

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 542.231 - SP (2019/0322005-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA PARONETTI SILVA - SP291018
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EULE MOURA SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de EULE MOUSA SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 1500611-87.2018.8.26.0537.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I, por duas vezes, sendo uma delas c/c o art. 14, inciso II, na forma do art. 71, todos do Código Penal, às penas de 10 (dez) anos, 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 28 (vinte e oito) dias-multa, porque agindo em concurso com um comparsa, tentou subtrair para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, uma motocicleta, não consumando o delito por circunstâncias alheias a sua vontade, bem como subtraiu, também mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, outra motocicleta (e-STJ fls. 33-46).

Inconformada, a defesa interpôs apelação que foi desprovida (e-STJ fls. 65-81).

No presente *writ*, a parte impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na dosimetria da reprimenda imposta ao paciente, pois afirma que houve desproporcionalidade no aumento da pena em 2/3 (dois terços) em razão da causa de aumento do emprego da arma de fogo.

Assevera a ilegalidade da elevação da reprimenda pela combinação das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º e § 2º-A, do Código Penal e alega a inadequação da elevação da pena em razão do número de causas de aumento, sem a indicação de elementos concretos.

Destaca a inexistência de motivação para a imposição de regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena, pois afirma que o acórdão fundamentou-se apenas na gravidade abstrata do delito, em manifesta violação do enunciado da Súmula 440/STJ.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que a pena do paciente seja redimensionada, e para que o regime inicial seja mitigado para o semiaberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 85-86).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 93-145 e 148-182).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 184-189).

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.

Inicialmente, 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 art. 105, inciso III, 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 art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à fixação da pena na terceira fase da dosimetria, constata-se que ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de origem manteve o aumento estabelecido na sentença, com amparo na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 79-80):

As penas-bases dos crimes foram fixadas no mínimo legal, para ambos os réus, e assim mantidas na etapa intermediária, pois, conquanto reconhecida, a confissão não repercute, pela inviabilidade de redução da reprimenda a quem do mínimo legal (Súmula 231 do STJ). [...]

Na última fase, a incidência das causas de aumento estabelecidas no inciso II, do §2º (concurso de agentes) e §2º-A (emprego de arma de fogo), com a atual redação do artigo 157, do Código Penal, já em vigor ao tempo dos crimes, motivaram os aumentos de 1/3 e 2/3. [...]

Por outro lado, os pedidos defensivos de reconhecimento de inconstitucionalidade material do disposto no artigo 157, §2º-A, inciso I, do Código Penal, na parte em que impõe a fração de aumento de 2/3, sob o argumento de que há violação ao princípio da proporcionalidade, não podem ser acolhidos. Isso porque, em a novel legislação visa a adotar uma resposta penal mais efetiva para garantia da proteção penal ao bem jurídico tutelado, imprimindo maior rigidez ao punir o agente que se utiliza de arma de fogo, resguardando não apenas ao patrimônio, mas, também e com maior intensidade, a integridade física das vítimas, submetidas ao jugo de instrumento altamente vulnerante. Vale dizer, ainda, que a opção do legislador, ao impor o aumento impugnado, observou o devido processo legislativo e sua vontade expressa, sendo referida norma válida e vinculante. Em acréscimo, não cabe ao Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, imiscuir-se em tarefa exclusiva do legislador, alterando o preceito secundário do tipo incriminador, por

compará-lo a qualquer outro.

Além disso, perfeitamente viável a aplicação dos aumentos sucessivos, nas frações legalmente previstas, tal como operado monocraticamente. Vale ressaltar que “o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, estabelece, sob o ângulo literal, apenas uma possibilidade (e não um dever) de o magistrado, na hipótese de concurso de causas de aumento de pena previstas na parte especial, limitar-se a um só aumento, sendo certo que é válida a incidência concomitante das majorantes, sobretudo nas hipóteses em que sua previsão é desde já arbitrada em patamar fixo pelo legislador, como ocorre com o art. 226, I e II, do CP, que não comporta margem para a extensão judicial do quantum exasperado”(STF, 1ª Turma, HC110960/DF, Relator Min. Luiz Fux, DJ 19.08.2014, sem destaques no original).

E, na hipótese em concreto, não há excesso na dupla cumulação, mas respeito aos princípios da proporcionalidade e individualização das penas, diante das especificidades colhidas, visto que os réus atuaram em concurso, previamente ajustados e cada qual de forma determinante, para a prática do roubo, o que assegura não só a boa execução do delito, mas maior chance de impunidade, enfatizando-se, ainda, terem efetuado disparo como revólver, circunstâncias que, pela maior reprovabilidade da conduta, também respaldam recrudesimento diferenciado.

No tocante à alegação de que houve desproporcionalidade no aumento da pena em 2/3 (dois terços) em razão da causa de aumento do emprego da arma de fogo, verifica-se que a Lei n. 13.654/2018 revogou o inciso I do § 2º art. 157 do Código Penal, que previa o aumento de 1/3 (um terço) até metade no crime de roubo se a violência ou ameaça era exercida com emprego de arma. Todavia, incluiu o § 2º-A, inciso I, no mesmo dispositivo, que instituiu o aumento da pena de 2/3 (dois terços) se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo.

A circunstância de aumento da pena pelo emprego de arma de fogo no crime de roubo, portanto, prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, não foi afastada pela Lei n. 13.654/2018, o que houve foi a alteração no patamar da majoração da reprimenda para 2/3 (dois terços).

Observa-se que no caso dos autos, o roubo praticado com o emprego de arma ocorreu em 18/11/2018, ou seja, após a alteração legislativa. Logo, deve incidir a referida majorante no patamar legal de 2/3 (dois terços), motivo pelo qual não há que se falar em desproporcionalidade na aplicação da fração de aumento no patamar escolhido pelo legislador, por não haver faculdade de modulação do acréscimo.

Em outro vértice, quanto à alegação de ilegalidade na aplicação cumulativa

Superior Tribunal de Justiça

das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º e § 2º-A, do Código Penal, de acordo vem entendendo a doutrina e jurisprudência, a imposição das frações de 1/3 (um terço) para o concurso de pessoas e de 2/3 (dois terços) para o emprego de arma de fogo, como na hipótese, atende aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, devendo ser aplicadas cumulativamente quando devidamente fundamentadas, com menção às particularidades do caso concreto, a fim de demonstrar a especial gravidade do delito.

De acordo com a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, é possível aplicar cumulativamente as causas de aumento de pena em concurso, não estando obrigado o julgador somente a fazer incidir a causa que aumente mais a pena, excluindo as demais.

No caso dos autos, o Tribunal fundamentou que “*os réus atuaram em concurso, previamente ajustados e cada qual de forma determinante, para a prática do roubo, o que assegura não só a boa execução do delito, mas maior chance de impunidade, enfatizando-se, ainda, terem efetuado disparo como revólver, circunstâncias que, pela maior reprovabilidade da conduta, também respaldam recrudesimento diferenciado*”.

A respeito do tema em debate, confirmam-se os precedentes desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO APENAS DA MAJORANTE DE MAIOR VALOR. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO, MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, a aplicação das causas majorantes e minorantes se dá sem compensação, umas sob as outras, não sendo admissível a pretendida tese de incidência de única majorante dentre as aplicáveis.

2. Tendo sido o crime de roubo praticado com o efetivo emprego de arma de fogo e ainda mediante concurso de cinco agentes, correta foi a incidência separada e cumulativa das duas causas de aumento.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 512.001/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 29/08/2019; sem grifos no original.)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. LEI N.º 13.654/2018. DOSIMETRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA NO SENTIDO DE SER VEDADO O CÚMULO DE

CAUSAS DE AUMENTO DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE QUE SEJA APLICADA APENAS A MAJORANTE DE MAIOR VALOR. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO, HAVENDO FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA, NA HIPÓTESE. PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO SOMENTE DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2.º-A, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição a recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o art. 68, Parágrafo Único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento da parte especial do Código Penal quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

- Assim, não há ilegalidade flagrante, em tese, na cumulação de causas de aumento da parte especial do Código Penal, sendo razoável a interpretação da lei no sentido de que eventual afastamento da dupla cumulação deverá ser feito apenas no caso de sobreposição do campo de aplicação ou excessividade do resultado (ARE 896.843/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 23/09/2015).

- Contudo, na hipótese ora analisada, as instâncias ordinárias não fundamentaram, concretamente, o cúmulo de causas de aumento, com remissão a peculiaridades do caso em comento, pois o modus operandi do delito, como narrado, confunde-se com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, não refletindo especial gravidade.

- Assim, respeitada a proporcionalidade da pena no caso concreto, e a intenção da Lei n. 13.654/2018, afasta-se a majorante do art. 157, § 2.º, inciso II ('A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade se há o concurso de duas ou mais pessoas'), aplicando-se apenas a do art. 157, § 2.º-A, inciso I ('A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços)' se a violência ou ameaça é

Superior Tribunal de Justiça

exercida com emprego de arma de fogo'), ambas do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do paciente ao novo patamar de 9 anos e 26 dias de reclusão, e 21 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 472.771/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018; sem grifos no original.)

Por fim, quanto à mitigação do regime prisional, a manutenção da pena tal como fixada pelas instâncias de origem torna prejudicado o pedido.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não se conhece do habeas corpus.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator