caso justificam a fixação das basilares acima do mínimo legal. Mantido o regime inicial fechado. Recurso improvido.

Opostos embargos de declaração, esses não foram conhecidos (fls. 95/96).

No presente *habeas corpus*, a impetrante aponta excesso na elevação da pena e afirma que não houve idônea fundamentação (fls. 3/20). Alega que os maus antecedentes foram considerados por condenações muito antigas, alcançadas pelo período depurador que versa o art. 64, I, do Código Penal, e que não poderiam mais ser utilizadas em desfavor do réu, tanto para maus antecedentes como para reincidência (fls. 3/20).

Afirma que não há laudo pericial e, consequentemente, deve-se afastar a majorante do emprego da arma de fogo. Sustenta, ainda, ofensa à Súmula 443/STJ, pelo aumento da pena em razão de número de majorantes.

Decisão deste Relator indeferindo a liminar (fls. 118/120).

Parecer ministerial opinando pela denegação da ordem (fls. 202/210).

É o relatório.

Aqui, aponta-se excesso na elevação da pena e afirma-se que não houve idônea fundamentação (fls. 3/20). Alega-se que os maus antecedentes foram considerados por condenações muito antigas, alcançadas pelo período depurador que versa o art. 64, I, do Código Penal, e que não poderiam mais ser utilizadas em desfavor do réu, tanto para maus antecedentes como para reincidência.

Na hipótese, o veículo roubado pelo paciente, um caminhão, estava na posse do motorista e de um auxiliar, quando foram abordados. O veículo continha uma carga avaliada em R$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais) e, após o roubo, foi transportado para um depósito. Pelo que constou dos autos, o paciente teria sido o responsável por alugar um depósito onde parte dos bens subtraídos ficou armazenada. Posteriormente, dirigiu-se

para um estacionamento em que (devido à existência de um rastreador no caminhão roubado) foi abordado por policiais quando transferia o restante da carga roubada para um outro caminhão e, então, foi preso em flagrante.

Não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes do paciente, pois, ainda que ultrapassado o período depurador, condenações anteriores poderão ser consideradas para elevação da pena-base, como maus antecedentes, e não como agravante de reincidência.

Com efeito, *à luz do art. 64, inciso I, do Código Penal, ultrapassado o lapso temporal superior a 5 anos entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, as condenações anteriores não prevalecem para fins de reincidência mas podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal* (AgInt no REsp n. 1.716.818/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 14/3/2018).

Nesses termos, não há ilegalidade no julgado estadual quanto à elevação da pena-base na fração de 1/6, ou seja, 4 anos e 8 meses de reclusão, e 11 dias-multa.

Afirma, ainda, a defesa que não há laudo pericial e, consequentemente, deve-se afastar a majorante do emprego da arma de fogo, em ofensa à Súmula 443/STJ. No caso, a Corte local manteve a majorante do emprego de arma de fogo do crime sob análise, ao fundamento de estarem presentes outros elementos probatórios que demonstraram o seu efetivo emprego na prática delitiva, como na hipótese, com a testemunha das vítimas (fls. 82/83).

Sabe-se que, sobre a ausência de laudo pericial, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento de ser *despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo* (HC n. 444.719/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018).

Assim, a majorante foi amparada com base no depoimento das vítimas (demonstração por outros meios de prova), não cabendo o afastamento da mencionada majorante, porque prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo no caso.

No entanto, com relação à fração de aumento, razão assiste à defesa. Não

houve idônea motivação por parte do Magistrado quando da fixação em 2/5, pois foi mencionado apenas sobre a existência de três causas de aumento e de diminuição (fls. 40/41), tratando-se, assim, de um critério numérico, o que ofende a Súmula 443/STJ.

Apesar de o Julgador local citar que, enquanto o paciente e seu comparsa, Robson, levaram as mercadorias roubadas para o depósito, os outros dois indivíduos restringiram a liberdade das vítimas por 4 horas, isso não foi utilizado pelo Magistrado, na sentença, para elevação da fração na terceira fase. Diante disso, na terceira fase, eleva-se a pena provisória na fração mínima de 1/3 e a reprimenda penal se torna agora definitiva no total de **6 anos e 2 meses de reclusão, e 14 dias-multa**.

O regime de cumprimento da pena deverá permanecer o **fechado**, pois fixado com base na periculosidade e desenvoltura do paciente na prática do crime (fls. 40/41).

Ante o exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de reduzir a fração de aumento a 1/3, na terceira fase, e redimensionar a pena definitiva imposta ao paciente em 6 anos e 2 meses de reclusão, em regime fechado, e 14 dias-multa.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator