HABEAS CORPUS Nº 499.970 - SC (2019/0080955-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	LUCAS EDUARDO FRANCA DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de **LUCAS EDUARDO FRANCA DA SILVA**, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.**

Ressai do procedimento que o paciente foi condenado às penas de 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime semiaberto, e 32 (trinta e dois) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, parágrafo 2°, incisos I, II e V, do Código Penal e do art. 244-B da Lei 8.069/90.

Irresignados, a defesa e a acusação interpuseram recurso de apelação ao Tribunal de origem, que deu provimento somente ao apelo ministerial, e fixou a reprimenda **em 07 (sete) anos, 03 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, em regime fechado, e 17 (dezessete) dias-multa**, nos termos do acórdão juntado às fls. 633-672.

No presente **writ**, o impetrante sustenta constrangimento ilegal na dosimetria da pena, uma vez que a fração aplicada na terceira fase da dosimetria da sanção, careceria de fundamentação concreta, tendo sido determinada apenas em razão da quantidade de majorantes, em desacordo com a **Súmula 443/STJ**.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para, na terceira fase da dosimetria de pena, reduzir a fração das majorantes para um terço (fls. 3-10).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 676-677.

As informações foram prestadas às fls. 680-746.

O Ministério Público Federal, às fls. 750-752, manifestou-se pela **denegação da ordem.**

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento do ato, salvos os casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Destarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante sustenta constrangimento ilegal na dosimetria da pena, uma vez que a fração aplicada na terceira fase da dosimetria da sanção, careceria de fundamentação concreta, tendo sido determinada apenas em razão da quantidade de majorantes, em desacordo com a **Súmula 443/STJ**.

De acordo com o disposto no enunciado n. **443 da Súmula/STJ:** *"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"*.

Consoante foi decidido no Recurso Especial nº 264.224/DF, de minha relatoria, cujo acórdão foi publicado no DJU de 08/04/2002, o que legitima a majoração da reprimenda acima do patamar mínimo não é a quantidade de causas de aumento de pena que incidem ao caso, e sim a fundamentação emitida pelo órgão julgador.

É perfeitamente admissível, desde que motivados, o decisório que, diante de uma única causa de aumento de pena, exacerbe a reprimenda

acima do mínimo legal, bem como aquele que, ante a ocorrência de mais de uma majorante, determine o acréscimo da pena no patamar mínimo.

Portanto, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada. Não pode ser automática. Isso porque o Código Penal diz, tanto no parágrafo único do art. 68, como no § 2º do art. 157, "*pode o juiz*" e "*aumenta-se de 1/3 até metade*", indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada, sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima.

Na hipótese, quanto ao **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, bem consignou a manutenção da fração de 5/12 referente às majorantes, em razão de que **as vítimas foram aterrorizadas incessantemente, além de amarradas e ameaçadas.**

Com efeito, verifica-se que não foi considerado somente o critério numérico, como alega o impetrante, mas houve a devida fundamentação concreta, em consonância com jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior.

Acerca do tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte Superior:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS. VALOR ELEVADO DO PREJUÍZO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA O TIPO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443/STJ. NÃO APLICAÇÃO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL. CORTE DE ORIGEM ENTENDEU QUE HOUVE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]*
>
> *2. Cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as*

circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.

3. Em relação às consequências, as instâncias ordinárias entenderam que o prejuízo causado à vitima foi grande, o qual foi concretamente delineado pelas instâncias ordinárias. De fato, a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que as consequências do crime podem ser consideradas desfavoráveis, se o prejuízo causado pelo crime restar concretamente demonstrado, como no caso dos autos.

4. Quanto às circunstâncias, verifica-se que não há óbice ao reconhecimento da maior reprovabilidade da conduta, considerando-se, no caso, a agressividade demonstrada pelo acusado. Aceitar que a grave ameaça e a violência, por integrarem o tipo penal do roubo, não podem ser valoradas de acordo com a maior ou menor intensidade da conduta, seria inviabilizar a gradação do preceito secundário.

5. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula 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".

6. ***Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - quatro agentes envolvidos na empreitada criminosa, com emprego de arma de fogo, restrição da liberdade da vítima por tempo razoável, bem como o modus operandi do delito. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.***

7. Cabe às instâncias ordinárias, na aplicação da lei, fazer um cotejo fático-probatório a fim de analisar se houve ou não a caracterização do concurso formal entre os delitos. 8. No caso, a Corte de origem sustentou haver concurso material pela existência de desígnios autônomos entre o crime de roubo e a corrupção de menores.

Dessa forma, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal local, seria necessário o revolvimento do arcabouço probatório, procedimento inviável em sede de habeas corpus.

9. Habeas corpus não conhecido." (HC 401.266/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 31/08/2017).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E DO CONCURSO DE AGENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula 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.

- É de ser mantida a fração de aumento de 3/8, ante as majorantes do art. 157, § 2°, incisos I e II, do Código Penal, pois o acórdão recorrido conferiu legalidade à escolha da fração superior à mínima, ofertando motivação concreta, consubstanciada nas circunstâncias em que o delito ocorreu, agravadas pelo fato de ter havido disparo de arma de fogo, o que demonstra a maior reprovabilidade da conduta, ante o risco imposto à integridade física da vítima, a ensejar a necessidade de um maior rigor penal. Precedentes.

- Habeas corpus não conhecido" (HC n. 394.877/MG, Rel. **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 20/6/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. AUMENTO NO PATAMAR DE 3/8 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. VÍTIMA QUE TEVE OS OLHOS VENDADOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE

FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. ***O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudescimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes.***

Entretanto, no caso dos autos, conforme se observa na decisão de primeiro grau, posteriormente ratificada pelo Tribunal a quo, o aumento na terceira fase da dosimetria em patamar acima do mínimo legal de 1/3 foi devidamente justificado, tendo em vista as circunstâncias concretas do delito, praticado por dois agentes, mediante restrição da liberdade da vítima, que teve os olhos vendados durante toda a empreitada criminosa, o que lhe causou ainda mais temor diante do cenário criminoso.

[...]

- *Habeas corpus não conhecido"* (HC n. 389.562/SP, **Quinta Turma,** Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 3/5/2017, grifei).

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

P. e I.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator