HABEAS CORPUS Nº 488.206 - SP (2019/0002397-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO JULIANA DO VAL RIBEIRO - SP291690
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FRANCISCO ROBERTO DA SILVA RODRIGUES (PRESO)
PACIENTE	:	ISACK FERREIRA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FRANCISCO ROBERTO DA SILVA RODRIGUES e ISACK FERREIRA DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0063223-78.2017.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incursos nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos II e V, do Código Penal, sendo FRANCISCO ROBERTO DA SILVA RODRIGUES condenado à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ISACK FERREIRA DA SILVA à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, e deu provimento parcial ao recurso ministerial, a fim de redimensionar a reprimenda de FRANCISCO ROBERTO DA SILVA RODRIGUES para 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, e de ISACK FERREIRA DA SILVA para 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, a impetrante requer, em síntese, a diminuição da fração de aumento, em razão das majorantes do roubo, na terceira fase da dosimetria das penas, para 1/3 (um terço).

Não houve pedido liminar.

As informações foram prestadas às fls. 178-200.

O MPF, às fls. 202-206, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No tocante à fração de aumento decorrente das majorantes do roubo, observa-se que a Corte estadual consignou o seguinte (e-STJ, fl. 79):

> *"Porém, na terceira fase, as sanções exigem ajuste, na esteira do que foi requerido pela acusação, pois, diante da*

> *presença de duas causas de aumento (concurso de agentes e restrição da liberdade da vítima), devem mesmo ser majoradas de 3/8, fração mais compatível com a gravidade concreta do crime em estudo, diante da impossibilidade de se equiparar o roubo duplamente circunstanciado com aquele praticado com a incidência de somente uma causa de aumento, sob risco de ofensa ao princípio da individualização das penas, perfazendo, então, seis anos e cinco meses de reclusão e quinze dias-multa, no piso.*
> *No que concerne ao acusado ISACK, as básicas também foram fixadas no mínimo legal, todavia, igualmente comportam adequação no tocante à última etapa do sistema trifásico, em razão do número de causas de aumento (exasperação de 3/8), conforme exposto alhures, resultando, nesse passo, cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias multa, no valor unitário mínimo."*

Verifica-se, da leitura do excerto supra, que a fração de aumento das penas foi fixada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas aos sentenciados e, assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no Enunciado Sumular n.º 443 desta Corte Superior, a saber*:*

> *"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".*

Desta feita, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável aos réus e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

> *"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO QUANTUM DE AUMENTO IMPOSTO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 443/STJ. REGIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[…]*
> *2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é*

inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

*3. **Nos termos da Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o quantum de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes.***

4. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. 5. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu modus operandi. No caso, as subtrações dos veículos foram realizadas em concurso de agentes entre os pacientes e grave ameaça, por meio da utilização de arma de fogo e de veículo de apoio, o que denota a maior reprovabilidade da conduta e a necessidade de regime mais rigoroso, em atendimento ao princípio da individualização da pena. 6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes).

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir as penas dos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado.

(HC 479.960/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019)"

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03, ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP, ART. 157, § 2, I, II E V, DO CP E ART. 155, § 4º, II E IV, DO CP. AGRAVO DE A. M. DA S. S. SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUMENTO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA PELO NÚMERO DE MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA 443/STJ. REDUZIDA AS PENAS. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

*6. **Flagrante ilegalidade reconhecida, porquanto, na terceira fase da pena, exige-se fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua majoração a mera indicação do número de causas de aumento do delito de roubo, nos termos da Súmula 443 desta Corte.***

7. Agravos regimentais improvidos e habeas corpus concedido, de

> *ofício, para reduzir as penas dos agravantes relacionadas aos crimes de roubo, ante a inobservância da Súmula 443/STJ, mantido o regime fechado.*
> *(AgRg no REsp 1668610/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)"*

Assim, vislumbra-se presente o constrangimento ilegal deduzido, impondo-se a concessão da ordem de ofício nesse ponto, pois não se apontou justificativa circunstancial que permita a adoção da fração de 3/8 (três oitavos) na hipótese, devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), restando as reprimendas dos pacientes definitivamente em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão para FRANCISCO ROBERTO DA SILVA RODRIGUES e 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão para ISACK FERREIRA DA SILVA, diante da ausência de outras causas modificativas.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, não conheço do *writ*, contudo, **concedo *o habeas corpus* de ofício,** nos termos do art. 654, § 2º, Código de Processo Penal, a fim de alterar o patamar de aumento das penas de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando as reprimendas dos pacientes para **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão** para FRANCISCO ROBERTO DA SILVA RODRIGUES e **3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão** para ISACK FERREIRA DA SILVA, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator