



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 542.236 - SP (2019/0322011-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : DANIEL NUNES DE ANDRADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES, DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA DO *WRIT*. DOSIMETRIA. ART. 68 DO CP. CONCURSO DE MAJORANTES. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS FRAÇÕES DE AUMENTO. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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.

3. Quanto ao art. 157, § 2º-A, do CP, "a instauração do incidente de inconstitucionalidade é incompatível com a via célere do *habeas corpus* porque a celeridade exigida ficaria comprometida com a suspensão do feito e a afetação do tema à Corte Especial para exame do pedido" (HC 244.374/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 1º/8/2014).

4. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

5. No caso, as instâncias de origem não fundamentaram concretamente a adoção das frações de aumento de forma cumulada, limitando-se apenas a ressaltar a incidência das duas majorantes nos crimes de roubo imputados ao paciente. Ademais, não configura fundamentação concreta a menção às razões ou consequências que levaram o legislador a prever as referidas circunstâncias como causas de aumento.

6. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente ao patamar de 7 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão impugnado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 542.236 - SP (2019/0322011-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : DANIEL NUNES DE ANDRADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **DANIEL NUNES DE ANDRADE** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal, e à pena 1 ano de reclusão, em regime prisional semiaberto, por violação do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, na forma do art. 69 do CP (e-STJ, fls. 25-36).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso tão somente para reconhecer o concurso formal impróprio entre os delitos, sem alteração da pena. Eis a ementa do acórdão:

"Roubo majorado e corrupção de menores Apelo da Defesa. Pedido de absolvição: Impossibilidade - Autoria e materialidade comprovadas - Conjunto probatório suficiente para a constatação da responsabilidade do ora acusado. Réu que confessou a prática criminosa em coautoria com o menor Vítima que reconheceu o acusado sob o crivo do contraditório Manutenção da condenação.

Penas: Aumento nas básicas que deve permanecer diante das consequências especialmente negativas do crime Reconhecidas as duas majorantes no crime de roubo (concurso de agentes e uso de arma de fogo), as quais foram devidamente comprovadas pelo seguro depoimento da vítima e pelos elementos apurados nos autos Prescindibilidade da apreensão e perícia da arma de fogo Incontestável conluio entre os réus. Pedido defensivo para declarar a inconstitucionalidade da alteração feita pela Lei 13.654/18, no que se refere ao crime praticado com uso de arma de fogo: Inatendível Lei que não fere os princípios constitucionais e preza maior proteção à vida Aumentos aplicados em conformidade com a lei e de acordo com o princípio da individualização da pena. Necessidade do reconhecimento do concurso formal entre os delitos porém, sem reforma na reprimenda, pois aplicada a regra do § único do artigo 70, do CP. Regime: mantido no inicial fechado para o crime de roubo (pois é o legalmente previsto diante da pena alcançada e outro não seria medida suficiente à repreensão do réu) bem como é mantido o inicial semiaberto para o crime de corrupção de menores (diante das circunstâncias do delito praticado com o menor). Dado parcial provimento ao recurso" (e-STJ, fl. 57).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "a vedação de excessos tem por corolário a impossibilidade de o legislador atribuir sanção mais grave do que aquela prevista às ofensas a bens jurídicos mais caros ao convívio social (como a vida humana, por exemplo)"; b) "o legislador, ao instituir o apenamento do tipo em questão, atuou em desacordo com a proibição de excesso, violando ainda a necessidade de proporcionalidade entre a conduta e a correspondente sanção penal"; c) "qualquer roubo com emprego de arma de fogo receberá, na terceira fase da dosimetria da pena, um aumento de 2/3"; d) "é certo que a elevação da pena em razão do número de causas de aumento não foi adequado, vez que fundado em mero critério numérico, sem mencionar qualquer elemento concreto que demonstrasse maior reprovabilidade da conduta imputada ao paciente"; e) "não estando amparado em elementos concretos que justificassem a necessidade da elevação da pena, é de rigor o afastamento de uma das frações de aumento aplicadas pela r. sentença e confirmadas pelo v. acórdão"; f) "se não houver a demonstração concreta da presença de circunstâncias extraordinárias ao tipo, a aplicação do regime fechado consistirá em inegável ofensa ao princípio da individualização da pena" (e-STJ, fls. 3-19).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja reduzida a pena e estabelecido ao paciente o regime prisional semiaberto.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fl. 80), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se "pelo não conhecimento, em parte, do *habeas corpus*, e pela concessão parcial da ordem, na extensão conhecida, para afastar o aumento de 1/3 (um terço) decorrente do concurso de pessoas, na terceira fase da aplicação da pena pela prática do crime de roubo, mantendo-se o acréscimo de 2/3 (dois terços) pelo emprego de arma de fogo e os demais termos da condenação" (e-STJ, fls. 86-95).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 542.236 - SP (2019/0322011-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : DANIEL NUNES DE ANDRADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES, DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA DO *WRIT*. DOSIMETRIA. ART. 68 DO CP. CONCURSO DE MAJORANTES. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS FRAÇÕES DE AUMENTO. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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.

3. Quanto ao art. 157, § 2º-A, do CP, "a instauração do incidente de inconstitucionalidade é incompatível com a via célere do *habeas corpus* porque a celeridade exigida ficaria comprometida com a suspensão do feito e a afetação do tema à Corte Especial para exame do pedido" (HC 244.374/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 1º/8/2014).

4. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

5. No caso, as instâncias de origem não fundamentaram concretamente a adoção das frações de aumento de forma cumulada, limitando-se apenas a ressaltar a incidência das duas majorantes nos crimes de roubo imputados ao paciente. Ademais, não configura fundamentação concreta a menção às razões ou consequências que levaram o legislador a prever as referidas circunstâncias como causas de aumento.

6. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente ao patamar de 7 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

O Magistrado processante, ao proceder à dosagem da pena, reconheceu:

"Do crime de roubo.

Atento as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, observo que o réu PATRICK é primário e não ostenta maus antecedentes; contudo, as consequências do delito foram gravosas para a vítima, que amargou prejuízo considerável, o que justifica o aumento da reprimenda acima do mínimo legal, em 1/6 (um sexto), em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase de dosimetria, presente a circunstância atenuante da confissão, razão pela qual, reduzo a pena ao mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias- multa.

Na terceira fase de mensuração da pena, vislumbro a presença da causa de aumento de pena referente ao concurso de agentes, o que motiva a elevação do *quantum* até aqui apurado em 1/3 (um terço), perfazendo 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Presente, ainda, a causa de aumento do emprego de arma de fogo prevista no §2º- A, inciso I, do artigo 157 do Código Penal (alterado pela Lei nº 13.654/18), razão pela qual elevo a pena em 2/3, fixando-a em 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além de 21 (vinte e um) dias-multa, que torno definitiva ante a ausência de outras circunstâncias.

Não há o que se falar em inconstitucionalidade da referida alteração legal, eis que esta se deu exatamente com o intuito de se punir com maior rigor os roubos cometidos mediante a utilização de arma de fogo, inegavelmente de maior reprovabilidade, que tem provocado pânico e insegurança crescentes em nossa sociedade. Não cabe ao julgador fazer qualquer juízo de valor no tocante à comparação desta com outras penas abstratamente previstas em outros dispositivos legais que, em tese, preveem condutas dotadas de maior gravidade. Enquanto não houver qualquer alteração legislativa ou de posicionamento pelos Tribunais Superiores em sentido contrário, presume-se a constitucionalidade da lei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mais, perfeitamente admissível a aplicação cumulada entre a aludida causa de aumento com as demais previstas no art. 157, § 2º, do CP, eis que o legislador não fez qualquer ressalva neste sentido. Admitir-se o contrário resultaria em situações injustas para com aquele que comete o roubo mediante arma de fogo, mas sem concorrer com qualquer outra circunstância judicial prevista no dispositivo retro mencionado, haja vista que ele seria punido com o mesmo rigor que aquele que pratica a infração penal utilizando revólver e em concurso de agentes, por exemplo.

Nos termos do artigo 33, § 2º, do Código Penal, fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena. É o único que se mostra adequado à consecução das finalidades da sanção penal, considerada a gravidade do delito e circunstâncias nas quais foi praticado, com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, circunstâncias que demonstram a ousadia e periculosidade do acusado, reclamando reação severa, proporcional e seguramente eficaz" (e-STJ, fls. 32-33).

O Colegiado de origem, a seu turno, manteve o *quantum* de pena imposto ao ora paciente, asseverando:

"Para o crime de corrupção de menores, a sanção base foi fixada no mínimo legal de 01 ano de reclusão, a qual se tornou definitiva pela ausência de outras causas a serem consideradas no cálculo penal.

Para o crime de roubo, na primeira fase, considerando-se o disposto no artigo 59, do Código Penal, é mantido o aumento em 1/6, tendo em vista as consequências do crime, diante do considerável prejuízo sofrido pela vítima, uma vez que além de objetos pessoais, teve sua moto subtraída, a qual, apesar de ter sido recuperada, estava toda destruída. Assim, as iniciais perfazem 04 anos e 08 meses de reclusão, e o pagamento de 11 dias multa, no piso.

Certamente, o princípio da obrigatoriedade de individualização das penas, para ser cumprido integralmente, exige que sejam considerados vários requisitos, como os antecedentes, conduta social, personalidade do agente, as circunstâncias e consequências do crime (Const. Fed., art. 5º, incs. XXXIX, 2ª parte, e XLVI; Cód. Pen., arts. 53, 59, inc. II, e 68, caput, Cód. de Proc. Pen., arts. 6º, inc. IX, e 387, inc. II).

"Há - como diz o afamado Enrico Ferri - em todo crime, um aspecto causal (bem jurídico ofendido ou posto em perigo) e um aspecto sintomático (periculosidade do seu autor), mas este tem uma importância preponderante, pois que a justiça penal deve servir à defesa social e, por isso, deve avaliar a potência ofensiva do delinquente, que pode ser diversa da gravidade do crime" (Princípios de Direito Criminal: o Criminoso e o Crime, trad. bras. de Luiz Lemos D'Oliveira, 1ª ed., Russell, 2003, § 57, pág. 278).

Destarte, quando cuida-se "Da aplicação da pena", o ordenamento jurídico impõe que ela se "estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime" (Cód. Pen., art. 59, caput).

Cumpre, pois, adaptar a sanção repressiva para o crime à periculosidade do criminoso (temibilidade), tendo-se em linha de conta o seu caráter (personalidade), ou seja, procedendo-se à diagnose biossocial do delinquente. A respeito, o Col. Supremo Tribunal Federal já decidiu que, cf.: "(...) A importância de se valorarem as circunstâncias do crime na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria da pena decorre justamente da necessidade de que as sanções sejam proporcionais à lesividade das condutas (...)” (RHC 84.571/RJ, Segunda Turma, Rel.

Min. Joaquim Barbosa, j. 7.12.2004).

E, o E. Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já decidiu que: “Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime. 3.

É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.(...)” (AgRg no REsp n.

1.252.747/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. 17.12.2013).

Consigno, ademais, que a fixação da pena privativa de liberdade fica a critério do magistrado sentenciante, dentro da chamada discricionariedade regrada, a qual tem por limite as balizas legais.

Ato contínuo, foi reconhecida a atenuante pela confissão, retornando a pena ao mínimo legal de 04 anos de reclusão, e o pagamento de 10 dias multa, no piso.

Na terceira etapa é impossível o afastamento das causas de aumento de pena pelo concurso de agentes e pelo uso de arma de fogo, pois foram devidamente comprovadas de forma cabal pelos depoimentos trazidos aos autos, em especial pela palavra da vítima.

Neste sentido já se posicionou a jurisprudência:

“Se a palavra da vítima é aceita como suficiente para marcar a autoria do roubo, também deve ser acolhida a propósito das demais circunstâncias do crime, como as qualificadoras, quando nada nos autos exista para demonstrar de forma contrária” (RJDTACrim 25/288).

Verifica-se que não é imprescindível, para o reconhecimento da majorante, que a arma seja apreendida, e que seja realizada perícia que comprove sua potencialidade lesiva.

A falta destas circunstâncias não impede o reconhecimento da referida causa de aumento, já que comprovada de forma cabal pelos depoimentos trazidos aos autos, em especial pela palavra da vítima, tendo a mesma, em ambas as fases da persecução penal, atestado, de forma clara e harmoniosa, que os agentes estavam armados quando da prática da subtração.

Ainda, no tocante a não apreensão da arma, observo que a jurisprudência já tem se manifestado a respeito.

[...]

É válido esclarecer, igualmente, que não cabe à vítima saber da condição de operação da arma ou se ela é de brinquedo ou verdadeira, importando somente o poder intimidativo que lhe causou estar sob a mira do artefato, reduzindo a sua capacidade de resistência. A utilização de arma operante ou não, falsa ou verdadeira, aumenta sempre a possibilidade do êxito do agente na empreitada criminosa e este fator, além de identificar o tipo básico, também o qualifica.

Destaque-se, também, que o conluio entre o réu e o adolescente é patente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois ambos agiram em conjunto, intimidando a vítima, como ela mesma alegou, demonstrando estarem previamente ajustado, uma vez que praticaram o delito de forma organizada.

Passo outro, não se fala em inconstitucionalidade da alteração legal feita na Lei n. 13.654/18, que trouxe o § 2º-A, inciso I, do artigo 157, do CP, prevendo o aumento pelo uso de arma de fogo, vez que não foram violados princípios constitucionais.

O delito de roubo é um crime complexo que atinge não só o patrimônio, mas também a integridade física da pessoa, especialmente se praticado mediante o emprego de arma de fogo. Dessa forma, uma vez que ofende mais de um bem jurídico e, em última análise, trata de proteção à vida, o aumento de pena para o caso de emprego de arma de fogo, antes de contrariar o princípio da proporcionalidade, se adequa, na medida em que ajusta a proteção, antes insuficiente, conferida pelo Direito Penal ao bem jurídico da mais elevada importância, a vida.

De mais a mais, devem permanecer os aumentos conforme fixados pelo Magistrado sentenciante, pois devidamente justificados e de acordo com o princípio da individualização da pena, em que pese o entendimento do d. Procurador de Justiça.

Pois bem, como muito bem dito pelo M.M Juiz “a quo” é: “perfeitamente admissível a aplicação cumulada entre a aludida causa de aumento com as demais previstas no art. 157, §2º, do CP, eis que o legislador não fez qualquer ressalva nesse sentido.

Admitir-se o contrário resultaria em situações injustas para com aquele que comete roubo mediante arma de fogo, mas sem concorrer com qualquer outra circunstância judicial prevista no dispositivo retro mencionado, haja vista que ele seria punido com o mesmo rigor que aquele que pratica a infração penal utilizando revólver e em concurso de agentes, por exemplo”.

Desta feita, aplicada a fração de 1/3, pelo concurso de agentes, e, depois, de 2/3, pelo uso de arma de fogo, a reprimenda totaliza em 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e o pagamento de 21 dias multa, no piso.

De outra banda, assiste razão à Defesa quanto ao pedido pelo reconhecimento do concurso formal entre os delitos.

Revedo meu posicionamento anterior, entendo que deve ser realmente aplicada, na espécie, a regra do concurso formal com relação ao delito de corrupção de menores, segundo dispõe o artigo 70 do Código Penal, observada a unicidade da ação para a prática dos ilícitos.

Nesse sentido, aliás, a respeito da aplicação do concurso formal com relação ao crime de corrupção de menores, é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Porém, tendo em vista que o aumento pelo concurso formal, mesmo em sua fração mínima, superaria a soma das penas, aplico o § único do artigo 70, do Código Penal, restando, dessa maneira, inalterada a sanção.

Por fim, fica mantido o regime prisional inicial fechado, para o crime de roubo, como já determinado, pois é o único compatível, adequado e legalmente previsto, tendo em vista a reprimenda alcançada (artigo 33, §2º, “a”, CP). E, para o crime de corrupção de menores, é mantido o semiaberto, tendo em vista as circunstâncias do crime que foi praticado com o menor” (e-STJ, fls. 67-76).

Inicialmente, quanto ao art. 157, § 2º-A, do CP, “a instauração do incidente de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade é incompatível com a via célere do *habeas corpus* porque a celeridade exigida ficaria comprometida com a suspensão do feito e a afetação do tema à Corte Especial para exame do pedido" (HC 244.374/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 1º/8/2014).

Por outro lado, consoante se extrai da leitura dos excertos, as instâncias ordinárias aplicaram de forma cumulativa as duas frações de aumento previstas no artigo 157, § 2º, II e § 2º-A, I, exasperando a pena em 1/3 e, em seguida, em 2/3.

Sobre o tema, cumpre esclarecer que a jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

Nesse sentido:

"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);

"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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 472.771/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018, grifou-se)

Contudo, conforme visto acima, as instâncias de origem não fundamentaram concretamente a adoção das frações de aumento de forma cumulada, limitando-se apenas a ressaltar a incidência das duas majorantes nos crimes de roubo imputados ao paciente. Ademais, não configura fundamentação concreta a menção às razões ou consequências que levaram o legislador a prever as referidas circunstâncias como causas de aumento.

Nesse contexto, evidenciada flagrante ilegalidade na aplicação cumulativa das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, II e § 2º-A, I, do Código Penal, passa-se à nova individualização da pena do paciente, somente no que tange à terceira etapa.

Partindo da pena intermediária fixada em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa, na segunda fase, a pena foi reconduzida ao piso legal pela incidência da atenuante da confissão espontânea. Em seguida, com base no artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, aplico apenas o aumento de 2/3 previsto no inciso I do § 2º-A do artigo 157 do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultando a pena em 6 anos e 8 meses e 10 dias de reclusão e 16 dias-multa.

Pelo concurso formal impróprio, soma-se a pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, mais 16 dias-multa, com aquela correspondente ao crime de corrupção de menores, fixada em 1 ano de reclusão, totalizando 7 anos e 8 meses de reclusão, mais 16 dias-multa.

Por derradeiro, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando sobre a matéria e que respaldam essa solução:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

[...]

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)

"*HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. WRIT DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, §**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º e 44, III, ambos do CP.

[...]

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se.)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente ao patamar de 7 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0322011-4

HC 542.236 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15008731920198260564 20190000822898

EM MESA

JULGADO: 19/11/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

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	: DANIEL NUNES DE ANDRADE (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.