HABEAS CORPUS Nº 501.983 - SP (2019/0093033-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
IMPETRADO	:	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE	:	ALEXANDRE DA SILVA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de ALEXANDRE DA SILVA, contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal n. 0110935-64.2017.8.26.0050).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 7 anos, 5 meses e 21 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 17 dias-multa, por infração ao disposto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, na forma do artigo 71, parágrafo único, todos do Código Penal (roubo circunstanciado).

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação da defesa.

No presente *writ*, a defesa sustenta que a causa de aumento do inciso I não deveria ter sido aplicada porque a arma não foi apreendida; o aumento da pena, na terceira fase, está contrário ao Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte; e, por fim, o paciente deve ser absolvido quanto ao crime cometido contra a vítima Nayane, visto que esta não foi ouvida em juízo.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução da pena aplicada ao paciente.

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a controvérsia refere-se à incidência da majorante pelo uso de arma de fogo; à fração de aumento, na terceira fase da dosimetria da pena; e à

absolvição do crime de roubo referente à vítima Nayane.

Por oportuno, trago à colação os seguintes trechos:

> *[...]*
>
> *Quanto ao réu ALEXANDRE, na aplicação da pena atendendo ao que dispõe o artigo 59 do Código Penal, estabeleço a pena base no mínimo legal o que corresponde a 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa. Na segunda fase, considerando que o réu é reincidente, agravo a pena em 1/6 (um sexto), o que perfaz 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias multa. Na terceira fase, considerando que o crime de roubo ocorreu com emprego de arma e em concurso de pessoas e, nos termos do artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, aumento a pena em 3/8, equivalente a 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias multa. De acordo com o artigo 71, § único, do Código Penal, tendo em vista que delito foi praticado contra duas vítimas diferentes, aumenta-se essa pena em 1/6, o que representa para o réu MARCELO 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias multa e para o réu ALEXANDRE 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão e pagamento de 17 (dezessete) dias multa, penas que se tornam definitivas uma vez que não há outras causas a serem apreciadas. Nos termos do artigo 60 do Código Penal, em vista da pouca condição econômica alegada pelos réus, o valor diário da multa corresponde ao mínimo fixado pelo artigo 49, § 1o, da mesma Lei. Face o que dispõe o artigo 33, § 2 o , alínea "a", combinado com §3º do Código Penal, tratando-se de duas vítimas, com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, bem como pela gravidade e necessidade de repressão e prevenção ao tipo de delito praticado, estabeleço o regime fechado para início de cumprimento das penas.* (SENTENÇA - fls. 39/40)

> *[...]*
>
> *Pretende ALEXANDRE, de forma subsidiária, seja afastada a causa de aumento de pena referente ao emprego de arma, sustentando não ter sido ela apreendida.*
>
> *Ocorre que ambas as vítimas afirmaram, com segurança, ter sido empregada uma arma de fogo para a grave ameaça inclusive era com ela que o roubador batia no vidro do veículo a fim de que fosse aberto e subtraído os bens.*
>
> *A arma não foi apreendida, mas não pode o roubador beneficiar-se com sua própria torpeza, ao fazer desaparecer a arma que efetivamente foi utilizada na prática do crime.*
>
> *É certo, esse pensamento não é por si só, determinante do reconhecimento da causa de aumento, no entanto, não menos certo é que, no caso dos autos, acaba tendo seu sentido diante da versão apresentada pelas vítimas que o confirmam, atribuindo aos Apelantes o efetivo*

emprego de uma arma de fogo para a ameaça, não havendo o menor indício de que não tenham sido sinceras em seus relatos.

Filio-me à corrente que reconhece que a não apreensão da arma utilizada na prática do roubo, não é fator impeditivo da aplicação da causa de aumento de pena respectiva, podendo tal prova ser suprida pelas palavras da vítima, como ocorreu no presente caso.

[...]

Portanto não há como se acolher a pretensão de ALEXANDRE no sentido de ser afastada a causa de aumento de pena decorrente do emprego de arma adequadamente reconhecida na r. sentença apelada.

Ressalte-se que, no caso, não incide os termos da Lei nº 13.654, de 24 de abril de 2018, que, inclusive, trata-se de novatio legis in pejus, ao estabelecer o aumento de pena de 2/3 ao crime de roubo com emprego de arma de fogo.

Em relação às penas deve ser consignado que as básicas, para ambos os Apelantes, foram adequadamente impostas em seus mínimos legais, assim mantidas na segunda fase de aplicação, para MARCELO e aumentadas em 1/6 para ALEXANDRE pela circunstância agravante da reincidência, devidamente comprovada pelo documento de fls. 171/172; aumentadas, para ambos, na terceira fase, pelas duas majorantes, no quantum de 3/8 (questionado por ALEXANDRE).

Quanto ao pedido de redução da fração imposta pela presença de duas majorantes, vale destacar que é entendimento majoritário deste Egrégio Tribunal que, na incidência de duas causas de aumento de pena, a fração a ser aplicada é de 3/8. Neste sentido, já reconheceu esta Terceira Câmara de Direito Criminal, por v. acórdão da lavra do Eminente Desembargador ALBERTO MARIZ DE OLIVEIRA, nos autos de Apelação Criminal nº 993.04.019461-0, da Comarca de São Paulo, em sessão de 03.02.2009:

"... em razão das causas de aumento de pena previstas nos incisos I e II, entende esta Relatoria, de acordo com a orientação desta C. 3ª Câmara, que a pena deve ser majorada em 3/8 ..." No mesmo sentido, o Eminente Desembargador AMADO DE FARIA concluiu autos de Apelação Criminal nº 993.05.032274-2, da Comarca de Leme, em sessão de 19.04.2009, que:

"... Diante de duas causas de aumento de pena, (concurso de agentes e emprego de arma de fogo), a jurisprudência pátria tem se posicionado pela majoração à razão de 3/8 ...".

Assim, na terceira fase de aplicação, diante das duas causas de aumento de pena, deve ser aplicado o percentual de 3/8, considerando não apenas a quantidade de majorantes, mas também a qualidade delas, uma vez que o crime foi praticado com emprego de arma, não qualquer uma, mas de fogo, com alto potencial lesivo.

Quanto ao pleito de ALEXANDRE de reconhecimento de crime único, deve ser destacado o quanto deliberado na r. sentença apelada, palavras que peço vênia para reproduzir:

"... os roubadores aproveitando-se das mesmas condições

> *e circunstâncias de tempo, modo e lugar, praticaram dois delitos contra duas vítimas diferentes ...” (fls. 327).*
>
> *Assim, deve ser mantida a continuidade delitiva como reconhecida na r. sentença apelada, bem como o percentual mínimo (1/6) por ela aplicado.*
>
> *Portanto, as penas, como aplicadas não merecem qualquer reparo, mostrando-se como necessárias e suficientes para prevenção e reprovação dos crimes praticados.* (ACÓRDÃO - fls. 62/67)

Inicialmente, no que diz respeito à arma de fogo, *"a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo"* (HC 394.824/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018). No caso, os depoimentos das vítimas comprovam a utilização da arma de fogo (fl. 38-62).

Quanto à terceira fase da dosimetria, razão assiste à impetrante.

Segundo o enunciado n. 443 da Súmula do 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.*

Na hipótese dos autos, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes, em desrespeito ao referido Enunciado, conforme se constata dos trechos acima colacionados.

Desse modo, reduzo a fração de aumento de pena para o mínimo legal – 1/3, fixando a pena definitiva em 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão.

Por último, quanto ao pleito de absolvição pelo crime contra a vítima Nayane, em razão de esta não ter sido ouvida em juízo, ressalta-se que, por si só, a falta da oitiva da vítima não invalida a condenação, havendo a possibilidade de serem utilizados outros elementos para ratificar o depoimento prestado na fase extrajudicial. O que se observa na hipótese em questão.

De mais a mais, para afastar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, mostra-se necessário o reexame de todo o conjunto probatório, o que é vedado

em *habeas corpus*.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO. FALTA DE OITIVA DA VÍTIMA EM JUÍZO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. SÚMULA N. 83/SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> ***- "O fato de a vítima não ter sido ouvida em juízo, por si só, não configura nulidade, se existirem outros elementos válidos para corroborar seu depoimento colhido na fase extrajudicial, de forma suficiente para sustentar a condenação" (HC 91.131/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 03/11/2009) - Incide o Enunciado n. 83/STJ quando a decisão proferida pelo Tribunal de origem encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte.***
>
> *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 530.614/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 17/04/2015)
>
> *HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *[...].*
>
> *TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.*
>
> ***1. A pretendida absolvição ou desclassificação da conduta imputada a um dos pacientes para a infração penal prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006 são questões que demandam aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.***
>
> ***2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.***
>
> *[...].*
>
> *2. Habeas corpus não conhecido.* (HC 362.961/SP, Rel.

Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 07/12/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCS. I E IV, CP) E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288, CAPUT, CP). ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROVAS. DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CÁLCULO PENA DO CRIME DO ART. 288, CAPUT, CP. PRIMEIRA FASE. PENA FIXADA ACIMA MÁXIMO LEGAL COMINADO PARA O TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. SEGUNDA FASE. PENA FIXADA ALÉM DO MÁXIMO COMINADO EM ABSTRATO PELO TIPO PENAL EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONHECIDA DE OFÍCIO.

I - 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 da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O Tribunal a quo entendeu estar presente provas suficientes da materialidade e da autoria delitiva dos crimes de furto qualificado e associação criminosa, previstos nos arts. 155, § 4º, incisos I e IV, e art 288, caput, ambos do Código Penal. Rever este entendimento para absolver os pacientes demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do habeas corpus. Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior.

III - A via do writ somente se mostra adequada para a sua análise se não for necessário exame aprofundado conjunto probatório e quanto se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas dos pacientes, pelo crime constante do art. 288, caput, do Código Penal (associação criminosa), para 3 (três) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC

434.105/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 29/05/2018)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, tão somente para reduzir a fração de aumento decorrente das majorantes do § 2º do art. 157 do Código Penal, fixando a pena em 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator