HABEAS CORPUS Nº 499.865 - DF (2019/0080173-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS	:	ESEQUIEL SANTOS MOREIRA - DF007920 DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTICA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITORIOS
PACIENTE	:	MARCELO CONCEICAO BEZERRA (PRESO)
PACIENTE	:	JOAO REGIS NASCIMENTO JUNIOR (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **MARCELO CONCEIÇÃO BEZERRA** e de **JOAO REGIS NASCIMENTO JUNIOR** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 7 anos, 2 meses e 24 dias de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal (e-STJ, fls. 16-20).

Irresignados, o *Parquet* e a defesa apelaram ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de valorar desfavoravelmente as circunstâncias do crime e a culpabilidade dos agentes e, por outro lado, proveu parcialmente o apelo de Joao Regis, para reconhecer a menoridade relativa, tendo, porém, desprovido o apelo do réu Marcelo. Eis a ementa do acórdão:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA, PELO CONCURSO DE PESSOAS E PRATICADO COM RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DAS VÍTIMAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DOS RÉUS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AVALIAÇÃO DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DESLOCAMENTO DAS CAUSAS DE AUMENTO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES CARACTERIZADO. RECURSO DO SEGUNDO APELANTE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS ANTECEDENTES E DAS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. INCIDÊNCIA. RECURSO DO TERCEIRO APELANTE. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS ANTECEDENTES E DAS CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DO SEGUNDO APELANTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO TERCEIRO APELANTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> 1. Não pode ser acolhido o pedido de desistência da apelação

interposta pelo próprio Ministério Público. Inteligência do artigo 576 do Código de Processo Penal. A limitação do efeito devolutivo do recurso interposto é estabelecida no termo de apelação, que, no caso, faz referência apenas à dosimetria da pena.

2. Existentes mais de uma causa de aumento no crime de roubo, é possível o deslocamento de uma majorante para que seja usada na fixação da pena-base e a manutenção de outra como causa de aumento de pena. Logo, não há óbice a que, diante de três majorantes (emprego de arma, concurso de pessoas e restrição da liberdade das vítimas), duas delas sejam utilizadas para a avaliação desfavorável da culpabilidade e das circunstâncias do crime e a restante sirva à exasperação da pena na terceira fase.

3. Mantém-se a avaliação negativa da circunstância judicial dos antecedentes dos réus, uma vez que está lastreada em condenação definitiva apta para tanto.

4. Justifica o acréscimo da oena-base em virtude das da pena na terceira fase.

3. Mantém-se a avaliação negativa da circunstância judicial dos antecedentes dos réus, uma vez que está lastreada em condenação definitiva apta para tanto.

4. Justifica o acréscimo da pena-base em virtude das conseqüências do crime a existência de prejuízo sobremaneira vultoso, de cerca de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), ultrapassando o mero prejuízo exigido para a própria tipificação do delito.

5. Se o segundo apelante era menor de 21 (vinte e um anos) à data dos fatos, é de ser reconhecida em seu favor a circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal.

6. Considerando o fato de o crime de roubo praticado possuir duas vítimas distintas, tendo a empreitada criminosa repercutido sobre o patrimônio de duas pessoas, verifica-se a hipótese de concurso formal de crimes (artigo 70, caput, primeira parte, do Código Penal).

7. Recursos conhecidos. Provido o recurso do Ministério Público para, mantida a condenação dos réus nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I, II e V, Código Penal (crime de roubo circunstanciado pelo emprego de arma, pelo concurso de pessoas e pela restrição da liberdade das vítimas), avaliar negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das circunstâncias do crime e reconhecer a ocorrência do concurso formal de crimes, aplicando ao caso concreto a exasperação da pena na fração de 1/6 (um sexto).Parcialmente provido o recurso do segundo apelante para reconhecer em seu favor a circunstância atenuante da menoridade relativa, ficando, no entanto, suas penas majoradas de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 21 (vinte e um) dias-multa, para 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 34 (trinta e quatro) dias-multa, calculados à razão mínima. Negado provimento ao recurso do terceiro apelante, ficando suas penas majoradas de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 21 ~ íjioc.miiita nara 09 inove) anos e 04 (quatro)(vinte e um) dias-multa, para 09 (nove) anos e wu«uu,

meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, e 42 Quarenta

e dois) dias-multa, calculados à razão mínima" (e-STJ, fls. 22-25).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "o emprego de arma e o concurso de pessoas não se prestam para aumentar a pena-base. Isso porque o legislador fixou o *quantum* de diminuição e do aumento para serem considerados apenas na terceira fase da dosimetria'; b) "no que concerne às causas de diminuição ou aumento da pena, o legislador fixou o quantum de diminuição e do aumento a serem considerados na terceira fase da concentração da pena. Ademais, há uma enorme diferença entre os institutos das circunstâncias judiciais ou legais, as qualificadoras e as causas de aumento de pena"; c) "em que pese estar sendo comum o deslocamento de uma qualificadora para primeira fase da dosimetria, quando se trata de causa específica de aumento, tal medida é inaplicável tendo em vista o que dispõe o parágrafo único do artigo 68 do Código Penal" (e-STJ, fls. 3-11).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja excluída a valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias do crime e, por consectário, seja reduzida a pena dos pacientes.

Sem pedido de liminar, A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 56-59).

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.

No caso, o Colegiado de origem, ao dar parcial provimento ao apelo ministerial, valorou negativamente, na primeira fase do cálculo dosimétrico, as circunstâncias do crime e a culpabilidade dos agentes, sem que possa inferir manifesta ilegalidade sanável na via do habeas corpus.

Isso porque a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça admite, presente mais de uma causa de aumento de pena, a valoração de algumas delas como circunstâncias judiciais desfavoráveis e outras na terceira etapa de individualização da pena, ficando apenas vedados o *bis in idem* e a exasperação superior ao máximo estabelecido pela incidência das majorantes, caso sopesadas na fase derradeira da dosimetria, o que não se vislumbra na hipótese sob análise.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO

DUPLAMENTE MAJORADO POR CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESCABIMENTO. CONCURSO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. RECONHECIMENTO DE UMA DELAS COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
I - Diante da existência de duas causas de aumento no crime de roubo, é perfeitamente possível que uma delas seja considerada como circunstância judicial desfavorável, na primeira fase da dosimetria, e, a outra, para majorar as penas na terceira fase. (Precendentes).
Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 395.774/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/9/2017, DJe 11/10/2017, grifou-se);

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. UMA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E A OUTRA NA TERCEIRA FASE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA.
1. É possível considerar na dosimetria da pena do delito patrimonial uma das majorantes (concurso de agentes) para exasperar a pena-base, como circunstância do crime, e a outra (emprego de arma de fogo) na terceira fase, como causa especial de aumento.
2. Na espécie, a despeito da exasperação da pena-base, o *quantum* de pena repousou no mínimo legal, eis que reduzido pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.
3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço (durante toda a ação delitiva o apelante e seus comparsas mantiveram as vítimas de bruços para o chão, apontando as armas contra estas).
4. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.
5. Ordem denegada." (HC 401.515/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/8/2017, DJe 24/8/2017, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. USO DE UMA MAJORANTE COMO FUNDAMENTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE. POSSIBILIDADE.
FUNDAMENTOS NOVOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA.

> AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> 1. O emprego de motivação própria pelo Tribunal no julgamento de apelação exclusiva da defesa sobre questão jurídica expressamente tratada na sentença, sem implicar o agravamento da situação do réu, não representa violação do princípio do *non reformatio in pejus*. Precedentes.
> **2. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, é plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes (AgRg no REsp 1551168/AL, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 02/03/2016). Precedentes.**
> 3. A manutenção das penas-base fixadas no patamar de 5 (cinco) anos de reclusão nem sequer representa ofensa ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, a se considerar a reprovação de duas circunstâncias judiciais - culpabilidade e circunstâncias do crime - verifica-se que para cada uma foi atribuída exasperação de 6 (seis) meses. Isso representa um aumento menor que 1/6 (um sexto) da pena mínima prevista pelo art. 157, caput, do CP, que é de 4 (quatro) anos.
> 4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1075013/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJe 21/6/2017, grifou-se).

Com efeito, não há que se falar em *bis in idem*, pois na terceira fase da dosimetria a pena foi majorada em 1/3 em virtude da incidência da causa de aumento da restrição de liberdade da vítima, devendo, ainda, ser destacado que o 1 ano e 2 meses pela valoração negativa de 4 circunstâncias judiciais revela-se inferior àquela cabível caso as duas causas de aumento fossem valoradas na derradeira etapa do cálculo dosimétrico.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator