

HABEAS CORPUS Nº 539.110 - SP (2019/0306591-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : RAUL CARVALHO NIN FERREIRA - SP267262
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WENDEL DOS SANTOS TRINDADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de WENDEL DOS SANTOS TRINDADE contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002594-89.2017.8.26.0616).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, n/f do art. 71, ambos do Código Penal, à pena de 8 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 19 dias-multa (e-STJ fls. 171/178).

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso defensivo, para reduzir a pena para 6 anos e 5 meses de reclusão, e ao pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime fechado (e-STJ fls. 278/288).

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/11), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, em fração superior a 1/3, apenas com base no número de majorantes, o que contraria o enunciado n. 443 da Súmula deste Tribunal Superior.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a concessão da ordem para que se promova o aumento da pena, na terceira fase, no mínimo legal, qual seja, a fração de 1/3.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 313/314).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 320/323, na forma da seguinte ementa:

Habeas corpus substitutivo. Roubo majorado. Dosimetria. Terceira fase. Aumento de 3/8 baseado na mera quantidade de majorantes. Critério matemático. Súmula 443/STJ. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus e pela concessão da ordem, de ofício, para reduzir à fração de 1/3 o aumento aplicado na terceira etapa.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Busca a defesa a realização de nova dosimetria da pena, para que seja aplicada, em sua terceira fase, a fração mínima de 1/3, alegando que a fração de 3/8 utilizada lastreou-se apenas no quantitativo das majorantes reconhecidas, incidindo, no caso, a Súmula n. 443/STJ.

Sabe-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o juízo sentenciante, após considerações acerca da materialidade e da autoria do delito, assim fixou as penas (e-STJ fls. 176/177):

[...] Diante de tais circunstâncias analisadas isoladamente, fixo a penas-bases para cada um dos crimes em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa, e 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, respectivamente, sendo o valor do dia-multa fixado em 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime, uma vez que não há nos autos elementos suficientes a aferir a real situação econômica do acusado. O réu confessou a prática do crime e possui menoridade relativa, não havendo agravantes. Assim, atenuo as penas nesta segunda fase retornando-as aos

patamares mínimos, fazendo-as provisórias em 4 anos de reclusão e 10 dias- multa cada. Não concorrendo causas de diminuição e presentes as causas de aumento do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, a pena há que ser majorada além do mínimo legal. Isso porque, a existência das duas circunstâncias cumulativamente implica mais censurabilidade da conduta, uma vez que aliadas denotam maior gravidade a exigir a exasperação da reprimenda. Assim, aumento as penas para ca da um dos crimes de roubo em 3/8, fixando-as nesta terceira fase em: 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa, sendo o valor do dia-multa no montante anteriormente fixado. Por fim, configurada a continuidade entre a primeira e a segunda ação, em sendo aplicável a regra do artigo 71, § único, do Código Penal, que dispõe sobre o crime continuado qualificado ou específico, a norma penal não fixa um patamar mínimo para a exasperação, mas somente um limite máximo, do triplo. Portanto, o aumento não está vinculado ao número de infrações, ficando a critério do magistrado a sua fixação, que no entender deste juízo se mostrava razoável e proporcional para o caso em metade, patamar bastante inferior ao máximo permitido e também ao cúmulo material, que não se mostra benéfico ao acusado. Assim, torno a pena definitiva em 8 anos e 3 meses de reclusão e 26 dias- multa, no valor anteriormente fixado (art. 72 do CP). [...]

O Tribunal local, embora tenha reformado a sentença para reduzir a fração de aumento pelo crime continuado para 1/6, manteve a fração de aumento de 3/8 pelas majorantes, utilizando-se da seguinte fundamentação (e-STJ, fls. 286):

[...]

Na derradeira fase, presentes duas qualificadoras concurso de agentes e emprego de arma de fogo -, houve acertada majoração no patamar de 3/8 (três oitavos), justificado em razão do critério aritmético “a existência das duas circunstâncias cumulativamente implica mais censurabilidade da conduta, uma vez que aliadas denotam maior gravidade a exigir a exasperação da reprimenda” (fls. 165).

Sobre o assunto, insta observar que me convenci do acerto do entendimento jurisprudencial segundo o qual a presença, no caso concreto, de duas ou mais causas especiais de aumento de pena do artigo 157, § 2º, do Código Penal, ainda que não

justificado pelo MM. Juízo ou em razão do critério aritmético, de per si, está a evidenciar um alto grau de reprovabilidade da conduta, a par de denotar a elevada periculosidade do agente, tudo a recomendar maior rigor em seu tratamento pela Justiça Criminal.

[...]

Nos termos da Súmula n. 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.*

Assim, em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, acima da fração mínima de 1/3, requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que a Corte local conferiu legalidade à escolha da fração superior à mínima, pois ofertou motivação concreta, consubstanciada na periculosidade do agente que praticou o crime acompanhado de mais 2 indivíduos e munido de arma de fogo, o que demonstra a reprovabilidade concreta da conduta, a ensejar uma maior resposta penal.

Logo, não se trata de caso em que a simples gravidade das causas de aumento da pena, tomada abstratamente e apenas em seu aspecto numérico, foi usada como motivação para a exasperação da reprimenda, em violação do teor da mencionada Súmula n. 443 do STJ, como apontado pela defesa.

Nessa linha, destaco:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 443 E 440/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA

DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. UM DOS PACIENTES POSSUI CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E, EM RELAÇÃO AO OUTRO ACUSADO, A FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO ALICERÇOU-SE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula 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".

- É de ser mantida a fração de aumento de 3/8, ante as majorantes do 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pois o acórdão recorrido fundamentou a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do crime - os pacientes contaram com a colaboração de um terceiro agente e, no momento da empreitada, houve o emprego de duas armas de fogo -, circunstâncias que justificam o afastamento da fração mínima.

(...)

- Habeas corpus não conhecido (HC 334.746/SP, deste Relator, Quinta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 21/10/2015).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBOS DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO EM 3/8. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

2. O Colegiado a quo, ao dar provimento ao apelo ministerial, fundamentou concretamente a exasperação das penas em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, não havendo que falar em violação da Súmula/STJ 443. As circunstâncias concretas dos delitos, praticados mediante o

emprego de arma de fogo e em concurso de dois outros agentes, um deles menor, bem como a violência exercida contra as vítimas, a toda evidência, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo. Precedente.

3. Tendo sido estabelecida penas-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor Penal, admite-se a fixação de regime mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 336.971/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 17/03/2016).

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Publique-se.

Brasília/DF, 25 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator