

HABEAS CORPUS Nº 537.951 - SP (2019/0300531-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL MOBLEY GRILLO - RJ134850
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBER DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : CAIO PINHEIRO DA SILVA (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 CLEBER DA SILVA e CAIO PINHEIRO DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 1504950-46.2018.8.26.0228.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, pelo juízo de primeiro grau, às penas de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 19 dias-multa, pela prática do delito previsto no **art. 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, por duas vezes, c/c o art. 70, todos do Código Penal** (e-STJ, fls. 18/24).

Inconformada, a defesa apelou e o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, por acórdão assim ementado (e-STJ, fls. 61/66):

APELAÇÃO ROUBO MAJORADO Pleito que visa o afastamento da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo Desnecessidade de apreensão do artefato Prova oral que comprova à saciedade a utilização - Constitucionalidade da Lei nº 13.654/2018 quanto ao art. 157, §2º-A, I, do CP Medida que buscou intensificar a punição de quem surrupia o bem alheio mediante emprego de arma de fogo, conduta inegavelmente mais reprovável Proporcionalidade Regime fechado mantido Réus reincidentes Recurso desprovido.

No presente *writ* (e-STJ, fls. 3/13), a impetrante sustenta haver constrangimento ilegal na fixação da pena, na terceira fase da dosimetria, em fração superior a 2/3, pois a fundamentação foi baseada apenas em critério

matemático, referente ao número de majorantes presentes no caso. Aponta ser aplicável o enunciado n. 443 da Súmula desta Corte. Ressalta que *nem se diga que o caso concreto guardaria a peculiaridade de ter sido julgado sob a égide da Lei nº 13.654, de 2018, que inovou no ordenamento jurídico ao prever, no § 2º-A, do artigo 157 do CP, nova fração de 2/3 para a exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, em situações em que o roubo é praticado com emprego de arma de fogo, porquanto a referida inovação legislativa tem a natureza de causa especial de aumento de pena e não afasta o enunciado de súmula 443 do STJ, aplicável para as hipóteses de cumulações de majorantes do crime de roubo* (e-STJ, fl. 11).

Assevera ser aplicável ao caso o disposto no art. 68 do Código Penal, segundo o qual, *no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua*.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para aplicar, na terceira fase da dosimetria da pena, a fração de aumento de 2/3, por decorrência da pluralidade de majorantes do roubo, em consonância com o entendimento firmado no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

O pedido liminar foi indeferido às e-STJ, fls. 70/72 e, por estarem os autos suficientemente instruídos, foi dispensado o envio de informações.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado às e-STJ, fls. 78/83, opinou pelo não conhecimento do *mandamus*.

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca-se o reconhecimento do constrangimento ilegal na exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, na fração de 3/4, por fundamentação baseada apenas no número de majorantes, em contrariedade ao enunciado n. 443 da Súmula desta Corte. Ademais, entende ser aplicável ao caso o disposto no art. 68, parágrafo único, do Código Penal.

Preliminarmente, cumpre observar que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, *a presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que, considerando as peculiaridades do caso concreto, sejam expostos motivos idôneos para tal exasperação* (HC n. 265.960/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 25/2/2014, DJe 12/3/2014).

Ainda nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. PENAS REDUZIDAS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA O REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- 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.

- Na hipótese, o aumento pelas majorantes previstas no § 2º, incisos I e II, do art. 157, do Código Penal, na terceira fase da dosimetria da pena, operou-se na fração de 3/8, levando-se em

conta apenas o critério numérico, deixando de apontar uma fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3, contrariando, assim, a mencionada Súmula n. 443/STJ. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, reduzindo as penas do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 13 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC n. 407.390/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017, grifei)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. ARMA DE FOGO. CONTINUIDADE ESPECÍFICA E REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Na linha da Súmula n. 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".

5. Não há ilegalidade se, na terceira fase da dosimetria, a exasperação da pena em 1/2 está apoiada não somente na quantidade de majorantes, mas também nas circunstâncias e nas peculiaridades do caso concreto, delineadas no decreto condenatório.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em razão da continuidade delitiva e a favor de ambos os pacientes, reduzir para 1/6 o aumento da reprimenda na última etapa da dosimetria, bem assim para, a favor de um dos pacientes, fixar o regime carcerário inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "a", do Código Penal. (HC n. 277.109/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/9/2014, DJe 15/9/2014)

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é 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.

Sobre o tema:

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Penal e Processual Penal. Artigos 261, 263, 258 e 121, § 3.º, do Código Penal (atentado contra a segurança de transporte aéreo, na forma qualificada com sanção aumentada em um terço, por aplicação da pena do homicídio culposo, no caso de morte). 3. Alegação de violação ao artigo 93, inciso IX, da CF. Acórdão recorrido suficientemente motivado. 4. Alegação de violação ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI). Decisão que fez considerações negativas sobre a culpabilidade e as circunstâncias do crime. Direito à individualização da pena satisfeito. 5. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade penal (5.º, XXXIX). Aplicação da causa de aumento de pena do art. 121, § 4º, do CP. Decisão recorrida que interpretou o texto legal e concluiu que a causa de aumento era aplicável. Causa de aumento legalmente prevista. Inaplicabilidade ao caso não evidente. Inexistência de ofensa direta à Constituição. 6. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e legalidade penal (5.º, XXXIX). Inobservância da regra técnica. Valoração tanto na tipicidade pelo crime do art. 261, quanto na causa de aumento do art. 121, § 4.º, do CP. Bis in idem. Não ocorrência. A culpa não precisa de decorrer de inobservância de regra técnica. 7. Violação aos princípios da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e legalidade penal (5.º, XXXIX). Cumulação das causas de aumento de pena do art. 121, § 4º, e do art. 258, do CP. Interpretação razoável do art. 68, parágrafo único, do CP. Inexistência de violação direta à Constituição. 8. Violação ao direito à individualização da pena (art. 5º, XLVI). Negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Crime culposo. Mesmo em crimes culposos, a substituição da pena depende de um juízo de suficiência das penas alternativas – art. 44, III, CP. Inexistência de violação direta à Constituição. 9. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE n. 896.843/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 23/9/2015)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. CRIMES DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COMETIDO CONTRA MENOR (CP, ART. 214 C/C 224, “A”) E DE PRODUÇÃO DE PORNOGRAFIA INFANTIL (ECA, ART. 241). ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DE “FOTOGRAFAR” MENORES EM CENAS DE SEXO EXPLÍCITO À ÉPOCA DOS ACONTECIMENTOS. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL E TELEOLÓGICA DO ART. 241 DO ECA, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 10.764/2003. IMPUGNAÇÃO DA INCIDÊNCIA CONCOMITANTE DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA PREVISTAS NO ART. 226 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO. DOSIMETRIA. REAPRECIAÇÃO DOS ELEMENTOS CONSIDERADOS PARA FIXAÇÃO DA PENA NA CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE EM SEDE DE HABEAS CORPUS. NÃO APRECIAÇÃO DO TEMA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS E PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE AMPARO LÓGICO-TEXTUAL À APLICAÇÃO SIMULTÂNEA DOS INCISOS I E II DO ART. 226 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL.

[...]

4. Na espécie, o paciente teve sua pena majorada duas vezes ante a incidência concomitante dos incisos I e II do art. 226 do Código Penal, uma vez que, além de ser padastro da criança abusada sexualmente, consumou o crime mediante concurso de agentes. Inexistência de arbitrariedade ou excesso que justifique a intervenção corretiva do Supremo Tribunal Federal.

5. É que 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. [...]

7. Habeas corpus extinto por inadequação da via processual. (HC 110.960/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 24/9/2014)

Sob essas diretrizes, seguem os parâmetros utilizados pelo juízo sentenciante para dosar as penas do paciente (e-STJ, fls. 21/23, grifei):

[...]

Passo a fixar a pena.

Conforme folha de antecedentes e certidões acostadas a fls. 107/116 e 122/127, Caio tem contra si uma condenação penal definitiva por porte ilegal de arma, cujo trânsito em julgado é datado de 19 de setembro de 2016, ao passo que Cleber tem contra si uma condenação penal definitiva por tráfico ilícito de entorpecentes, cujo trânsito em julgado é datado de 17 de fevereiro de 2014, ambas dentro do lapso temporal previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal. Por tal motivo, ambos os réus são reincidentes.

Assim, fixo a pena-base de ambos no mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, diante do efeito neutralizador entre a circunstância agravante da reincidência de ambos e a circunstância atenuante da confissão espontânea de ambos, mantenho aquela pena inalterada.

Na terceira fase, em razão da existência de duas causas de aumento, previstas no art. 157, § 2º, inciso II, e § 2-A, do Código Penal, consistentes no emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, e não apenas uma, aumento a pena em 3/4 (três quartos), elevando-a a 07 (sete) anos de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

E, nos termos da Súmula nº 443 do STJ, fundamento a razão pela qual, nessa terceira fase de fixação, houve aumento acima do mínimo legal.

Entendo que, não obstante o teor dessa respeitável Súmula nº 443 do STJ, se uma causa de aumento de pena prevista nos incisos do art. 157, § 2º e § 2º-A, do Código Penal serve a aumentar a pena, respectivamente, em 1/3 (um terço) e 2/3 (dois terços), não se justifica que uma segunda causa de aumento não a exaspere ainda mais, além de parecer injusto aplicar a mesma pena a quem praticou um roubo com duas causas de aumento com quem o realizou com uma única causa de aumento.

E trata-se de roubo praticado com emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, portanto, em circunstâncias mais graves, na medida em que o uso de revólver acarreta evidentes riscos à integridade física dos ofendidos, e também das pessoas que por ventura se encontrem no local dos fatos, de modo a possibilitar a ocorrência de um latrocínio com o simples apertar do gatilho.

Não bastasse, tal fato embute na prática delituosa um crime de porte ilegal de arma de fogo, o qual no presente caso restou absorvido pelo roubo, crime mais grave.

Ainda na terceira fase, tendo em vista que foram subtraídos bens de duas vítimas no mesmo contexto fático, com fundamento no art. 70, caput, do Código Penal, aumento a pena em mais 1/6 (um sexto), elevando-a a 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e mais 19 (dezenove) dias-multa.

Pela leitura do recorte acima, verifico o patente constrangimento ilegal apontado pela impetrante, porquanto a fundamentação exarada para justificar a exasperação das penas na fração de 3/4 foi apenas a incidência das causas de aumento reconhecidas – arma de fogo e concurso de agentes –, sem o lastro em elementos concretos do crime, pois o *modus operandi* da conduta confunde-se com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, não refletindo especial gravidade. Ademais, forçoso destacar que o emprego de arma de fogo, por si só, já justifica o aumento na fração de 2/3.

De rigor, portanto, nos termos do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, a incidência apenas da maior causa de aumento, qual seja, 2/3.

Vejam-se:

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.

Superior Tribunal de Justiça

- 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 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 n. 472.771/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

Superior Tribunal de Justiça

FONSECA, Quinta Turma, julgado em 4/12/2018, DJe 13/12/2018, grifei)

Passo agora, ao novo cálculo da dosimetria das penas aplicadas aos pacientes.

Na primeira etapa, mantenho as penas no mínimo legal de 4 anos de reclusão, e 10 dias-multa. Na fase intermediária, mantenho a compensação integral entre as reincidências e as confissões espontâneas, ficando as reprimendas inalteradas. Na terceira etapa, exaspero as sanções em 2/3, ficando as reprimendas fixadas em 6 anos e 8 meses de reclusão, além de 16 dias-multa e, em virtude do concurso formal, mantenho a exasperação das sanções em 1/6, tornando as penas dos pacientes definitivamente estabilizadas em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, além de 18 dias-multa.

Apesar do redimensionamento das sanções, deve ser mantido o regime inicial fechado, por expressa previsão legal, em virtude de suas reincidências, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para fixar as sanções dos pacientes em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e 18 (dezoito) dias-multa, mantidos os demais termos das condenações.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal impetrado e o juízo de primeiro grau.

Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de abril de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator