HABEAS CORPUS Nº 504.390 - SP (2019/0106222-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		ALINE TOYAMA SHIRAKI - SP330200
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RODRIGO VINICIUS NARCISO BEZERRA (PRESO)
PACIENTE	:	THIAGO WENDEL GONCALVES DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE	:	FELIPPE GALIGER ASSIS COSTA (PRESO)

DECISÃO

RODRIGO VINICIUS NARCISO BEZERRA, THIAGO WENDEL GONÇALVES DE SOUZA e FELIPPE GALIGER ASSIS COSTA alegam sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n. 0017981-04.2014.8.26.0050.

Os pacientes, condenados pela prática do delitos previstos nos arts. 157, § 2°, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, caput, e 288, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do CP, acoimam de ilegal a exasperação da pena do crime de roubo, em razão das majorantes incidentes ao caso, bem como o aumento desproporcional pela reincidência em relação ao delito de associação criminosa.

Não houve pedido liminar.

Prestadas as informações (fls. 100-205), veio parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela concessão parcial da ordem, para que seja aplicado o patamar de 1/6 em razão da reincidência dos pacientes na dosimetria do crime de associação criminosa (fls. 207-218).

Decido.

Em relação ao aumento pelas majorantes, o Juiz de primeiro grau, no que foi corroborado pela Corte estadual, elevou a pena em 1/2, pois "**observando que eram ao menos cinco roubadores, que utilizaram mais de uma arma de fogo para a realização do crime**" (fl. 20, grifei).

Pelo trecho acima transcrito, **é inegável a satisfatória**

motivação do ato decisório com lastro em dados concretos. Isso **porque a menção de que eram, pelo menos, cinco agentes utilizando mais de uma arma de fogo durante a empreitada criminosa,** demonstra iniludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito**.** Justificado, portanto, de maneira idônea, o aumento da pena na referida fração.

Assim, não se trata de caso em que a simples gravidade das causas de aumento da pena, tomada abstratamente, é utilizada como fundamentação para a exasperação da reprimenda, em violação do enunciado da Súmula n. 443 do STJ, como apontado pela defesa, razão pela qual não verifico qualquer ilegalidade na decisão judicial que aplicou a fração de 1/2 para a majoração das penas, na terceira fase da dosimetria, ante a presença de motivação concreta.

Ilustrativamente:

> [...]
> - Na terceira fase da dosimetria, não houve mera indicação do número de majorantes, mas sim fundamentação concreta **reveladora da acentuada gravidade do delito, evidenciada pelo fato de ambos os agentes estarem armados**. Essa conduta apresenta um grau mais elevado de periculosidade e reprovabilidade, justificando o tratamento mais rigoroso adotado pelas instâncias ordinárias, em observância ao princípio da individualização da pena.
> [...]
> - Habeas corpus não conhecido.
> (**HC n. 304.869/SP**, Rel. Ministro **Ericson Maranho** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 25/3/2015, destaquei)

Sobre o aumento de pena relativo à agravante da reincidência na dosimetria do delito de associação criminosa, cumpre salientar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Na verdade, o art. 61 limitou-se a prever as circunstâncias que sempre agravam a pena, embora não haja mencionado qualquer valor de aumento. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que estipula as circunstâncias que sempre atenuam a pena, sem, contudo, fazer nenhuma menção ao *quantum* de redução.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que cabe ao

magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, **a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação concreta e idônea**. Menciono, como exemplo, o **HC n. 229.371/DF**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 4/9/2013.

Nesse ponto, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores**" (**RHC n. 115.654/BA**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 21/11/2013, destaquei).

No caso, observo que o Juízo singular – no que foi acompanhado pelo Tribunal *a quo* – estabeleceu o aumento de 1 ano de reclusão, "em face da reincidência dos réus" (fl. 20), sem tecer maiores justificativas.

De acordo com o parecer do *Parquet*, a confirmação da sentença pelo Tribunal *a quo* "pelo fato dos pacientes ostentarem a condição de reincidentes, em razão de apenas uma condenação transitada em julgado relativa a cada um deles, divergiu do posicionamento jurisprudencial dessa Corte Superior no sentido de que se faz necessária para a fixação de percentual acima de 1/6, nas hipóteses de uma única anotação de reincidência, a apresentação de um motivação seria que a justifique, o que não restou evidenciado nos autos" (fl. 215).

Assim, reconheço a ocorrência de ilegalidade na segunda etapa da dosimetria da pena e **reduzo o *quantum* de aumento, pela reincidência, para 1/6**.

Reconhecida ilegalidade em relação à fração de acréscimo pela reincidência, passo a readequar a pena imposta aos réus para o **delito de**

associação criminosa.

A pena-base foi fixada no mínimo legal, 1 ano de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda etapa, **altero o patamar de aumento, pela reincidência, para 1/6**. Assim, a reprimenda intermediária é fixada em 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa. Por fim, foi elevada em 1/2 pela utilização de arma de fogo, o que resultou em **1 ano e 9 meses de reclusão, mais 19 dias-multa.**

Os réus foram condenados, ainda, à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão e 25 dias-multa, pelo delito de roubo duplamente majorado em concurso formal. Aplicando-se a regra do concurso material de crimes, as penas ficam definitivamente estabelecidas em **12 anos e 3 meses de reclusão, mais 44 dias-multa.**

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de aplicar o aumento de pena em relação à reincidência dos pacientes na dosimetria do delito de associação criminosa em 1/6, redimensionando as penas para **12 anos e 3 meses de reclusão, mais 44 dias-multa.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**