

**HABEAS CORPUS Nº 542.033 - SP (2019/0321258-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**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** : FELIPE SANTOS DE BARROS PENHA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. SENTENÇA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO "2/3" DO ART. 157, § 2º-A, DO CP. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE.  
*Writ* denegado.

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Felipe Santos de Barros Penha**, em que se aponta como órgão coator o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de São Bernardo do Campo/SP, na Ação Penal n. 1502817-56.2019.8.26.0564, julgou parcialmente procedente a acusação para condenar o paciente, como incurso no art. 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal, a cumprir pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 21 dias-multa, vedado o recurso em liberdade (fls. 21/31).

Irresignada, a defesa interpôs o recurso de apelação, objetivando a absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, o afastamento das causas de aumento, o reconhecimento da inconstitucionalidade material da fração de aumento do art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal, ou, ainda, o afastamento da combinação das majorantes e o abrandamento do regime prisional. O Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo, na íntegra, a sentença recorrida, nos termos da seguinte ementa

(Apelação Criminal n. 1502817-56.2019.8.26.0564 – fl. 49):

Roubo duplamente circunstanciado - Apelação - Conjunto probatório suficiente para o reconhecimento da prática delitiva - Absolvição - Descabimento - Pena motivadamente dosada, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime - Sentença mantida - Recurso desprovido.

Neste Tribunal Superior, a Defensora Pública sustenta, em síntese, constrangimento ilegal suportado pelo paciente em decorrência de: (i) inconstitucionalidade material da fração de aumento do art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.654/2018, devendo, portanto, *ser aplicada a norma do art. 157, § 2º, I, do Código penal, em sua antiga relação, relativamente à definição do "quantum" de aumento de emprego de arma* (fl. 11); (ii) indevida combinação das causas de aumento do art. 157, § 2º e § 2º-A, do Código Penal, gerando quantidade excessiva de pena, devendo ser afastada; e (iii) aumento da pena fundado em critério matemático, *sem mencionar qualquer elemento concreto que demonstrasse maior reprovabilidade da conduta imputada ao paciente* (fl. 15).

Requer, assim, *a concessão da medida liminar e, ao final, da ordem definitiva de habeas corpus, para reduzir a pena, nos termos mencionados* (fl. 17).

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 64/66).

Prestadas as informações (fls. 71/103), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Francisco Xavier Pinheiro Filho, manifestou-se pelo não conhecimento do writ (fls. 107/111).

É o relatório.

A insurgência não prospera.

Busca a impetração o redimensionamento da pena privativa imposta – declarando, *incidentalmente, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade material da expressão “2/3 (dois terços)” contida art. 157, § 2º-A, do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.654, de 2018. Sucessivamente, requer seja aplicada a norma do art. 157, § 2º, I, do CP, em sua antiga redação, relativamente à definição*

do “quantum” de aumento pelo emprego de arma, procedendo-se nova dosimetria segundo estes parâmetros (fl. 11).

Inicialmente, a pretensão de declaração incidental de inconstitucionalidade não é compatível com a via estreita do *habeas corpus*, pois a instauração do incidente de inconstitucionalidade é incompatível com o rito do *habeas corpus*, ante a impossibilidade de suspensão do feito e da afetação do tema à Corte Especial para exame do pedido (AgRg no RHC n. 90.145/PR, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 26/2/2018).

No mesmo sentido: AgRg no HC n. 451.269/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 12/12/2018; e AgRg no AgRg no AREsp n. 1.275.927/DF, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 24/10/2018.

De outro lado, 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) (HC n. 472.771/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 13/12/2018).

E o Tribunal estadual não destoou do entendimento desta Corte, tendo inclusive indicado fundamentação concreta para a aplicação das majorantes do concurso de agentes e do uso de arma de fogo. Eis o que consta do acórdão (fl. 59):

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 o réu atuou em concurso com, pelo menos, outros dois indivíduos, para a prática do roubo, o que assegura não só a boa execução do delito, mas maior chance de impunidade (tanto que um dos elementos conseguiu se evadir e o terceiro sequer foi localizado), enfatizando-se, ainda, ter

# *Superior Tribunal de Justiça*

empregado ostensivamente a arma de fogo, a qual foi encontrada acompanhada de cartuchos de mesmo calibre, circunstâncias que, pela maior reprovabilidade da conduta, também respaldam recrudesimento diferenciado.

Urge ressaltar, por fim, que para entender de outra maneira no âmbito da via eleita, seria indispensável o revolvimento de fatos e de provas, providência inadmissível em *habeas corpus*.

Ante o exposto, **denego** a ordem.

Publique-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator