

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 536.823 - SP (2019/0294911-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANILO CAETANO SILVESTRE TORRES - SP306373
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GLEIDSON SANTOS PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GLEIDSON SANTOS PEREIRA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 13 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 32 dias-multa, em seu valor unitário mínimo, pela prática, por quatro vezes, na forma dos artigos 69 e 70, do delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, ficando mantido o inteiro teor do decreto condenatório, nos moldes da seguinte ementa:

"ROUBOS MAJORADOS PELO CONCURSO DE PESSOAS E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS NÃO ACOLHIMENTO MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVAS PLEITOS SUBSIDIÁRIOS DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA E RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA INVIÁVEL PENAS E REGIME INICIAL FECHADO ADEQUADAMENTE ESTABELECIDOS RECURSO NÃO PROVIDO" (e-STJ, fl. 38).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "não se justifica a majoração da pena final no delito de roubo majorado em patamar diverso do mínimo (leia-se 1/3), quando fundamentada única e exclusivamente no número de majorantes"; b) "o paciente faz jus ao reconhecimento da continuidade delitiva, uma vez que se trata da prática de dois ou mais crimes, cuja execução se deu na mesma comarca, bem como com um distanciamento temporal de apenas 8 (oito) dias"; c) "em sendo reconhecida a continuidade delitiva, requer-se que o aumento da pena em razão da majoração da pena final se dê no importe de 1/6, conforme determina a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ" (e-STJ, fls. 3-18).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que reduza o incremento na terceira fase da dosimetria, bem como para reduzir o *quantum* de elevação da reprimenda pela continuidade delitiva.

Superior Tribunal de Justiça

Indefiro pedido de liminar (e-STJ, fl. 58), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 105-109).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

Está inscrito no decreto condenatório:

"1) Roubos ocorridos no dia 01 de dezembro de 2015:

Nos moldes dados pelo artigo 59 do Código Penal, fixo as penas base, para cada um dos três roubos praticados pelo réu em 01 de dezembro de 2015, no mínimo legal, isto é, em 04 (quatro) anos de reclusão e em 10 (dez) dias-multa, considerando que, neste caso, não há circunstâncias judiciais que lhe sejam desfavoráveis.

Não há circunstâncias agravantes a serem consideradas e não é possível a aplicação de circunstâncias atenuantes, uma vez que as penas base, para os referidos crimes, foram fixadas no patamar mínimo legal (STJ, súmula 231).

Aplico as causas de aumento de pena previstas no artigo 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, e aumento as penas de cada um dos três roubos em questão de três oitavos, considerando que foram duas as causas de aumento de pena ora reconhecidas e que a arma utilizada pelo réu e seu comparsa era arma de fogo, dotada de imenso poder vulnerante. Obtenho 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Por fim, tomo as penas obtidas para um destes roubos e aumento-as de um quarto, já que foram três os delitos, obtendo 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

2) Roubo ocorrido no dia 08 de dezembro de 2015:

Nos moldes dados pelo artigo 59 do Código Penal, fixo as penas base para este roubo metade acima do mínimo legal, isto é, em 06 (quatro) anos de reclusão e em 15 (quinze) dias-multa, considerando as circunstâncias e consequências deste crime: o réu, além de haver ameaçado gravemente a vítima Tereza pelo porte ostensivo de arma de fogo, ameaçou-a verbalmente de morte mais de uma vez, bem

como a agrediu de forma violenta, dando-lhe coronhadas, arrastando-a pelo interior de seu estabelecimento comercial, segurando-a com força e nela produzindo lesões corporais e forte abalo psicológico.

De outro lado, o réu confessou a autoria delitiva que lhe foi imputada na denúncia e era menor de 21 anos na data dos fatos, de modo que, com fulcro no artigo 65, inciso I e inciso III, d, do Código Penal, reduzo suas penas de um sexto, obtendo 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Aplico as causas de aumento de pena previstas no artigo 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal, e aumento as penas deste roubo de três oitavos, considerando que foram duas as causas de aumento de pena ora reconhecidas e que a arma utilizada pelo réu e seu comparsa era arma de fogo, dotada de imenso poder vulnerante. Obtenho para este crime 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa" (e-STJ, fls. 30-31).

Com efeito, a sentença 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."

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. ROUBO PRATICADO CONTRA VÍTIMAS DIVERSAS EM UM MESMO CONTEXTO. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. ADEQUAÇÃO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. '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' (Súmula 443/STJ). Hipótese em que a pena foi aumentada em fração superior a 1/3 com base, apenas, no número de majorantes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente."

(HC 265.544/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/9/2015, DJe

Superior Tribunal de Justiça

14/9/2015.)

Ainda, o Tribunal de origem manteve a elevação da pena em 3/8 pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo, o que não justifica o incremento da reprimenda em patamar superior ao mínimo, devendo ser reconhecida a incidência da fração de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria.

Lado outro, da leitura do decreto condenatório, extrai-se que foi reconhecida a prática pelo réu de 3 crimes de roubo qualificado, em concurso formal próprio (CP, art. 70, primeira parte), já que, mediante uma só ação e no mesmo contexto fático, foram subtraídos bens pertencentes a 3 vítimas distintas. Além disso, foi reconhecida a prática de um quarto delito, tendo sido aplicado o concurso material entre tais delitos, nos seguintes termos:

"Outrossim, relativamente aos fatos ocorridos no dia 01 de dezembro de 2015, tem-se que o réu, mediante uma única ação, praticou três roubos distintos, na medida em que abordou e ameaçou gravemente três diferentes vítimas (Fábio, Fabiano e Miguel) e delas subtraiu seus pertences, estando assim caracterizado o concurso formal, nos termos do artigo 70 do Código Penal. Note-se que o concurso formal entre estes três crimes, embora não capitulado na denúncia, nela está perfeitamente descrito.

E entre estes roubos e aquele praticado pelo réu no dia 08 de dezembro de 2015, contra a vítima Tereza, impõe-se o reconhecimento do concurso material, pois se verifica que decorreram de ações diferentes realizadas pelo réu, oriundas de desígnios distintos, não se constatando, por outro lado, que estes crimes tenham sido perpetrados pelo réu nas mesmas condições de tempo, local e maneira de execução"(e-STJ, fl. 29).

Com efeito, o reconhecimento da ficção jurídica do art. 71 do Código Penal exige que o agente tenha praticado duas ou mais condutas da mesma espécie, em semelhantes condições de tempo, lugar e *modus operandi*, bem como que seja demonstrada a unidade de desígnios entre os delitos cometidos. No caso, porém, as instâncias ordinárias reconheceram a ausência de liame subjetivo entre as condutas e de igualdade das condições de tempo, local e maneira de execução, o que afasta o reconhecimento da continuidade delitiva.

De mais a mais, se as instâncias ordinárias, com esteio nas provas colhidas nos autos, entenderam pela configuração do concurso material entre as condutas, para afastar tal conclusão seria necessário revolver o contexto fático-comprobatório, o que é inviável em sede de *habeas corpus*.

Além disso, a exasperação da pena do crime de maior pena, realizado em continuidade delitiva, será determinada, basicamente, pelo número de infrações penais cometidas, parâmetro este que especificará no caso concreto a fração de aumento, dentro do intervalo legal de 1/6 a 2/3. Nesse diapasão, esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações. No caso, considerando a prática de três delitos, deve a reprimenda ser

Superior Tribunal de Justiça

exasperada em 1/5.

A propósito:

"RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR DE AUMENTO. NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. FRAÇÃO DE 2/3. IMPOSIÇÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações e 2/3, para 7 ou mais infrações.

2. A Corte de origem, conquanto haja delineado e reconhecido a ocorrência de múltiplos (e incontáveis) crimes de estupro de vulnerável, entendeu por bem negar a realidade e, na dúvida, impor o patamar mais brando.

3. O julgador está autorizado a majorar a reprimenda na fração máxima pela continuidade delitiva nas hipóteses em que ficar incontestado que os abusos de natureza sexual faziam parte da rotina familiar, como no caso.

4. Na espécie, ficou incontroverso, pela moldura fática exposta, que se distanciaram para muito mais de sete o número de vezes em que o recorrido molestou a vítima, porquanto o próprio Tribunal de origem salientou a omissão dos familiares em revelar os fatos, tendo em vista a influência que ele exercia sobre eles, 'o que permitiu que os crimes fossem praticados durante anos, por reiteradas vezes'.

5. Recurso especial conhecido e provido, para reconhecer a violação do art. 71 do Código Penal e restabelecer a sentença condenatória."

(REsp 1.582.601/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/4/2016, DJe 2/5/2016, grifou-se)

Nesse contexto, evidenciada manifesta ilegalidade apenas na terceira fase da dosimetria, passa-se à nova dosagem da pena.

Na primeira fase do crime de roubo perpetrado no dia 1º/12/2019, a pena-base restou estabelecida no mínimo legal, qual seja, em 4 anos de reclusão, tendo permanecido inalterada na etapa intermediária da dosimetria. Na terceira fase, conforme o acima declinado, a reprimenda merece exasperação de 1/3, chegando-se a 5 anos e 4 meses de reclusão. Por fim, deve a pena ser elevada na fração de 1/5 pela continuidade delitiva, totalizando 6 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão.

Quanto ao delito perpetrado em 8/12/2019, a pena-base foi estabelecida em 6 anos de reclusão, tendo sido reduzida, em seguida, a 5 anos de reclusão, dada a incidência da atenuante da confissão espontânea. Por fim, deve a reprimenda ser exasperada em 1/3, pelas duas causas de aumento, chegando-se a 6 anos, 8 meses e 24 dias de reclusão.

Nesse passo, pelo concurso material, as penas devem ser somadas,

Superior Tribunal de Justiça

totalizando 13 anos e 24 dias de reclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda a 13 anos e 24 dias de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

