

HABEAS CORPUS Nº 543.112 - RJ (2019/0327175-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CINTHIA RODRIGUES MENESCAL PALHARES - RJ094625
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LUCAS SANTOS DOS PASSOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de LUCAS SANTOS DOS PASSOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Criminal n. 0005076-67.2018.8.19.0002.

Consta dos autos que o paciente, denunciado pela prática do crime previsto no art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal, foi absolvido em primeiro grau de jurisdição.

Irresignado, o representante ministerial interpôs recurso de apelação, o qual foi provido, para condenar o paciente como incurso no art. 157, §2º, inciso II, do Código Penal, fixando-lhe a pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 16 dias-multa. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls. 25/27):

“CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL PLEITEANDO A CONDENAÇÃO.

I – DOS FATOS O depoimento da vítima é extremamente preciso, e muito sincero. Em um número considerável de casos, o reconhecimento do réu em Juízo é dificultado pela modificação de sua fisionomia, consequência da distância temporal entre a infração e a audiência (no presente caso – mais de 01 (um) ano), e por força, também, da restrição de sua liberdade em um ambiente mais contido, de mobilidade naturalmente limitada.

A vítima apenas ressaltou o fato de não corresponder a cor do cabelo atual do apelado com àquela usada por ele quando da

prática delitiva. Ora, analisando sua fotografia constante de fl. 127, percebe-se claramente que o recorrido é pardo, sendo mais lógico que possua cabelos negros, ao invés de alourados.

Por sua vez, os esclarecimentos prestados pelo recorrido em Juízo, principalmente quando afirma não conhecer o corréu absolvido Tiago do Carmo de Oliveira, são fantasiosos.

Analisando sua folha de antecedentes criminais, constata-se a existência de outros dois processos instaurados pela prática de semelhantes infrações, sendo que, em uma delas, mais precisamente a registrada sob o número 0026394-43.2017.8.19.0002, figuram como réus o ora recorrido e Tiago do Carmo de Oliveira.

A palavra das vítimas assume especial relevância em crimes patrimoniais.

A materialidade e a autoria delitivas estão minudenciadas na Portaria de fl. 02, no Registro de Ocorrência de fls. 16/17, no Termo de Declaração de fls. 26/27, no Auto de Reconhecimento de Pessoa de fl. 28, e no depoimento e reconhecimento realizados em Juízo.

Por todas as provas carreadas aos autos e contraditadas no curso da instrução criminal, deve-se condenar o recorrido pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

II – DA APLICAÇÃO DAS PENAS Na primeira fase de aplicação das reprimendas, deve-se fixar penas-base no patamar mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias- multa, por inexistirem circunstâncias judiciais desabonadoras.

O recorrido é reincidente específico em crimes de igual natureza, pelo que devem ser majoradas suas sanções para 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Por fim, na terceira fase, as declarações prestadas pela vítima evidenciam o cometimento da infração em concurso de pessoas, pelo que se deve acrescer ao quantum até então aplicado a fração de 1/3 (um terço), totalizando as sanções definitivas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

III – DO REGIME PRISIONAL Nos termos do artigo 33, § 2º, alínea “b”, do Código Penal, interpretado a contrario sensu, o recorrido deve iniciar o cumprimento de sua reprimenda privativa de liberdade em regime fechado.

V – DO PREQUESTIONAMENTO Por fim, quanto ao alegado prequestionamento, inexistente qualquer violação às normas constitucionais e infraconstitucionais suscitadas.

DAR PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL para condenar o apelado Lucas dos Santos Passos, pela prática do crime tipificado no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão no regime fechado e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

No presente writ (e-STJ fls. 2/6), a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, em razão da fração de aumento da sanção na segunda fase da dosimetria da pena.

Argumenta que o acórdão condenatório incorreu em erro, ao fundamentar o aumento pela reincidência específica em $\frac{1}{4}$ (um quarto), em função de uma única anotação, sob a alegação de tratar-se do mesmo crime, contrariando a orientação dessa Corte, que não lhe atribui um peso diferenciado em relação àquela ocorrida por crime diverso. (e-STJ fl. 5)

Afirma, ainda, que a segunda anotação refere-se a condenação ainda em fase de recurso, não se prestando para caracterizar maus antecedentes, personalidade, conduta ou reincidência, sob pena de afrontar, ainda que indiretamente, o teor da Súmula 444 desta Corte. (e-STJ fl. 5)

Diante disso, requer o redimensionamento da sanção, com a aplicação da fração de $\frac{1}{6}$ na segunda fase do cálculo dosimétrico.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ fls. 39/42, opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*, na forma da ementa seguinte:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. PEDIDO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA, EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA. NÃO CABIMENTO NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS.

1. O impetrante pede a reforma da sentença do paciente para reduzir a sua pena, em razão da reincidência. No entanto,

Superior Tribunal de Justiça

modificar o entendimento estabelecido em primeira instância e confirmado pelo Tribunal de Justiça implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é incabível em sede de habeas corpus.

Precedente.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus.

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-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal no agravamento da pena, em razão da reincidência, em fração superior a 1/6.

Sabe-se que o nosso Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação da agravante da reincidência, deve ser fundamentado.

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. LATROCÍNIO TENTADO. ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA N. 241/STJ. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE QUE SE AFASTOU DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA E SEM MENCIONAR A REINCIDÊNCIA. SEGUNDA FASE. AUMENTO DA PENA PROVISÓRIA EM DOIS ANOS, PATAMAR MENOR QUE A FRAÇÃO DE 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. É bem verdade que a lei não prevê as frações que serão aplicadas no caso de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de reincidência, tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentado.

5. No caso, o aumento de 2 anos, pela reincidência, foi menor que a fração comumente usada de 1/6, o que demonstra a inexistência de qualquer ilegalidade a ser sanada por esta Corte Superior.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 324.436/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015) - grifei.

No caso, o Tribunal de origem adotou a fração de aumento de 1/4 pela agravante da reincidência, apenas destacando o fato de ser específica (fl. 33):

O recorrido é reincidente específico em crimes de igual natureza, pelo que devem ser majoradas suas sanções para 05 (cinco) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Contudo, vale consignar que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, 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.

Portanto, na espécie, considerando que o paciente possui apenas uma condenação apta a ser valorada a título de reincidência - a outra condenação se deu por crime praticado após o fato tratado nos autos - e levando-se em conta a ausência de qualquer fundamentação concreta acerca da necessidade de incremento maior, entendo que faz *jus* o paciente à redução do aumento para a usual fração de 1/6.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO

RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INC. I, DO CP. QUANTUM DE AUMENTO NÃO ESPECIFICADO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. DESPROPORCIONALIDADE. COAÇÃO ILEGAL RECONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo ser observado os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

2. Na hipótese, as instâncias de origem majoraram a pena do paciente em 1/2 (metade) de forma desproporcional, sendo patente, pois, o constrangimento ilegal imposto, devendo ser aplicado o aumento de 1/6 (um sexto) em razão da reincidência específica e, na mesma fração, a redução de 1/6 (um sexto) pela atenuante da confissão espontânea.

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos, 3 (três) meses, e 6 (seis) dias de reclusão, e multa, mantido o regime inicial semiaberto. (HC 387.249/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 30/08/2017) - grifei.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AUMENTO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/6 NA SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da

ordem de ofício.

II - Na hipótese, há que se falar em ausência de fundamentação idônea para a majoração da pena em fração maior do que 1/6 (um sexto) pela reincidência, pois, o aumento em 1/3 (um terço) em razão de apenas um título condenatório transitado em julgado, denota desproporcionalidade na segunda fase da dosimetria da pena.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. (HC 385.177/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017) - grifei.

Passo a refazer a dosimetria.

Na primeira fase, mantenho a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda fase, redimensiono a fração da agravante da reincidência para 1/6, ficando a pena em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na terceira fase, permanece o aumento de 1/3 em razão do concurso de pessoas, ficando a reprimenda definitivamente fixada em 6 anos, 2 meses, e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para reduzir a pena corporal do paciente para **6 anos, 2 meses, e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator