

HABEAS CORPUS Nº 472.794 - SP (2018/0262176-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA GALVAO TOURINHO - SP298866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS OLIVEIRA MATOS DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

CARLOS OLIVEIRA MATOS DA SILVA alega sofrer coação ilegal no seu direito de locomoção em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação n. 0058797-57.2016.8.26.0050.

Nesta impetração, a defesa pretende o abrandamento da pena e do regime. Para tanto, aduz serem **inidôneos os fundamentos utilizados para a valoração negativa dos antecedentes criminais, bem como desproporcional o aumento imposto na primeira fase da dosimetria.**

Sustenta a **ocorrência de *bis in idem*** na terceira fase, dado o **reconhecimento concomitante da continuidade delitiva e do concurso formal entre os crimes de roubo. Ressalta também a falta de motivação para o recrudesimento da pena, pela continuidade delitiva, acima de 1/6**, haja vista que a quantidade de delitos, por si só, não é suficiente para o aumento acima da referida fração.

Alega, por fim, que **a imposição do regime mais severo está justificada apenas na gravidade abstrata do crime de roubo**, o que contraria o entendimento das Súmulas n. 440 desta Corte Superior e 718 e 719 do STF.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela **concessão parcial da ordem.**

Decido.

Extrai-se dos autos que o réu foi condenado a 7 anos e 4

meses de reclusão e 18 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso nos arts. 157, § 2º, II, do Código Penal, por duas vezes, c/c o art. 70 do CP; 157, § 2º, II, c/c o art. 61, II, "h" (contra idoso), ambos do CP; e nos arts. 157, § 2º, V, c/c. o art. 61, II, "h" (contra idoso), ambos do CP; todos c/c o art. 71 do Código Penal (fl. 39), cujos termos foram mantidos pelo Tribunal estadual.

I. Pena-base e proporcionalidade

A Corte local manteve o incremento imposto na primeira etapa da dosimetria nos seguintes termos (fl. 44, grifei):

"Assim, as penas restaram justas e proporcionais, não merecendo reparo algum. As básicas receberam um ínfimo aumento de um mês de reclusão e um dia-multa, por conta de maus antecedentes (cf. fls. 139/143 e 225)".

A negatização da referida vetorial, fundamentada na folha de antecedentes criminais, está em sintonia com o entendimento firmado por este Superior Tribunal, de que o referido documento é revestido de fé pública e possui o condão de demonstrar tanto a reincidência quanto os antecedentes criminais do apenado. Neste sentido: **HC n. 475.694/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 30/4/2019, **AgRg no REsp n. 1716998/RN**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 16/5/2018.

Referida matéria consta da Súmula n. 636 do STJ: "A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência".

Quanto ao aumento da pena-base, já decidiu esta Corte Superior que **"O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal**, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais" (**HC n. 401.268/RJ**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 25/8/2017, grifei).

Na presente hipótese, como se verifica no trecho do acórdão recorrido acima transcrito, o Tribunal de origem manteve o

recrudescimento imposto na primeira fase da dosimetria **em 1 mês acima do mínimo legal**, devido à valoração negativa dos antecedentes criminais.

Ao considerar, portanto, que a pena abstratamente cominada ao delito de roubo é de 4 a 10 anos de reclusão, o aumento em apenas 1 mês por uma vetorial não se mostra desarrazoado, nos termos da jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que "É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado" (HC n. 375.485/RJ, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 24/11/2016), bem como ser "possível que 'o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto.'" (AgRg no REsp 1.43.071/AM, 6ª T., Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 6/5/2015)" (HC 445.630/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 15/6/2018, destaquei), motivo pelo qual não identifico a flagrante ilegalidade sustentada pela impetrante.

II. *Bis in idem* na terceira fase da dosagem da pena

Verifica-se nos autos que o paciente praticou três crimes de roubo em datas distintas. Quanto ao **primeiro, foi reconhecido o concurso formal**, que, em razão da maior quantidade de pena imposta, foi considerada para o aumento na fração de 1/5, devido ao reconhecimento da continuidade delitiva com os outros dois delitos.

Quanto à caracterização de *bis in idem*, em razão da incidência concomitante do concurso formal e da continuidade delitiva, **esta Corte é firme em assinalar que** "configurada a ocorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. [...]" (HC n. 348.506/SP, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJ 2/5/2016).

Na presente hipótese, consignou o acórdão recorrido (fl. 43):

Na primeira investida criminosa, duas vítimas foram atacadas, sendo subtraídos patrimônios distintos, restando correto o reconhecimento do concurso formal. Os outros dois episódios, praticados em datas próximas, com meios de execução semelhantes e em locais próximos,

deram-se em continuidade delitiva. O que deve ser mantido. Diante disso, inviável a aplicação do concurso material de crimes.

[...]

Nem se há falar em *bis in idem*, pois o concurso formal incidirá apenas no primeiro fato, sendo aplicado um justo aumento de um quinto, em relação aos outros dois roubos, cometidos em continuidade delitiva. Inexistindo erros ou excessos, em relação à cominação das penas.

Desse modo, impõe-se o afastamento do concurso formal, ante o reconhecimento da continuidade delitiva pelas instâncias de origem.

III. Nova dosagem da pena

Com o afastamento do concurso formal no primeiro fato (contra a vítima Marineide Cardoso Ribeiro e a sua cliente, não identificada), **a maior pena aplicada ao réu foi de 5 anos e 5 meses de reclusão** (penas idênticas no segundo e terceiro fatos). **Assim, em razão da continuidade delitiva, majoro a pena em 1/5, tornando-a definitiva em 6 anos e 6 meses de reclusão e 16 dias-multa.**

Destaco que a fração de aumento imposta em razão da continuidade, está de acordo com a jurisprudência firmada nesta Corte. Exemplificativamente:

[...]

7. 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. Na hipótese, tratando-se de 5 delitos de peculato, deve incidir a fração de 1/3.

[...]

(HC n. 527.018/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 12/9/2019, destaquei)

IV. Regime inicial

A Corte local assim dispôs sobre o regime prisional (fls. 44-45):

O regime prisional não poderia ser outro a não ser o fechado. O réu se mostrou ousado e perigoso, praticando os roubos em série; pois, agira com estratégia, escolhendo sempre vítimas frágeis, idosas ou do sexo feminino, que não lhe representassem ameaça. Ademais, **é possuidor de diversas passagens criminais e de condenações transitadas em julgado**, pela prática de delitos patrimoniais, não sendo esta a primeira vez a se ver processado pela prática do delito de roubo.

Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que "a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Portanto, as mesmas circunstâncias judiciais aferidas pelo Magistrado para fixação da pena-base na primeira fase da dosimetria deverão ser sopesadas na imposição do regime inicial de cumprimento de pena. Desse modo, no caso dos autos, além de indicar a ação estratégica do réu, de escolha de vítimas frágeis, idosas ou do sexo feminino, para assegurar-lhe situação de vantagem na empreitada criminosa, apontou a presença de condenação com trânsito em julgado, que justificou a exasperação da pena-base, pelos maus antecedentes, afigurando-se correta a aplicação do regime fechado.

Ilustrativamente:

[...]

4. Correta a fixação de regime semiaberto ao paciente

condenado a 2 anos e 4 meses de reclusão, cujas circunstâncias judiciais são desfavoráveis, conforme o 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 508.728/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 16/9/2019)

[...]

2. Mostra-se idônea a fixação de regime mais gravoso quando ancorada em elementos concretos, ainda que não tenham sido empregados para sopesar a pena-base. Precedentes do STJ.

3. Ocorrendo, na mesma hipótese, o concurso formal entre os delitos e a continuidade delitiva, deve o primeiro ser afastado, sendo aplicado apenas o disposto no art. 71 do Código Penal, sob pena de bis in idem. Precedentes do STJ.

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para redimensionar a pena do Paciente em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mantido o pagamento de 13 dias-multa e o regime inicial fechado.

(HC n. 481.308/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 19/2/2019)

Assim, em que pese a insurgência ora deduzida, noto que as instâncias de origem consignaram as referidas circunstâncias, as quais **demonstram, ineludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito, o que justifica, de maneira idônea, a fixação do regime fechado.**

V. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem tão somente a fim de reduzir a pena a 6 anos e 6 meses de reclusão e 16 dias-multa, e mantenho, no mais, o acórdão.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator