

HABEAS CORPUS Nº 531.264 - RJ (2019/0263680-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : JORGE DA SILVA NETO - RJ094691
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ROGERIO RODRIGUES CARNEIRO DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : GABRIEL Jael DE OLIVEIRA PINTO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBOS MAJORADOS. AUMENTO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DE AGENTES E EMPREGO DE ARMAS. ELEMENTOS JÁ CONSIDERADOS NA APLICAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. ILEGALIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO SUPERIOR À USUAL FRAÇÃO DE 1/6. NOVO ENTENDIMENTO ADOTADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE RECRUDESCIMENTO. CRITÉRIO OBJETIVO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. PENAS REDIMENSIONADAS.

Ordem concedida, em maior extensão, de ofício, nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Rogério Rodrigues Carneiro dos Santos** e **Gabriel Jael de Oliveira Pinto**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Narram os autos que os pacientes foram condenados pela prática dos delitos tipificados no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II; art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, em continuidade delitiva; e art. 180, *caput*, todos do Código Penal, em concurso material. A pena de Rogério foi fixada em 14 anos, 6 meses e 25 dias de reclusão, e pagamento de 48 dias-multa; e a pena de Gabriel foi fixada em 13 anos, 5 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 41 dias-multa, ambos em regime inicial fechado (fls. 25/34 – Ação Penal n. 0025193-32.2016.8.19.0008).

Interpostas apelações, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao apelo do Ministério Público para recrudescer as penas dos réus,

fixando-as em 17 anos, 3 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 47 dias-multa (Rogério); e 15 anos, 1 mês e 21 dias de reclusão e pagamento de 45 dias-multa (Gabriel), mantendo o regime fixado pela sentença (fls. 79/120).

Sustenta a Defensoria Pública que, quanto aos delitos de roubo, houve exagero na fixação das reprimendas, porquanto, na falta de regramento legal, específico, deve ser considerado como critério razoável o incremento da pena na fração de 1/8 (ou 1/6) para cada circunstância judicial negativa.

Requer, assim, a concessão da ordem para minorar as penas-base.

Não houve pedido de liminar.

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Elizeta Maria de Paiva Ramos, manifestou-se *pela concessão parcial da ordem para afastar a valoração negativa da conduta social do paciente Gabriel Joel de Oliveira, com o consequente redimensionamento da pena imposta* (fl. 134).

É o relatório.

Sabe-se que, em princípio, questões relativas à dosimetria da pena não são suscetíveis de apreciação em sede de *habeas corpus*, pois dependem da valoração de circunstâncias fáticas, o que é próprio de se fazer nas instâncias ordinárias. Apenas nos casos em que haja infringência aos critérios legais ou flagrante desarrazoabilidade do critério adotado nas instâncias ordinárias para o estabelecimento da pena é possível corrigir-se a dosimetria por essa via especial.

Para melhor compreensão da controvérsia, confirmam-se os fundamentos do acórdão vergastado, ao revisar a pena (fls. 96/116 – grifo nosso):

Passo aos pleitos que envolvem a dosimetria das penas impostas aos Réus.

Quanto ao crime de roubo tentado (lesado Antônio Sérgio).

No tocante à pena-base, verifica-se que as circunstâncias do crime são graves, eis que os Réus Gabriel e Rogério, em comunhão de ações e desígnios com terceiro não identificado, DE FORMA AUDACIOSA, efetuaram disparos de arma de fogo, à luz do dia, em via pública de grande movimentação de populares. É evidente que tais circunstâncias merecem

maior reprovabilidade, tendo em vista a culpabilidade intensa dos agentes.

Se já não bastasse o exposto, constata-se, ainda, que Gabriel foi condenado pela prática do crime de posse de arma de uso permitido, nos autos do processo nº 0041392-39.2016.8.19.0038, que se encontra em grau recursal.

Ainda que tais circunstâncias não sirvam para caracterizar maus antecedentes, refletem a sua personalidade distorcida e a conduta social reprovável.

Nesse sentido:

[...]

Assim, quanto a Gabriel, considerando as duas circunstâncias judiciais negativas sopesadas – conduta social reprovável e graves circunstâncias do crime –, justifica-se o incremento da pena-base, que ora fixo em 1/3, restando a pena-base fixada em 05 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

Rogério possui condenação transitada em julgado. Contudo, esta será sopesada para fins de reincidência. Desta forma, presente uma circunstância judicial negativa – graves circunstâncias do crime –, justifica-se o incremento da pena-base, que ora fixo em 1/4, restando a pena-base fixada em 05 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa.

Observe-se que o “quantum” aplicado encontra-se em observância aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, levando em consideração as reprimendas mínima e máxima previstas para o delito BENEVOLENTEMENTE aplicado aos Réus (04 a 10 anos de reclusão).

Na segunda fase, não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas para o Réu Gabriel. Quanto a Rogério, mantém-se a fração de 1/8 fixada pela Juíza sentenciante, uma vez que o *Parquet* só se insurgiu quanto à fração aplicada para fins de reincidência no tocante aos crimes de roubos consumados (fls. 355).

Na terceira fase, estão presentes as causas de aumento referentes ao concurso de agentes e uso de arma de fogo.

A exposição de motivos abaixo será utilizada para a manutenção da fração de 2/5 aplicada pela Juíza sentenciante, também no que diz respeito aos dois roubos consumados.

Conforme preconizam o parágrafo único do artigo 68 e o § 2º do artigo 157, ambos do Código Penal, o aumento de pena acima do patamar mínimo de 1/3, pela ocorrência de duas circunstâncias majorantes especiais, deve ser motivado com base nos dados concretos extraídos da dinâmica dos fatos.

De fato, a redação original do CP previa apenas três majorantes, situação que autorizou o legislador a fixar o mínimo em 1/3.

Com o advento da Lei nº 9.426/1996, houve a inclusão dos incisos IV e V no § 2º do art. 157 do CP, alterando-se o quociente fracionário.

Nesse sentido, há que se observar a proporcionalidade original dispensada pelo legislador.

Esse é o entendimento do STJ:

[...]

Assim, não é suficiente, para a exasperação da pena, a mera indicação do número de majorantes:

[...]

No caso dos autos, houve, reconhecidamente, o emprego de arma de

fogo para a realização dos roubos em concurso de agentes.

O fundamento da causa de aumento dá-se em razão do poder intimidador que a arma exerce sobre as vítimas, anulando a sua capacidade de resistência. No fato sob exame, o uso de arma de fogo é mais grave do que, por exemplo, o emprego de arma branca, o que justifica um patamar maior de majoração.

No caso concreto, a efetiva utilização de arma de fogo aumentou o perigo de lesão contra as vítimas, infundindo-lhes terror.

Na primeira conduta delitiva – subtração do FORD KA –, os Réus, inclusive, utilizaram o armamento para desferir disparos contra as vítimas.

Quanto ao concurso de agentes, os Réus, acompanhados de um terceiro não identificado, empreenderam atos materiais de execução do tipo penal, de forma funcional, havendo cooperação consciente para a subtração dos bens, o que atrai a incidência da majorante prevista no inciso II.

[...]

Deste modo, levando em consideração que os delitos de roubos foram cometidos por 03 agentes, mediante aponte ostensivo de arma de fogo, mantém-se a fração de 2/5 aplicada pelo Juízo “a quo”.

Pela admissibilidade da majoração em casos análogos e até em patamar superior, confirmam-se os seguintes Julgados do E. STJ:

[...]

No mais, mantenho a fração aplicada (1/3) para a redução da pena, em virtude da tentativa, eis que o “iter criminis” foi quase completo.

Note-se, aliás, que os disparos atingiram o veículo onde estavam as vítimas. O carro não foi roubado, mas o bem juridicamente protegido de maior monta – a vida – correu elevado risco.

Assim, a reprimenda do crime de roubo duplamente qualificado, na forma tentada, ficará estipulada nos seguintes termos.

Gabriel: Na primeira fase, em atenção ao disposto no art. 59 do CP e à fundamentação acima, fixo a pena-base, acima do mínimo legal, em 05 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa. Não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Na terceira fase, permanece a fração estipulada pelo Juízo “a quo” (2/5), razão pela qual a pena fica estipulada em 07 anos, 05 meses e 18 dias de reclusão e pagamento de 18 dias-multa. Tendo em vista o reconhecimento da tentativa, reduzo a reprimenda em 1/3, ficando a pena fixada em 04 anos, 11 meses e 21 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa.

Rogério: Na primeira fase, em atenção ao disposto no art. 59 do CP e à fundamentação acima, fixo a pena-base, acima do mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa. Na segunda fase, diante da reincidência, exaspero a pena em 1/8 – ante a insurgência do MP – alcançando o “quantum” de 05 anos, 07 meses e 15 dias de reclusão e pagamento de 13 dias-multa. Na terceira fase, permanece a fração estipulada pelo Juízo “a quo” (2/5), razão pela qual a pena fica estipulada em 07 anos, 10 meses e 21 dias de reclusão e pagamento de 18 dias-multa. Tendo em vista o reconhecimento da tentativa, reduzo a reprimenda em 1/3, ficando a pena fixada em 05 anos, 03 meses e 02 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa.

Crimes de roubo consumado (lesados José Mauro e Marcos Paulo).

Lamentavelmente, em virtude da resignação Ministerial, a continuidade delitiva

não será afastada.

O Parquet insurge-se, exclusivamente, quanto à fração aplicada (1/8) pela agravante da reincidência do Réu Rogério.

Merece prosperar o Apelo.

Tratando-se de reincidência específica, em atenção aos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, fixo a fração de 1/4, a ser considerada na segunda fase da dosimetria.

[...]

A pena do Réu Rogério, pela prática dos crimes de roubo consumado, ficará nos seguintes termos.

Na primeira fase, mantém-se a pena-base fixada no mínimo legal, ou seja, em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Na segunda fase, diante da reincidência, exaspero a pena em 1/4, ficando estabelecida em 05 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa.

Na terceira fase, permanece a fração estipulada pelo Juízo “a quo” (2/5), razão pela qual a pena fica estipulada em 07 anos de reclusão e pagamento de 16 dias-multa. Aplico a mesma fração estipulada pelo Juízo “a quo” (2/5) em razão da continuidade delitiva, ficando a reprimenda cristalizada em 09 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão e pagamento de 22 dias-multa.

Do atento exame dos autos, verifica-se que há ilegalidades flagrantes a serem sanadas que vão além do arguido excesso quanto à fração de recrudesimento para cada vetorial negatizada.

Assim, com fundamento no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que autoriza a concessão de *habeas corpus* de ofício, acrescento que, na hipótese, deve ser reconhecida: a) a inidoneidade dos fundamentos utilizados para a fixação das penas-base dos delitos de roubo acima do mínimo legal; b) excesso na fixação do *quantum* de recrudesimento pela agravante da reincidência do réu Rogério (roubos consumados); e c) excesso na fixação de fração de 2/5 pelo reconhecimento da prática de dois delitos de roubo qualificado, em continuidade delitiva.

Pois bem, quanto à primeira fase de fixação das reprimendas, no que se refere ao delito de roubo qualificado tentado, verifica-se que as penas-base foram majoradas pela negatização de duas vetoriais, quais sejam: a conduta social (essa apenas para o réu Gabriel) e as circunstâncias da ação delituosa.

Ocorre que, segundo o enunciado da Súmula 444/STJ, *é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*

Ademais, cumpre ressaltar, que a Terceira Seção desta Corte, ao julgar os EAREsp n. 1.311.636/MS, pacificou o entendimento de que *eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente* (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019).

De outro lado, a negatização da vetorial referente às circunstâncias da ação delituosa apesar de idônea foi também utilizada para justificar a fixação da fração de 2/5 pelo reconhecimento das majorantes do uso de arma de fogo e do concurso de agentes, o que caracteriza *bis in idem*, devendo, portanto, ser afastada.

Com efeito, segundo a jurisprudência desta Corte, *não se admite a exasperação da pena-base com fundamento no modus operandi do roubo quando a elevada quantidade de agentes criminosos e o emprego de armas de fogo já foram considerados em outras fases dosimétricas, a fim de que não se incorra no indevido bis in idem* (AgRg no HC n. 432.973/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 29/8/2018).

Sendo assim, reconhecida a ilegalidade dos fundamentos utilizados para exasperar as penas na primeira fase de sua fixação, as penas-base devem ser fixadas no mínimo legal (4 anos).

De outro lado, quanto à segunda fase de aplicação da reprimenda do réu Rogério, verifica-se que o Tribunal *a quo* majorou a fração aplicada pelo Juízo de primeiro grau – apenas quanto aos roubos consumados – para 1/4, por se tratar de reincidência específica.

Ocorre que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, DJe 23/11/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do agente que ostenta outra condenação pelo mesmo

delito.

Sendo assim, na espécie, considerando que o paciente possui apenas uma condenação apta a ser valorada a título de reincidência e levando-se em conta a inexistência de outra circunstância concreta acerca da necessidade de um incremento maior, cabível a redução do *quantum* à fração de 1/8 (a mesma fixada para o delito de roubo qualificado tentado), diante do novo entendimento adotado pela Terceira Seção desta Corte Superior.

Por fim, esta Corte Superior pacificou o entendimento de que a exasperação da pena, nos termos do art. 71 do Código Penal, será determinada pelo critério objetivo referente ao número de infrações penais cometidas, da seguinte forma: 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 pela prática de 3 infrações; 1/4 pela prática de 4 infrações; 1/3 pela prática de 5 infrações; 1/2 pela prática de 6 infrações; e 2/3 pela prática de 7 infrações. Nesse sentido: HC n. 325.160/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 9/5/2017; e HC n. 367.897/MA, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 24/3/2017.

Na hipótese, as instâncias ordinárias reconheceram a prática de dois crimes de roubo qualificado, praticados em continuidade delitiva, devendo incidir, portanto, a fração de 1/6.

Atendendo às premissas fixadas e obedecidas as diretrizes estabelecidas pelas instâncias de origem, passo ao redimensionamento das penas.

a) réu **Gabriel Jael de Oliveira Pinto**.

a.1) Roubo majorado tentado: ante a inidoneidade dos fundamentos apresentados, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Ausentes agravantes e atenuantes, na terceira fase a pena deve ser majorada em 2/5, totalizando 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, e pagamento de 14 dias-multa. Por fim, reconhecida a tentativa, a pena deve ser minorada em 1/3, tornando-se definitiva em 3 anos, 8 meses e 24 dias, e pagamento de 9 dias-multa.

a.2) roubos majorados consumados, em continuidade delitiva: ante a inidoneidade dos fundamentos apresentados, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de

4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Ausentes agravantes e atenuantes, na terceira fase a pena deve ser majorada em $\frac{2}{5}$, totalizando 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, e pagamento de 14 dias-multa. Por fim, reconhecida a prática de dois delitos de roubos em continuidade delitiva, a pena deve ser elevada em $\frac{1}{6}$, tornando-se definitiva em 6 anos, 6 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa.

b) réu **Rogério Rodrigues Carneiro dos Santos**.

b.1) roubo majorado tentado: ante a inidoneidade dos fundamentos apresentados, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Reconhecida a agravante da reincidência, a pena deve ser majorada em $\frac{1}{8}$ (fração estabelecida pela instância *a quo*), chegando ao patamar de 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 11 dias-multa. Na terceira fase, a pena deve ser elevada em $\frac{2}{5}$, totalizando 6 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa. Por fim, reconhecida a tentativa, a pena deve ser minorada em $\frac{1}{3}$, tornando-se definitiva em 4 anos, 2 meses e 12 dias de reclusão, e pagamento de 10 dias-multa.

b.2) roubos majorados consumados, em continuidade delitiva: ante a inidoneidade dos fundamentos apresentados, a pena-base deve ser fixada no mínimo legal de 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Reconhecida a agravante da reincidência, a pena deve ser majorada em $\frac{1}{8}$ (fração estabelecida pela instância *a quo*), chegando ao patamar de 4 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 11 dias-multa. Na terceira fase, a pena deve ser elevada em $\frac{2}{5}$, totalizando 6 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, e pagamento de 15 dias-multa. Por fim, reconhecida a prática de dois delitos de roubos em continuidade delitiva, a pena deve ser elevada em $\frac{1}{6}$, tornando-se definitiva em 7 anos, 4 meses e 6 dias de reclusão, e pagamento de 17 dias-multa.

Vale ressaltar que os réus foram também condenados pela prática do delito de receptação, às penas de 2 anos de reclusão e pagamento de 12 dias-multa (Gabriel); e 2 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa (Rogério).

Assim, reconhecido o concurso material, as penas devem ser somadas, totalizando **12 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, e pagamento de 37 dias-multa**

Superior Tribunal de Justiça

(Gabriel); e **13 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, e pagamento de 40 dias-multa** (Rogério).

Fixadas penas superiores a 8 anos de reclusão, mantém-se o **regime inicial fechado**.

Ante o exposto, **concedo** a ordem, em maior extensão, de ofício, a fim de redimensionar a pena de **Gabriel Jael de Oliveira Pinto** para 12 anos, 3 meses e 6 dias de reclusão, e 37 dias-multa; e a pena de **Rogério Rodrigues Carneiro dos Santos** para 13 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, e 40 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator