HABEAS CORPUS Nº 509.289 - SP (2019/0130388-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CAIQUE CLAUDECI DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	:	ITALO DOS SANTOS ANIS (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de CAIQUE CLAUDECI DA SILVA e ITALO DOS SANTOS ANIS em face de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado (fl. 34):

> APELAÇÃO CRIMINAL RECURSO DOS RÉUS CAÍQUE E ÍTALO - ROUBO QUALIFICADO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS INVIABILIDADE No crime de roubo, os depoimentos das vítimas, seguros e corroborados pelos demais elementos de prova, dentre os quais os depoimentos dos policiais, têm grande relevância para embasar decreto condenatório, máxime quando não se vislumbra nenhuma razão para elas incriminarem falsamente os réus. RECURSO DOS RÉUS VINÍCIUS, DENIS E VICTOR ARTIGO 180, "CAPUT", DO CÓDIGO PENAL ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA IMPOSSIBILIDADE Provas dos autos suficientes a demonstrar que os apelantes receberam os produtos em questão, cientes de sua origem ilícita. Dolo evidenciado. Recurso parcialmente provido, somente para reduzir as sanções dos réus Caíque e Ítalo, bem como para substituir as penas privativas de liberdade dos acusados Vinícius, Denis e Victor pela restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incursos no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal: Caíque à pena de 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão e 55 dias-multa, e Ítalo à pena de 8 anos e 3 meses de reclusão e 41 dias-multa, ambos em regime inicial fechado.

Interposta apelação defensiva, foi dado parcial provimento ao recurso, reduzindo as penas de Caíque para 8 anos e 7 dias de reclusão e 19 dias-multa, e de Ítalo para 5 anos, 8 meses e 22 dias de reclusão e 13 dias-multa.

Sustenta a defesa neste *writ*, em suma, constrangimento ilegal decorrente da escolha do percentual de aumento na terceira fase da dosimetria da pena com base unicamente no número de causas de aumento de pena reconhecidas, em nítida violação do enunciado da Súmula n. 443/STJ, bem como inexistência de motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

Requer, assim, a redução da fração ao mínimo legal em razão da causa

de aumento e adequação do regime prisional para o semiaberto.

É o relatório.

DECIDO.

Na terceira fase da dosimetria, a fração pela causa de aumento foi assim fundamentada pelas instâncias antecedentes:

Sentença - fl. 24-26:

> 1. CAÍQUE CLAUDECI DA SILVA
> Na primeira fase, atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu é reincidente, o que será levado em conta na segunda fase da dosimetria. Está envolvido em roubo de carga, crime infelizmente bastante comum nesta Comarca.
> Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 06 anos de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, no mínimo legal.
> Na segunda fase, ausentes atenuantes. Presente a agravante da reincidência (fl. 324/325), aumento a pena para 07 anos de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, no mínimo legal.
> Na terceira fase, ausentes causas de diminuição. Concorrendo as causas de aumento previstas nos incisos I e II do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, aumento a pena do delito de roubo anteriormente dosada no patamar de 3/8 (três oitavos) diante da concorrência das majorantes do uso de arma e do concurso de pessoas, dosando a pena privativa de liberdade de 09 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 55 dias-multa, no mínimo legal.
>
> ÍTALO DOS SANTOS ANIZ
> Na primeira fase, atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu é primário. Está envolvido em roubo de carga, crime infelizmente bastante comum nesta Comarca.
> Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal em 06 anos de reclusão e pagamento de 30 dias-multa, no mínimo legal.
> Na segunda fase, ausentes atenuantes ou agravantes.
> Na terceira fase, ausentes causas de diminuição. Concorrendo as causas de aumento previstas nos incisos I e II do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, aumento a pena do delito de roubo anteriormente dosada no patamar de 3/8 (três oitavos) diante da concorrência das majorantes do uso de arma e do concurso de pessoas, dosando a pena privativa de liberdade em 08 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 41 dias-multa, no mínimo legal.

Acórdão - fl. 46:

> Na terceira etapa, em razão da existência de duas qualificadoras (concurso de agentes e emprego de arma), o MMº Juiz majorou corretamente as penas em 3/8, resultando para Caíque em 08 anos e 07 dias de reclusão e 19 dias-multa, no valor unitário mínimo, e para Ítalo em 05 anos, 08 meses e 22 dias de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal, o que, no caso dos autos, efetivamente se revelou adequado, não somente por terem sido duas qualificadoras, mas, sobretudo, por ter sido utilizada arma de fogo, que tem

grande potencial ofensivo.

De fato, 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, tendo sido consignado apenas que c*oncorrendo as causas de aumento previstas nos incisos I e II do parágrafo 2º do artigo 157 do Código Penal, aumento a pena do delito de roubo anteriormente dosada no patamar de 3/8 (três oitavos) diante da concorrência das majorantes do uso de arma e do concurso de pessoas*.

Nos termos do 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.

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Mantidas as penas-base acima do mínimo legal, em 5 anos de reclusão e 12 dias-multa, agravada na segunda fase para Caíque, uma vez reconhecida a reincidência, perfazendo 5 anos e 10 meses de reclusão e 14 dias-multa, e reduzida a pena de Ítalo, diante da menoridade relativa, para 4 anos e 2 meses de reclusão e 10 dias-multa.

Na terceira etapa, face à ausência de fundamento concreto reduzo a fração ao mínimo legal de 1/3, majorando a pena de Caíque para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 18 dias-multa e para Ítalo 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 13 dias-multa.

No que se refere ao regime inicial de cumprimento da pena, consignou o Tribunal de Justiça (fl. 46-47):

> O regime fechado estabelecido para o início do cumprimento das penas está correto, **tendo em vista o fato de ter sido o crime praticado em concurso de agentes, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, em via pública**, o que gera grande insegurança social e, muitas vezes, tem consequências verdadeiramente trágicas, tudo evidenciando a ousadia e o destemor dos réus. **Soma-se a isto o fato do acusado Caíque ser reincidente**.

Como se vê, para a fixação do regime fechado foi utilizada fundamentação baseada no caso concreto – *crime praticado em concurso de agentes, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, em via pública, [...] evidenciando a ousadia e o destemor dos réus*, além de *Caíque*

ser reincidente –, circunstâncias específicas que se mostram idôneas e suficientes para justificar o regime mais gravoso, nos estritos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c o art. 59 do Código Penal.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para reduzir a pena de Caíque para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 18 dias-multa e de Ítalo para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e 13 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Comunique-se.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 17 de junho de 2019.

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator