

HABEAS CORPUS Nº 547.775 - SP (2019/0352932-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : JORGE DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADOS : MARCOS ROBERTO AZEVEDO - SP269917
JESSYKA VESCHI FRANCISCO - SP344492
JORGE DE SOUZA - SP429914
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS ORIGUELLA LIMA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de **LUCAS ORIGUELLA LIMA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 anos de reclusão, em regime prisional fechado, além do pagamento de 26 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º. I e II, por duas vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal (e-STJ, fls. 15-23).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, nos moldes da seguinte ementa:

"Art. 157 par. 2º, I e II , c.C. Art. 69, "*caput*", ambos do CP Autoria e materialidade delitiva demonstradas.

Prova Palavras da vítima c servidores públicos Credibilidade Inexistência de motivos para acusar injustamente o réu.

Penas corretamente fixadas.

Regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Recursos não providos" (e-STJ, fl. 25).

Neste *mandamus*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) "há nítido equívoco na aplicação da exasperação de 3/8 (três oitavos) em razão das causas de aumento de pena"; b) "esse aumento se deu simplesmente em razão do número de causas de aumento e da gravidade destas, como se isso fosse motivo suficiente para aplicação do aumento acima do mínimo" (e-STJ, fls. 3-14).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja reduzido o aumento a 1/3.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 39-41).

É o relatório.

Decido.

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

Está inscrito no decreto condenatório:

"Presentes, por outra vertente, as causas de aumento dos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, assim, acresço as penas fixadas de três oitavos (TACRIM, Apelações 1.102.907-9; 1.071.245; 1.077.527; 1078.217). já que além do uso de arma, os réus agiu em concurso de agentes, circunstâncias autorizadoras da exacerbação mencionada, caso contrário seriam tratados de maneira igual réus em situações distintas, como por exemplo aquele que age armado, porém sozinho, fixando a reprimenda em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, para cada um dos acusados e para cada um dos crimes)" (e-STJ, fls. 40-41).

Com efeito, a sentença aplicou a fração de 3/8 para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço).

Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 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."

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento 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. Inteligência da Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Com efeito, limitaram-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, o que não consubstancia fundamentação idônea para a majoração da reprimenda em 3/8 (três oitavos). Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 321.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016, grifou-se)

Nesse contexto, evidenciada flagrante ilegalidade na dosimetria, passa-se à nova individualização das penas.

Partindo da pena intermediária de 4 anos de reclusão, deve a reprimenda ser exasperada em 1/3 pelas 2 causas de aumento, chegando-se à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, por cada roubo duplamente circunstanciado. Pelo concurso material, as penas de cada um dos dois delitos devem ser somadas, totalizando 10 anos e 8 meses de reclusão, mais 26 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de estabelecer a reprimenda em 10 anos e 8 meses de reclusão, mais 26 dias-multa.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator