

**HABEAS CORPUS Nº 567.114 - SP (2020/0069141-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
LUCAS MATHEUS MOLINA - SP329364  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RAFAEL PAULISTA PEREIRA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RAFAEL PAULISTA PEREIRA no qual se aponta como ato coator o acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

De acordo com os autos que foi o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, I, II e IV, do Código Penal (roubo majorado), às penas de 7 anos de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, e de pagamento de 21 dias-multa (e-STJ fls. 10/14). Nessa oportunidade, foi negado ao agente o direito de recorrer em liberdade.

Segundo a acusação, o paciente e um corréu invadiram a residência de uma família, ameaçando pais e filhos com arma de fogo, e subtraíram um automóvel, joias, *notebook*, televisores e outros bens.

Interpostas apelações, a Corte estadual deu parcial provimento aos recursos nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 16):

*ROUBO CIRCUNSTANCIADO. Recursos defensivos. Pedido de liberdade provisória (FELIPE) que, à esta altura, está prejudicado pelo presente julgamento. Absolvição. Impossibilidade. Autoria e materialidade bem delineadas. Manutenção das majorantes porque prestigiadas pela prova oral. Redução das penas em maior grau (FELIPE), pela menoridade relativa, com adequação das pecuniárias de ambos à corporal, proporcionalmente. Inteligência do art. 68 do Código Penal. Manutenção do regime fechado. Provimento parcial.*

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega que "a mera indicação do número de majorantes não é suficiente para fundamentar a exasperação da reprimenda em patamar superior ao mínimo" (e-STJ fl. 4). Cita o enunciado 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

# Superior Tribunal de Justiça

Acrescenta que "o fundamento utilizado apenas em segundo grau de que as circunstâncias judiciais desfavoráveis justificariam a exasperação em patamar superior também não pode prosperar, uma vez que estas circunstâncias já foram utilizadas na primeira fase da dosimetria para o aumento da pena-base" (e-STJ fl. 5).

Aduz que, redimensionada a pena, deve ser readequado o regime inicial.

Pede a extensão do julgamento ao corrêu, na forma do art. 580 do Código de Processo Penal.

Diante disso, requer, em liminar e no mérito, "a readequação da reprimenda para exasperação em patamar mínimo na terceira fase da dosimetria à luz da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça e readequação do regime ao novo montante de pena" (e-STJ fl. 6).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 29/31).

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação do writ (e-STJ fls. 54/56).

É o relatório.

## **Decido.**

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.

No caso em tela, assim foi fundamentada a dosimetria da pena na sentença condenatória, *ipsis litteris* (e-STJ fl. 13):

*Inicialmente, tem-se que, diante das graves circunstâncias da hipótese vertente - sobretudo em se considerando que, para perpetrar a subtração, os agentes invadiram residência onde se encontrava uma família -, a pena-base deve ser fixada, para cada acusado, acima do patamar mínimo cominado à espécie, isto é, em*

*cinco anos de reclusão e pagamento de quinze dias-multa.*

*Em seguida, relativamente ao corréu Felipe Leandro, reconhecida a menoridade relativa a época dos fatos, diminui-se a pena, passando para quatro anos e onze meses de reclusão e catorze dias-multa.*

*Quanto ao réu Rafael, inexistindo circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, as reprimendas permanecem inalteradas.*

*Na derradeira etapa do sistema trifásico, mister aplicar-se o índice exasperador de 2/5 (dois quintos), devido à presença das majorantes do concurso de agentes, emprego de arma e restrição à liberdade ambulatorial das vítimas, totalizando as penas, para Felipe Leandro, seis anos, dez meses e dezoito dias de reclusão, mais pagamento de dezenove dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado, e, quanto a Rafael, sete anos de reclusão e pagamento de vinte e uma diárias, no piso legal, corrigido.*

Já o Tribunal de origem assim se manifestou quanto à dosimetria (e-STJ fls. 19/20):

*Analisam-se as penas.*

*Ambos tiveram as iniciais acrescidas da implícita fração de 1/4, 5 anos de reclusão e 15 (sic) dias-multa, calcadas nas circunstâncias do delito, em especial porque, nitidamente, transbordaram a normalidade ínsita ao tipo, em virtude das graves ameaças feitas à vítima e demais membros do núcleo familiar, subjugados, mediante comparsaria e emprego de arma de fogo, dentro da própria residência o que, naturalmente aumenta a reprovabilidade da conduta, pois fatos ocorridos no interior de qualquer domicílio merecem maior reprovabilidade, pois a casa é o asilo inviolável do indivíduo - art. 52, XI, da Constituição Federal -, não podendo ser apenado, v.g., como aqueles cometidos em público, havendo maior desvalor e, conseqüentemente, se afigura justo, para reafirmação da norma penal violada, que a resposta Estatal seja mais intensa, proporcional à gravidade do crime.*

*Todavia, como a pecuniária não guardou proporção à corporal, ao arrepio do art. 68 do Código Penal, fica agora diminuída a 12 dias-multa, mesma providência a ser observada nas fases seguintes, o aqui desde já se anota por medida de economia processual.*

*Na segunda fase, as penas de FELIPE foram reduzidas da oculta fração de 1/60 (aproximadamente), pela atenuante da menoridade relativa, sem justificativa bastante, o que ora se modifica, aplicando-se o mínimo de 1/6, chegando-se a 4 anos, 2 meses de reclusão e 10 dias-multa.*

*Na derradeira, ambos tiveram as penas aumentadas em 2/5, pela tripla causa de aumento, fundamentada na 1ª fase do trifásico, pois demonstrada, de fato, maior temibilidade das condutas, autorizadora do quantum adotado, de modo a afastar a aplicação da Súmula nº 443 do STJ.*

# Superior Tribunal de Justiça

*A este teor, confira-se: STJ - 5ª Turma - HC nº 225517/RJ - Ministra MARILZA MAYNARD - DJe 03/06/2013.*

*Assim, doravante, tornam-se definitivas em 5 anos, 10 meses de reclusão e 14 dias-multa (FELIPE) e 7 anos e 16 dias-multa (RAFAEL).*

Delineada a situação fática, passo à análise das teses aviadas.

## **Alegação de violação à Súmula n. 443/STJ**

A análise dos excertos acima demonstra que o aumento de 2/5 (dois quintos) na terceira fase da dosimetria levou em consideração apenas a quantidade de majorantes do delito de roubo, o que vai de encontro ao enunciado da Súmula n. 443/STJ, que prescreve:

*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 443, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

Portanto, não observada a necessidade de fundamentação concreta para o aumento da pena na terceira fase do delito de roubo, mostra-se de rigor a aplicação em sua fração mínima, a saber, de 1/3 (um terço).

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE. ATENUANTE DE MENORIDADE RELATIVA. INCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELAS DUAS MAJORANTES. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*5. No que tange à terceira fase do procedimento dosimétrico, a sentença aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, devendo, portanto, ser limitado o aumento a 1/3 (um terço). Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 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."*

[...] (HC 504.883/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019)

Passo, assim, à nova dosimetria da pena.

Mantenho a pena tal como fixada na primeira e na segunda fases, ou seja, em 5 anos, além de 12 dias-multa.

Na terceira fase, exaspera-se a pena em 1/3 em função das majorantes relativas ao concurso de pessoas, ao emprego de arma de fogo e à restrição à liberdade, fixando-a em **6 anos e 8 meses de reclusão, além de 16 dias-multa**, a qual a torno definitiva ante a ausência de outras causas modificadoras.

**Fixação do regime inicial menos gravoso**

O Juízo de primeiro grau estabeleceu o regime prisional fechado assim consignando (e-STJ fl. 14):

*Por derradeiro, no que concerne ao regime prisional impositivo à espécie, mister fixar-se, para ambos os acusados, a modalidade inicial fechada, tendo em vista a gravidade concreta da hipótese vertente a denotar a elevada periculosidade dos agentes, que invadiram a residência de uma família, asilo inviolável do cidadão, e ameaçando todos de morte com armas de fogo, submetendo-os a momentos de pânico, cabendo ressaltar, ainda, que todos tiveram suas liberdades restringidas. Anoto que eventual direito ao cumprimento da sanção imposta em regime menos rigoroso, em razão do tempo em que os acusados encontram-se presos preventivamente, deve ser analisado pelo Juízo da Execução, aferindo-se o preenchimento do requisito subjetivo.*

O Tribunal local manteve a sentença, no ponto, apresentando a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 20):

*No que pertine ao regime, de rigor a manutenção do fechado, porque decorrente da gravidade concreta da conduta perpetrada, demonstrada nas circunstâncias do delito, como minuciosamente explanado, cujo desvalor é maior e se afigura justo, para reafirmação da norma penal violada, que a resposta Estatal seja mais intensa, proporcional à gravidade do crime.*

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal).

Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que ocorreu na espécie.

Na espécie, foram apontados elementos concretos a justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, uma vez que o paciente praticou o delito em concurso de agentes, com emprego de arma de fogo e restrição da liberdade da vítima, invadindo *"a residência de uma família, asilo inviolável do cidadão, e ameaçando todos de morte com armas de fogo, submetendo-os a momentos de pânico"* (e-STJ fl. 14), o que demonstra maior ousadia, periculosidade e desrespeito aos bens juridicamente tutelados.

No mesmo sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

[...]

*II - Na hipótese dos autos, o paciente é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tendo sido condenado ao cumprimento da pena fixada em 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.*

*III - Por outro lado, não se constata flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o fechado, diante da gravidade concreta do delito praticado, "A valoração qualitativa da ação concretamente colocada em prática, com cinco agentes, um deles portando uma arma de fogo, em plena via pública, sem dúvida colocou em risco não só a vida da vítima, como também a de terceiros, o que tornou a conduta ainda mais lesiva e desvaliosa".*

*Habeas corpus não conhecido* (HC 444.867/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 23/05/2018).

*PENAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, II e V, DO CP). CONTINUIDADE DELITIVA. [...] REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. MODO MAIS SEVERO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.*

[...]

3. Com relação ao regime inicial, tem-se que esta Corte superior

entende que, ainda que as circunstâncias pessoais do acusado sejam todas favoráveis e o quantum de pena indique a possibilidade de modo prisional mais brando, é possível o seu recrudescimento quando baseado em fundamento concreto.

4. Hipótese em que as características do roubo ultrapassaram o comum à espécie, notadamente pelo fato de a arma ter sido apontada para a cabeça da vítima, afigurando-se correta a fixação de regime inicial fechado.

5. Recurso especial parcialmente provido para reconhecer a desistência voluntária com relação ao 2º fato, redimensionando-se a reprimenda nos termos do voto (REsp 1500416/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017).

### **Dispositivo**

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem para redimensionar a pena do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão, além de 16 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator