HABEAS CORPUS Nº 379.901 - SP (2016/0308717-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	:	MILENA JACKELINE REIS
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	NELSON GIOVANO DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de NELSON GIOVANO DOS SANTOS apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n. 0055574-67.2014.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, além do pagamento de 13 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Segundo a denúncia, o paciente, 2 corréus e outros 3 agentes não identificados abordaram o ofendido ao abrir o portão da sua residência e subtraíram, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, 1 veículo, 2 telefones celulares e outros pertences. Apurou-se que um dos acusados encostou a arma de fogo no peito da vítima.

Três dias após esses fatos, o paciente utilizou o automóvel antes referido para perpetrar o delito de latrocínio tentado em um estabelecimento comercial, oportunidade em que foi preso em flagrante, possibilitando o reconhecimento pela vítima da ação penal originária.

Irresignados, a defesa e o Ministério Público interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal de Justiça, que, nos termos do acórdão de e-STJ fls. 49/55, negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao apelo ministerial para, reconhecendo a causa de aumento prevista no § 2º, I, do art. 157 do Código Penal, majorar a pena na terceira fase da dosimetria em 3/8 (três oitavos), totalizando-a em 5 anos e 6 meses de reclusão.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A273D889-A1BD-42A6-B9C1-7ABAEFC1C68C

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega que, "*em razão da falta de apreensão da suposta arma utilizada para a prática do delito*" (e-STJ fl. 3), a causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo deve ser afastada.

Sustenta que "*o uso de arma para a prática de grave ameaça é justamente o que autoriza o reconhecimento da causa de aumento. Caso o objeto não fosse dotado de potencial lesivo ou não tivesse sido utilizado para ameaçar o ofendido, sequer se haveria que falar em roubo, muito menos majorado"* (e-STJ fl. 4).

Afirma que "*a exasperação da pena se deveu única e exclusivamente à caracterização das causas de aumento, o que consiste, uma vez mais, em ofensa ao ne bis in idem*" (e-STJ fl. 4).

Aduz, ainda, que "*a mera presença de mais de uma causa de aumento não é motivo idôneo para a exasperação das penas ao patamar superior ao mínimo legal"* (e-STJ fl. 4).

Por isso, requer, liminarmente e no mérito, que a majorante relativa ao emprego de arma seja afastada e que o aumento em razão das majorantes, implementado na terceira fase da dosimetria, seja aplicado no mínimo legal, ou seja, 1/3 (um terço) – e-STJ fls. 1/7.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 59/61).

Informações prestadas (e-STJ fls. 68/82).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem para se estabelecer a fração de aumento na terceira fase da dosimetria no mínimo legal de 1/3, em parecer a seguir ementado (e-STJ fl. 84):

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO MAJORADO. FRAÇÃO DE AUMENTO. QUANTIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS. SÚMULA 443/STJ. PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM, DE OFÍCIO.*

É o relatório.

Decido.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A273D889-A1BD-42A6-B9C1-7ABAEFC1C68C

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

A primeira insurgência refere-se ao decote da majorante do emprego de arma sob o argumento de que o artefato não foi apreendido ou mesmo periciado.

Nesse ponto, a Corte de origem reformou a sentença condenatória e teceu as seguintes considerações (e-STJ fls. 52/53):

> ***As majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes restaram comprovadas pela prova oral colhida***.
>
> *A vítima sempre afirmou que eram vários agentes e que portavam arma de fogo. O próprio réu Nelson confessou o roubo, asseverando o concurso com outros indivíduos e que estava armado, não obstante alegando que era um simulacro.*
>
> *Anote-se que a ausência de apreensão da arma de fogo e de exame pericial bastará a comprovação da causa de agravamento" (Ap. n. 1.178.899/9 - Rel. ERICSON MARANHO).*
>
> [...]
>
> *Nesse passo, procede o apelo ministerial para o reconhecimento da causa de aumento do emprego de arma de fogo.* (Grifei.)

Rememoro, de saída, que, segundo a orientação firmada pela Terceira Seção desta Corte, para a incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, não há necessidade de apreensão da arma, nem da sua submissão à perícia, quando comprovada a sua utilização por outros meios de prova.

Confira-se:

> *CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.*
>
> *I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A273D889-A1BD-42A6-B9C1-7ABAEFC1C68C

> *II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.*
>
> *III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.*
>
> *IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.*
>
> *V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.* (EREsp 961.863/RS, relator Ministro CELSO LIMONGI, Desembargador convocado do TJSP, relator para acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011.)

Dessa forma, comprovada a utilização da arma de fogo na empreitada criminosa, por meio dos depoimentos colhidos durante a instrução, dispensável se torna a sua apreensão ou a realização de sua perícia para a aplicação da suscitada causa de aumento de pena.

No caso dos autos, o Tribunal de origem consignou que o emprego da arma de fogo foi comprovado pela prova oral coletada durante a instrução do processo, sendo desnecessária a apreensão do artefato e submissão à perícia, nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal.

Verifica-se, portanto, que o posicionamento expendido no acórdão combatido encontra-se em harmonia com a orientação firmada no Superior Tribunal de Justiça, não havendo, no pormenor, flagrante ilegalidade ou teratologia a ser sanada nesta oportunidade.

Em segundo lugar, busca-se, com a presente impetração, a aplicação da fração mínima de aumento na terceira fase da dosimetria da sanção.

Com efeito, a Corte estadual, ao dar provimento à apelação ministerial, apresentou as seguintes justificativas para incidência das majorantes em fração acima do mínimo de 1/3 (e-STJ fls. 79/80):

> *Na derradeira etapa do sistema trifásico, presentes duas causas de*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A273D889-A1BD-42A6-B9C1-7ABAEFC1C68C

> *aumento de pena (concurso de agentes e emprego de arma), aumentam-se as penas de 3/8 (três oitavos), restando definidas em cinco anos e seis meses de reclusão e pagamento de treze dias-multa, no valor mínimo, atualizado.*
>
> *A propósito, saliento que, embora tenha sustentado, em período pretérito, a posição de que o simples reconhecimento, na sentença, da existência de mais de uma majorante no crime de roubo não constitui causa obrigatória de exasperação da reprimenda em fração superior ao mínimo legal, em nova reflexão sobre o tema, convenci-me 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, 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.*

Entretanto, vislumbro flagrante ilegalidade no que diz respeito à aplicação da fração de aumento de 3/8 na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado.

Na esteira da orientação sedimentada no enunciado 443 da Súmula desta Casa, "*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*".

Na espécie, a Corte *a quo* fixou a fração de 3/8, superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, com base apenas no número de majorantes, o que não encontra guarida na jurisprudência desta Corte, segundo a qual o aumento da reprimenda acima da fração mínima deve estar ancorado em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e que indiquem a maior reprovabilidade da conduta, como emprego de várias armas de fogo, armas de grosso calibre, elevado número de agentes, entre outras.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 443 DO STJ. CRIME ÚNICO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERSIDADE DE VÍTIMAS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A273D889-A1BD-42A6-B9C1-7ABAEFC1C68C

[...]

2. 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 n. 443 do STJ.

3. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

4. Praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria. (HC 227.160/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudescimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A273D889-A1BD-42A6-B9C1-7ABAEFC1C68C

> ***Do mesmo modo, ainda que tenham citado a participação de três agentes na empreitada criminosa, quantidade que considero apta a fundamentar a exasperação em patamar acima de 1/3, tal fator foi utilizado apenas para justificar a presença da majorante do concurso de pessoas, que somada à do uso de arma foi matematicamente utilizada para fundamentar a exasperação da pena em 3/8 na etapa final da dosimetria.***
>
> *3. É firme nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".*
>
> *Seguindo tal entendimento, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se a situação já prevista no próprio tipo.*
>
> *Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente, em relação ao crime de roubo, que somada à pena imposta pelos dois crimes de receptação, se torna definitiva no patamar de 7 anos e 4 meses de reclusão, e 30 dias-multa, a ser iniciada no regime semiaberto.* (HC 353.281/SP, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016, grifei.)

Nessa alheta, há constrangimento ilegal decorrente da aplicação, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, de fração superior à mínima legal, sem a indicação de circunstâncias ou de elementos – ligados às referidas majorantes – capazes de demonstrar maior desaprovação da conduta.

Assim, deve incidir a fração no seu grau mínimo, qual seja, de 1/3.

Procedo, assim, à readequação da dosimetria, conservando os parâmetros adotados na origem:

Mantenho a pena-base no mínimo legal de 4 anos de reclusão, mais pagamento de 12 dias-multa.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A273D889-A1BD-42A6-B9C1-7ABAEFC1C68C

Na segunda fase, as penas permanecem naquele patamar, diante da compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão.

Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição da pena, aplico a fração mínima de 1/3, diante da presença das duas majorantes, o que perfaz a sanção definitiva de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 13 dias-multa.

Ante o exposto, **concedo em parte a ordem para aplicar a fração mínima de aumento na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, e, assim, reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, além de 13 dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: A273D889-A1BD-42A6-B9C1-7ABAEFC1C68C