HABEAS CORPUS Nº 482.331 - SP (2018/0323993-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	FELIPE QUEIROZ GOMES E OUTRO
ADVOGADOS	:	MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917
		FELIPE QUEIROZ GOMES - SP392520
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	FERNANDO NERIS LUZ (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FERNANDO NERIS LUZ contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0109803-45.2012.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, e artigo 180, *caput*, na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória.

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

Não houve pedido liminar.

O MPF, às fls. 31-38, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

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, fls.18-19):

> *"As causas de aumento do roubo autorizam a majoração das penas no patamar eleito pelo ilustre magistrado, uma vez que mais vulnerável, a vítima, ante a ação de dois agentes, e patente que mais grave o emprego de arma de fogo, nos termos ressaltados pelo douto sentenciante."*

Verifica-se, da leitura do excerto supra, que a fração de aumento da pena foi fixada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado 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 ao réu 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 a reprimenda do paciente em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, diante da ausência de outras causas modificativas.

Por fim, considerando o concurso material entre os crimes de roubo e receptação, totaliza-se a pena definitivamente em **6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão**.

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 redimensionar a pena para **6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator