HABEAS CORPUS Nº 498.908 - SP (2019/0074747-5)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	LUIZ ARNALDO ALVES LIMA FILHO
ADVOGADO	:	LUIZ ARNALDO ALVES LIMA FILHO - SP245068
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	CARLOS EDUARDO SIQUEIRA DUARTE JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **CARLOS EDUARDO SIQUEIRA DUARTE JUNIOR** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 anos, 1 mês e 16 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 25 dias-multa, de valor unitário mínimo, vedado o direito de recorrer em liberdade (e-STJ, fls. 41-70).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso a fim de reduzir a pena para 8 anos, 1 mês e 16 dias de reclusão, nos moldes da seguinte ementa:

> "Apelações. Denúncia que imputou aos réus a prática dos crimes tipificados no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, por duas vezes, em concurso formal, nos termos do artigo 70, primeira parte, ambos do Código Penal; artigo 244-B, da Lei nº 8.069/90 e artigo 180, "caput", tudo em concurso material, na forma do artigo 69, do Código Penal. Sentença que condenou os acusados pela prática dos crimes de roubo majorados pelo emprego de arma e concurso de agentes, por duas vezes, em concurso formal com o delito de corrupção de menores, além do crime de receptação, tudo em concurso material. Recursos da defesa. 1. Quadro probatório suficiente para firmar a condenação dos apelantes pelos crimes de roubo e receptação. Autoria e materialidade comprovadas. 2. Presentes as causas de aumento de pena relativas ao emprego de arma e ao concurso de agentes em relação aos delitos de roubo. 3.
> Reconhecimento do concurso formal entre os dois delitos de roubo. 4. A prova do dolo no crime de receptação é essencialmente indiciária, tomando-se em conta as circunstâncias em que se deu a ação do agente. 5.
> Reconhecimento do concurso material entre os delitos de roubo e o de receptação. 6. De outro norte, ressalvada a opinião do relator, esta Câmara tem entendido que o crime de corrupção de menores é de natureza material, reclamando, para sua configuração, demonstração de que o agente, de qualquer forma, contribuiu para corromper ou facilitar a corrupção do menor, não bastante o simples concurso criminoso com o mesmo. Absolvição decretada.
> 7. Sanção que comporta alteração. Recursos parcialmente providos" (e-STJ, fl. 127).

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados (e-STJ, fls. 136-140).

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) "na primeira fase de

dosimetria penal, a Magistrada de piso deveria considerar os antecedentes, a conduta social e a personalidade do Paciente na aplicação da pena, o que não fez, consoante se percebe da fundamentação acima, na qual sequer foram consideradas condições pessoais favoráveis do Paciente, tais como a PRIMARIEDADE, os BONS ANTECEDENTES e o exercício de TRABALHO LÍCITO, por exemplo"; b) "No caso versado, a inobservância desses critérios para aferição da pena-base nos estritos termos do artigo 59, do estatuto penal, culminando na majoração da pena-base em 1/6 (um sexto), revela uma violação ao aludido dispositivo de lei federal pelo Tribunal *a quo*, o que urge ser reparado em sede de *habeas corpus";* **c)** "a majoração da pena acima do mínimo legal de 1/3 levou em consideração a simples presença de duas causas de aumento de pena, o que, por si só, não é motivo suficiente para uma exasperação no patamar de 3/8" (e-STJ, fls. 3-20).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de reduzir a pena-base, bem como estabelecer o incremento mínimo pela incidência das duas causas de aumento.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fl. 182), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 236-242).

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 os 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 condenar o réu pela prática de dois roubos duplamente circunstanciados, em concurso formal, e por corrupção de menor, reconheceu:

> "DO ACUSADO CARLOS EDUARDO II. a Considerando que os dois crimes de roubo foram idênticos, e que as circunstâncias subjetivas também são as mesmas, procedo à dosimetria das penas relativas a eles de forma unificada.
> Na primeira fase, acerca da culpabilidade, anoto que a conduta do acusado se revestiu de acentuado grau de reprovabilidade, diante do nível de agressividade com que praticou o roubo, agredindo a vítima Eduardo nas costas para ingressar na residência, agindo com agressividade verbal e por ter desprezado a informação acerca da gravidez da vítima Natália. O crime ainda produziu graves consequências tendo em vista que a vítima Natália, que estava grávida de seis meses, sofreu um aborto em razão das circunstâncias em que perpetrado o delito patrimonial. Além disso, as vítimas

ficaram traumatizadas depois dos fatos, tendo inclusive colocado a residência à venda e mudado de cidade. Assim, para cada uma dessas duas circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, ou seja, em 05 anos e 04 meses de reclusão e 12 dias-multa, para cada um dos dois roubos.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes. Verifico, por outro lado, a atenuante da menoridade, vez que o acusado, à época dos fatos, era menor de vinte e um anos de idade (art. 65, I, CP). Assim, por conta da menoridade do acusado, reduzo a reprimenda ao mínimo legal de 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão e 10 dias-multa.

Na terceira fase, em razão das duas circunstâncias majorantes (emprego de arma de fogo e concurso de agentes), aplico o aumento de um 3/8, resultando, para cada um dos dois roubos, as penas definitivas de 06 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e 13 dias-multa.

Ressalto que a definição desse percentual de aumento não decorreu apenas do número de causas de aumento, mas da aplicação do princípio da individualização da pena, segundo o raciocínio de que, quanto maior o número de majorantes, maior a gravidade da conduta concreta do agente e quanto maior a probabilidade de sucesso da empreitada criminosa.

E mais, considerando-se o concurso formal, já que, mediante uma só ação, praticou dois crimes de roubo, na medida em que foram subtraídos patrimônios de duas vítimas distintas, majoro a pena em mais 1/6, tornando-a definitiva em 07 anos, 01 mês e 16 dias de reclusão e 15 dias-multa.

I.b Passo, agora, à dosimetria da pena relativa ao crime previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/90 (corrupção de menor).

Na primeira fase, atendendo-se às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, entendo que as circunstâncias judiciais são neutras e fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 01 ano de reclusão.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes. Verifico, por outro lado, a atenuante da menoridade, vez que o acusado, à época dos fatos, era menor de vinte e um anos de idade (art. 65, I, CP). Contudo, considerando-se que a pena base foi fixada no mínimo legal e atenta ao enunciado da Súmula 231 do STJ, a pena provisória deve ser mantida em 01 ano de reclusão.

Na terceira fase, não se verificam causas de aumento ou de diminuição, de modo que a pena permanece em 01 ano de reclusão.

Como os crimes de roubo e o de corrupção de menor foram cometidos em concurso formal, em princípio deve ser aplicada somente a pena privativa de liberdade do crime mais grave (qual seja, a do roubo) exasperada de 1/6, nos termos do art. 70, “caput”, do Código Penal. Porém, o resultado dessa operação ensejaria pena maior do que aquela resultante da somatória das reprimendas. Assim, aplica-se ao caso o parágrafo único do art. 70 do Código Penal, que enseja a soma das penas, ficando a pena definitiva fixada em 08 anos, 01 mês e 16 dias de reclusão e 15 dias-multa.

II.c Passo, finalmente, à dosimetria da pena relativa ao crime previsto no art. 180, caput, do Código Penal (receptação).

Na primeira fase, anoto que as circunstâncias judiciais são neutras. Por conta disso, fixo a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, em 01 ano de reclusão e 10 dias- multa.

> Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes. Verifico, por outro lado, a atenuante da menoridade, vez que o acusado, à época dos fatos, era menor de vinte e um anos de idade (art. 65, I, CP). Contudo, considerando-se que a pena base foi fixada no mínimo legal e atenta ao enunciado da Súmula 231 do STJ, a pena provisória deve ser mantida em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa.
> Na terceira fase, ausentes causas de aumento e de diminuição de pena, torno definitiva a pena em 01 ano de reclusão e 10 dias-multa.
> Como os crimes de roubo e corrupção de menores (já ajustados pela regra do concurso formal) e o crime de receptação foram cometidos em concurso material, impõe-se a somatória das penas, nos termos do art. 69 do Código Penal. Assim, a pena global é fixada em 09 anos, 01 mês e 16 dias de reclusão e 25 dias-multa, somadas as pena pecuniárias nos termos do art. 72 do Código Penal.
> Fixo cada dia-multa no valor mínimo legal, pois não há nos autos elementos que autorizem a fixação de valor mais elevado.
> Nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal, considerando o montante de pena aplicado, impõe-se a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade cominada a cada um dos acusados, mesmo considerando a detração imposta pelo art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal (os acusados foram presos no dia 29.07.2017 pág. 06/16).

O Colegiado de origem, a seu turno, deu parcial provimento ao recurso defensivo tão somente para absolver o réu quanto ao crime de corrupção de menor, pelos seguintes fundamentos:

> "Dos delitos de roubo As penas-base foram fixadas acima do mínimo legal 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 12 dias-multa 1 para cada um dos roubos, em relação a ambos os réus.
> Deveras, o delito foi perpetrado com invasão do domicílio das vítimas, vale dizer, com maltrato a bem constitucionalmente tutelado. Ao listar os direitos e garantias individuais, o legislador constituinte expressamente elegeu a casa o "asilo inviolável do indivíduo" (artigo 5º, XI, da C.F). Isto significa, nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, que "a Constituição está reconhecendo que o homem tem direito fundamental a um lugar em que, só ou com sua família, gozará de uma esfera jurídica privada e íntima, que terá que ser respeitada como sagrada manifestação da pessoa humana" (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 18ª edição, pág. 210).
> Além disso, extremamente agressiva a ação dos roubadores, principalmente, no que concerne à pressão psicológica imprimida nas vítimas, sendo que uma delas chegou a sofrer um aborto, posteriormente.
> Tudo, pois, a retratar um acentuado grau de culpabilidade, a justificar um tratamento penal mais rigoroso.
> Na segunda fase, houve reconhecimento da circunstância atenuante da confissão em relação ao acusado Elton, bem como presente a circunstância atenuante da menoridade do acusado Carlos Eduardo (à época dos fatos, contava com 19 anos fls. 16), com diminuição da pena inicial em 1/6, chegando a 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa para cada um dos roubos.

> Não se divisa, na espécie, a circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, "a", do Código Penal, no tocante ao acusado Elton. Afinal, não demonstrado que passava por um quadro de penúria que diminuísse a reprovabilidade do comportamento.
> Na terceira fase, mantém-se a majoração da pena (3/8), tendo em conta (i) o número de agentes (4), (ii) a utilização de armas de fogo e não qualquer arma. São dados empíricos a desnudar um elevado grau de culpabilidade e que justificam um incremento acima do mínimo legal. Neste passo, as sanções chegam a 6 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.
> Ainda nesta última fase, reconhecido o concurso formal, mantém-se o incremento de 1/6 sobre a pena privativa de liberdade de um dos roubos, chegando a 7 anos, 1 mês e 16 dias de reclusão.
> As penas de multa deveriam ter sido somadas (artigo 72, do Código Penal). Não, foi, todavia, o que foi levado a efeito pela r. sentença, que aplicou o mesmo critério da pena privativa de liberdade. A falta de recurso da acusação impede, no entanto, que se promova qualquer alteração no ponto, de sorte que fica mantida a pena pecuniária em 15 dias-multa.
> Diante desse quadro, a sanção dos roubos resulta em 7 anos, 1 mês e 16 dias de reclusão e pagamento de 15 dias- multa, para ambos os acusados" (e-STJ, fls. 124-126).

No caso, percebe-se que a pena-base do paciente foi estabelecida acima do piso legal pela valoração negativa da culpabilidade e das consequências do crime.

No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Decerto, a violência concreta empregada nas práticas delitivas, que se revelam superiores à ínsita aos crimes de roubo, demonstram o dolo intenso do paciente, de modo a permitir a exasperação da básica a título de culpabilidade.

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial é cabível sempre que o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal, como no caso. De fato, umas vítimas, que estava grávida de 6 meses à época dos fatos, sofreu um aborto em razão das circunstâncias do delito. Além disso, os ofendidos ficaram traumatizados, tendo, inclusive, colocado o imóvel à venda e mudado de cidade.

Além disso, descabe falar em desproporcionalidade do aumento da pena-base.

Isso porque, considerando o aumento de 1/8 por cada circunstância judicial desabonadora, a incidir sobre o intervalo do apenamento estabelecido no preceito secundário do tipo penal, o qual corresponde a 72 meses, chega-se ao incremento de 9 meses de reclusão por cada uma das vetoriais, patamar superior ao definido pelas instâncias ordinárias, devendo, portanto, ser reconhecida a idoneidade da fixação da básica em 5 anos e 4 meses de reclusão.

Por fim, verifica-se que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ.

Em verdade, as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o uso de armas de fogo, por quatro agentes, um deles menor de idade, além do emprego de violência física e verbal, evidenciam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.

Nesse sentido:

> "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO DE MENORES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PACIENTE VINICIUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. DELITOS DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO DE MENORES. ARTS. 107, INCISO IV, 109, INCISO V, 110, § 1.º E 115 DO CÓDIGO PENAL. ROUBO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA O TIPO PENAL. *MODUS OPERANDI.* AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3 PELAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443/STJ. NÃO APLICAÇÃO. *HABEAS CORPU*S NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.
> - O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
> - Considerando que transcorreu prazo superior a dois anos entre a data da publicação da sentença condenatória em 21.02.2014 (fl. 54) e a data do trânsito em julgado da ação penal para a Defesa do paciente VINICIUS, em 29.02.2016 (fl. 116), impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva superveniente relativamente aos delitos de formação de quadrilha e corrupção de menores, nos termos dos arts. 107, inciso IV, 109, inciso V, 110, § 1.º e 115 do Código Penal.
> - Cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes.
> Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.
> - No caso, não há óbice ao reconhecimento da maior reprovabilidade da conduta dos pacientes, a ensejar a exasperação da pena-base dos roubos em 1/2 sobre o mínimo legal, com fulcro no desfavorecimento das circunstâncias do crime.
> - Deve ser considerada, no caso, a especial violência empregada, tendo os réus agredido fisicamente uma das vítimas, bem como o

modus operandi dos roubos, praticados por sete ou oito pessoas, com várias armas, tendo o primeiro colocado em perigo clientes e funcionários de restaurante e o segundo ocasionado a subtração de três veículos de estacionamento vizinho. Aceitar que a grave ameaça e a violência, por integrarem o tipo penal do roubo, não podem ser valoradas de acordo com a maior ou menor intensidade da conduta, seria inviabilizar a gradação do preceito secundário.

- 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 da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas dos crimes, no caso, praticados por sete ou oito agentes, que se utilizaram de diversas armas de fogo, bem como do modus operandi dos delitos. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- *Habeas corpus* não conhecido. Concedo a ordem, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente VINICIUS ao novo patamar de 06 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 15 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 379.112/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/8/2018, DJe 24/8/2018, grifou-se)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator