HABEAS CORPUS Nº 470.453 - SP (2018/0246834-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ALAN FARIAS DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALAN FARIAS DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 008969-60.2017.8.26.0405.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 16 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, conforme sentença de fls. 196/205.

Inconformada, a defesa apelou e a Corte local negou provimento ao recurso (fls. 263/272).

No presente *writ*, a defesa alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal na fixação da pena, na terceira fase da dosimetria, em fração superior a 1/3, baseada a fundamentação em critério referente ao número de majorantes presentes no caso. Aponta incidir ao caso o disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

Argumenta, ademais, que *há negativa de vigência ao art. 68, parágrafo único, do CP, assim redigido: No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.* Diante disso, entende ser manifesto *o constrangimento ilegal, sendo de rigor o afastamento de uma das causas de aumento e, com isso, a realização de novo cálculo penal* (fl. 6).

Requer, liminarmente, a imediata soltura do paciente e, subsidiariamente, a aplicação de uma das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. No mérito, pleiteia que se promova o aumento da pena do crime de roubo, na terceira fase, no mínimo legal.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 285/286).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 291/293), nos termos da seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 157, §2º, I E II, DO CP).*
>
> *AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS) FIXADA COM BASE NA QUANTIDADE DE MAJORANTES, SEM MENÇÃO A ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*
>
> *PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM, PARA REDUZIR PARA 1/3 (UM TERÇO) A FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA EM DECORRÊNCIA DAS MAJORANTES DO ROUBO RECONHECIDAS.*

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, não verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem, de ofício.

A defesa se insurge contra o *quantum* de incremento punitivo aplicado na terceira fase da dosimetria da pena do paciente, o qual teria levado em consideração apenas o critério quantitativo do número das causas de aumento.

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, 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.*

No caso dos autos, extrai-se da sentença a seguinte fundamentação para majorar a reprimenda na fração de 3/8 (e-STJ fls. 201/203):

> *[...]*
>
> *Na derradeira fase da fixação da reprimenda, cabível o acréscimo decorrente das duas causas de aumento reconhecidas na sentença e previstas no §2º do artigo 157, do Código Penal, em razão do concurso de agentes e da posse de arma.*
>
> *Nesse particular, a pena deve receber aumento de 3/8, resultando em uma reprimenda de 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, além de 16 (dezesseis) dias-multa. "No crime de roubo, sendo cinco as qualificadoras previstas no §2º do artigo 157 do Código Penal, a majoração da pena deve obedecer ao seguinte critério:*
>
> *1/3, se presente uma causa; 3/8, se presentes duas causas; 5/12, se presentes três; 7/16, se quatro e de 1/2, se presentes as cinco causas especiais de aumento" (RJDTACrim 63/64).*
>
> *À míngua de outros elementos que influenciem na fixação da pena e não havendo outras causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, torno definitiva a reprimenda aplicada.*
>
> *Tal majoração é necessária, pois o emprego de arma poderia ter redundado em lesão à vítima. Não é ínfimo o número de ocorrências com morte em assaltos, significando, o porte de arma, pelo roubador, sua incontestável supremacia em desfavor dos frágeis cidadãos.*
>
> ***Por outro lado, o concurso de agentes assegurou uma maior intimidação à vítima, que bem se atentou à presença de três indivíduos na prática do roubo.***
>
> *Ora, apenar-se igualmente um roubo meramente circunstanciado (uma só causa de aumento), e um roubo duplamente circunstanciado (com duas causas de aumento),*

pela aplicação da fração mínima de aumento legal (1/3 um terço), iria contra a individualização de penas em face de condições de agentes e circunstâncias, o que, certamente, não desejam os Tribunais Pátrios, nem mesmo o Colendo Superior Tribunal de Justiça (não sendo, a Súmula nº 443, contraditória à afirmativa, visando, ela, tão-somente, a que se justifique mais minuciosamente o quantum de majoração, o que ora se faz).

E visto o número de causas de aumento configuradas, em face das previstas em lei, a fração é a mais lógica, porque proporcional (parecendo que outra derivaria de convicção íntima). (grifei)

Dessa forma, em razão da existência de peculiaridades no caso concreto que justificam a majoração acima do mínimo em razão da maior reprovabilidade da conduta - em especial a comparsaria de 3 indivíduos e o emprego de arma de fogo na empreitada criminosa - não se aplica o enunciado n. 443 da Súmula deste Tribunal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 443/STJ. INAPLICÁVEL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. WRIT NÃO CONHECIDO. LIMINAR REVOGADA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

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 do Enunciado de 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. Na hipótese, as instâncias ordinárias justificaram concretamente o aumento de 3/8 da pena intermediária do crime de roubo, diante da gravidade do crime. O crime de roubo foi praticado em concurso de três agentes, em plena via pública, mediante grave ameaça de arma de fogo de alto potencial lesivo, conforme constata o acórdão impugnado, o que demonstra a maior gravidade das circunstâncias majorantes a justificar o aumento realizado pelas instâncias ordinárias, conquanto tenha o aumento coincidido com aquele realizado com base unicamente no número de majorantes.

5. 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. 6. 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, consistente em subtração praticada em concurso de três agentes, em plena via pública, mediante grave ameaça de arma de fogo de alto potencial lesivo. Tal conduta exige indubitavelmente resposta estatal superior, dada sua maior reprovabilidade, em atendimento ao princípio da individualização da pena. 7. 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).

8. Writ não conhecido. Liminar revogada. (HC 482.552/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTE GENÉRICA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 443 DO STJ. NÃO VIOLAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

> *1. A premeditação é elemento considerado válido pela jurisprudência desta Corte Superior, par fins de majoração da pena-base, em relação à culpabilidade.*
>
> *2. Acerca das consequências, ficou registrado o trauma psicológico sofrido pelas vítimas - especialmente a que levou uma coronhada na cabeça de um dos réus -, além do prejuízo material e a sensação de maior vulnerabilidade causada pela experiência, que as levaram a equipar a casa com monitoramento de segurança.*
>
> *3. Não houve bis in idem na aplicação da agravante do art. 61, II, "c", do Código Penal, pois o fato de as vítimas haverem sido amarradas e colocadas no chão não foi utilizado, exclusivamente, em outra fase da dosimetria e configura, sim, elemento concreto e idôneo para elevar a sanção pela respectiva agravante genérica, dada a nítida dificuldade de defesas dos ofendidos.*
>
> *4. A menção de que o delito foi cometido por dois três agentes, com emprego de arma de fogo e exacerbada violência real contra uma senhora, não sem mencionar as ameaças psicológicas com a arma ostentada durante toda a empreitada criminosa -, demonstra ineludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito, a justificar o aumento da pena na terceira fase acima da fração mínima, sem violação da Súmula n. 443 do STJ.*
>
> *5. Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 439.757/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)

Ante todo o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal, com base no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator