HABEAS CORPUS Nº 488.384 - SP (2019/0003714-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		CAROLINA COSTA FIÃES BICALHO - RJ162569
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	GABRIEL MOREIRA GOMES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GABRIEL MOREIRA GOMES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0006811-27.2016.8.26.0224).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, *caput*, ambos do Código Penal, às penas de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 26 dias-multa (fls. 8/19).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo*, por maioria de votos, negou provimento ao recurso (fls. 41/49).

Visando fazer prevalecer o voto minoritário, a defesa opôs embargos declaratórios, os quais foram rejeitados pelo acórdão de fls. 55/58.

No presente *mandamus* (fls. 3/7), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o aumento da pena relativa ao crime de roubo em patamar superior a 1/3, na terceira fase da dosimetria, com base na mera indicação do número de majorantes, sem que fosse utilizada fundamentação idônea.

Ao final, liminarmente e no mérito, pedem a concessão da ordem para que a causa de aumento incidente no delito de roubo seja aplicada na fração mínima legal.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do *habeas corpus* e pela denegação da ordem (fls. 129/134), em parecer assim ementado:

> *HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 157, §2º, I E II, CC. O ART. 70, AMBOS DO CP). WRIT QUE BUSCA A REDUÇÃO DA REPRIMENDA APLICADA, SOB ALEGATIVA DE TER SIDO ILEGALMENTE EXACERBADA DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL, SOMENTE, EM RAZÃO DA PRESENÇA DE 02 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA.*
>
> *DESCABIMENTO. HIPÓTESE EM QUE SE EVIDENCIA A GRAVIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRÁTICA DELITUOSA, TAIS COMO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO.*
>
> *JUSTIFICÁVEL ELEVAÇÃO DA SANÇÃO PENAL A PISO SUPERIOR AO MÍNIMO DE 1/3. PRECEDENTES. PARECER PELO CONHECIMENTO DO MANDAMUS E PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM POSTULADA.*

É o relatório. **Decido**.

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confiram-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014; e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Objetiva-se, no presente *writ*, a realização de nova dosimetria da pena, com a redução da fração de aumento de pena, na terceira fase, para o mínimo de 1/3, em razão da incidência de duas majorantes.

No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, na terceira fase da dosimetria, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi expresso no Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

> *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.*

Em relação às majorantes do roubo, as instâncias ordinárias fixaram o aumento da pena nos seguintes termos:

> *Em decorrência do número de qualificadoras (arma e concurso de agentes), aumento a pena em 3/8, resultando em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e treze dias-multa* (sentença - fl. 18).
>
> *Na derradeira etapa do sistema trifásico, houve-se com acerto o MM. Julgador monocrático ao majorar as sanções em 3/8 (três oitavos), por força das causas de aumento do emprego de arma*

e concurso de pessoas (acórdão proferido no julgamento da apelação - fls. 46/47).

Mantém-se a majoração da pena base do crime de roubo em 3/8, pela presença de duas qualificadoras (concurso de agentes e emprego de arma art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal), e não em 1/3 como aplicada pelo il. 3º Juiz.

Tal entendimento acompanha o posicionamento anteriormente adotado pelo STJ antes da publicação da Súmula 443, ou seja, o de que nos delitos de roubo, na fase final respeita-se o critério aritmético, com elevação de 3/8 quando presentes duas causas de aumento:

"Na hipótese de existir concurso de causas de aumento da pena prevista para o crime de roubo, para evitar tratamento igual para situações diferentes, em princípio, a menor fração de aumento previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal deve ser destinada ao caso de apenas uma qualificadora; havendo duas, a majoração deve ser de 3/8; existindo três, eleva-se em 5/12; em se tratando de quatro, o aumento deve ser de 11/24; e, por fim, verificada a concorrência das cinco causas de aumento previstas, o acréscimo deve alcançar o patamar máximo, ou seja, a metade."(STJ 5ª T. HC nº 42.459-SP Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima j. 06.09.05 v.u. DJU 10.10.05, pág. 403, grifo nosso).

De qualquer forma, com todo respeito, especialmente ao entendimento da D. Corte Federal, parece óbvia a existência de uma proporção direta entre o índice e a quantidade de causas de aumento, vez que quanto mais causas de aumento forem reconhecidas, mais reprovável a conduta do agente.

Até seria razoável adotar-se a inteligência do verbete da referida súmula no concurso dos incisos III, IV e V do § 2º do art. 157 do Código Penal, eis que editados num momento particular do recrudescimento das hipóteses ventiladas, mas sem nenhuma relação com o sucesso ou insucesso do crime, o que quer dizer que apenas situações bem diferenciadas poderiam provocar um aumento maior que o de 1/3, que é o mínimo para o delito de roubo qualificado.

Mas nas hipóteses do uso de arma e concurso de agentes, o que é mais comum e apavora a sociedade ordeira, muitas vezes se degenerando para o latrocínio, a gravidade do fato está na própria conduta, uma vez que a concorrência dessas duas causas de aumento aumenta logicamente a possibilidade de êxito, diminuindo a capacidade de reação da vítima, pelo que o aumento deve ser factual e sem necessidade de outros fundamentos.

> *Daí que a pena do ora embargante pelo crime de roubo duplamente qualificado resta inalterada em 6 anos e 5 meses de reclusão, e pagamento de 26 diárias de multa, no piso* (acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes - fls. 57/58).

Conforme se extrai dos trechos acima transcritos, as instâncias ordinárias, ao aumentarem a pena, na terceira fase da dosimetria, deixaram de evidenciar de que forma a conduta do paciente desbordou para um comportamento mais grave, além do definido no tipo penal e nas majorantes, as quais já previam a utilização de arma e de concurso de agentes, fundamentação concreta que justificaria a exasperação da sanção em fração superior ao mínimo de 1/3. No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente:

> *HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. É da jurisprudência deste Tribunal que, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, a título de indicador de maus antecedentes, de conduta social negativa ou de a personalidade do agente ser voltada para o crime. Inteligência do Enunciado Sumular n. 444 do STJ, segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".*
>
> *2. O Juiz de primeira instância utilizou-se de ação penal em andamento para atribuir valor negativo às circunstâncias da conduta social, dos antecedentes e da personalidade. Há registro de uma ação em que, embora haja informação de condenação contra o paciente, não consta o trânsito em julgado.*
>
> *3. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em*

observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam à redução em 3 meses, na segunda fase da dosimetria, pela incidência da atenuante da menoridade relativa do réu - valor desproporcional em relação ao aumento da pena-base, pela incidência de uma circunstância judicial considerada negativa -, sem indicar fundamentação concreta.

5. 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.

6. As instâncias ordinárias, não obstante hajam particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, 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. Ressalva do relator.

7. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

8. Tanto o Juízo monocrático quanto a Corte de origem apenas indicaram a gravidade abstrata do delito de roubo e consideraram a valoração negativa da circunstância judicial, ora reconhecida como ilegal, o que tampouco serve para motivar o regime fechado.

9. A ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF. Ressalva do relator.

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a ilegalidade na redução da pena em relação à menoridade relativa do réu, adotar o patamar de 1/3 para o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de

> *reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto* (HC 228.310/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016).

Assim, necessária a realização de nova dosimetria.

Na primeira e na segunda etapas, ficam mantidas as penas estabelecidas pelo Tribunal *a quo* para os delitos de roubo – 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na terceira fase, aplico a fração mínima de 1/3 em razão da incidência das duas causas de aumento, de forma que fixo a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

Aplicada a fração de 1/6 pelo concurso formal, a pena final resulta em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 15 dias-multa.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena aplicada, apenas para os delitos de roubo circunstanciado, para **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa,** mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator