HABEAS CORPUS Nº 495.342 - SP (2019/0056301-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	BIANCA CAMARGO MOLLER E OUTRO
ADVOGADOS	:	TAINA SUILA DA SILVA ARANTES TORRES - SP375399
		BIANCA CAMARGO MOLLER - SP383901
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	ESRON DE MACEDO NETO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ESRON DE MACEDO NETO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000140-02.2018.8.26.0617.

De acordo com a denúncia (e-STJ fls. 9-12), o paciente, em coautoria com Helvis Silva Moreira Nalini e outros agentes não identificados, teria realizado o furto de 15.000l (quinze mil litros) de combustível de um duto pertencente à empresa Petrobrás Transporte S/A, mediante rompimento de obstáculo. Posteriormente, teria oferecido vantagem em dinheiro para que os policiais não realizassem a sua prisão.

Instaurada a ação penal, o paciente foi condenado às penas de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, e 32 (trinta e dois) dias-multa, pela prática dos crimes tipificados no art. 155, § 4º, incisos I e IV, e no art. 333, ambos do Código Penal (e-STJ 15-22).

Contra essa decisão a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, que foi parcialmente provido para reduzir as reprimendas para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantido o regime inicialmente fechado, e 26 (vinte e seis) dias-multa (e-STJ fls. 23-34).

Segundo a impetração (e-STJ fls. 1-8), o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em resumo, porque a pena-base do delito de furto qualificado teria sido exasperada sem amparo em fundamentação idônea e porque as instâncias ordinárias não teriam apontado fundamentos idôneos para a fixação do regime inicial mais gravoso.

Por fim, aduz a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja redimensionada a reprimenda do paciente, com o estabelecimento de regime prisional menos rigoroso e, ainda, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 39-40).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 44-50 e 52-84).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do presente *habeas corpus* (e-STJ fls. 86-87).

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta

Corte Superior de Justiça.

A propósito:

> *PROCESSO PENAL. PENAL.* HABEAS CORPUS. *HOMICÍDIO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA. JÚRI. ALEGAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO ANTES DE INTIMAR A DEFENSORIA PÚBLICA PARA ATUAR NOS AUTOS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora.*
> [...]
> *6. Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 348.475/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe de 28/08/2017.)
>
> HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.*
> *CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *- 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.*
> [...]
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe de 29/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Acerca do tema deste *habeas corpus*, é preciso ter presente que os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal fica restrita a hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitida a alteração do regime inicial ou o

redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou de diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

Por fim, vale ressaltar que a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena, sendo permitido ao julgador analisar com discricionariedade o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

No que se refere à exasperação da pena-base, constata-se que a Corte impetrada manteve o incremento de 2 (dois) anos estabelecido pelo Juiz sentenciante para o delito de furto e reduziu a reprimenda relativa ao crime de corrupção ativa para o mínimo legal, conforme aresto assim proferido, *in verbis* (e-STJ fls. 32-33; sem grifos no original):

> [...]
> *No tocante à reprimenda do crime de furto, o Juiz sentenciante, acertadamente, estabeleceu a pena-base para cada um dos réus, no dobro do mínimo legal, ou seja, 4 anos de reclusão, mais o pagamento de 20 dias-multa, no piso, diante das circunstâncias extremamente negativas,* ***considerando que houve a criação de um grupo criminoso especializado e audacioso, que não só teve de escavar para alcançar os dutos de transporte de combustível que foram perfurados para instalar válvula, demonstrando dolo e organização extremos, sem contar que a subtração poderia se prolongar indefinidamente, posto que a localização da perfuração, na serra do mar, dificultava em muito a identificação exata da perfuração****, quantum tornado definitivo para o acusado HELVIS, em razão de circunstâncias modificadoras.*
> *Na segunda fase, a pena de ESRON foi diminuída em 1/6, diante da presença da atenuante da confissão espontânea, atingindo 3 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 16 dias-multa, no piso.*
> *Quanto ao delito de corrupção ativa, a pena-base foi estabelecida no dobro do mínimo legal, o que se mostrou exagerado, devendo ser fixada no mínimo legal, ou seja, 2 anos de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa, no piso, de modo que não há como reduzi-la aquém deste patamar, nem mesmo diante da atenuante da confissão espontânea, ao teor do que dispõe a Súmula 231 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, inexistentes outras circunstâncias modificadoras.*
> *Por fim, aplicada a regra do concurso material de infrações, a reprimenda de ESRON totaliza, em definitivo, 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o*

> *pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, no piso.*
> [...]

Desse modo, considerando que a pena prevista para o delito de furto qualificado é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão, o incremento de 2 (dois) anos na reprimenda básica mostra-se proporcional e devidamente fundamentado com base em elementos concretos da conduta imputada ao paciente (participação em "*grupo criminoso especializado e audacioso, que não só teve de escavar para alcançar os dutos de transporte de combustível que foram perfurados para instalar válvula, demonstrando dolo e organização extremos*" e em local que permitiria que a subtração se prolongasse no tempo – e-STJ fls. 32-33) perfeitamente aptos a negativar as circunstâncias judiciais relativas às circunstâncias e consequências do crime, não merecendo ser acolhida a insurgência.

Ademais, no tocante ao incremento da reprimenda básica, é necessário enfatizar que esta Corte Superior possui o entendimento jurisprudencial no sentido da dosimetria da pena estar atrelada a um juízo discricionário do julgador, o qual, baseado nas circunstâncias judiciais, bem como em todo o conjunto fático-probatório, encontra respaldo suficiente para a fixação do *quantum* necessário da pena.

Nesse sentido, este Sodalício entende que a revisão da quantidade da pena firmada pela instância ordinária só é cabível quando ficar devidamente demonstrada a afronta aos parâmetros legais, bem como manifesta desproporcionalidade.

A propósito, confiram-se:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE. PENA MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. INCONTÁVEIS DELITOS DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *- 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 ao 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 dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.***
> *- No caso, a pena-base afastou-se de 1/3 do mínimo legal com lastro em fundamentação idônea, diante da valoração desfavorável das circunstâncias e das consequências do crime, às quais foi empregado maior rigor, pelo fato de os abusos feitos pelo próprio genitor terem*

> *ocasionado a gravidez da vítima, à época com 13 anos de idade, e posterior colocação da criança em programa de adoção, com a ida da ofendida para outra unidade da federação, decorrente do trauma, da humilhação e do bullyng escolar sofridos, demonstrando que a conduta do agente extrapolou o tipo penal violado, merecendo, portanto, maior repreensão. Precedentes.*
> [...]
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 412.651/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe de 24/11/2017; sem grifos no original.)
>
> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CRIME DE RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.*
> ***1.Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório***
> [...]
> *4.Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no HC 380.383/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe de 14/11/2017; sem grifos no original.)

Assim, no caso dos autos, verifica-se a inexistência de qualquer hipótese apta a justificar a revisão, por esta Corte Superior, da fixação da pena-base, tendo a instância ordinária lastreado seus fundamentos nas informações concretas inseridas nos autos, em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que demonstra a possibilidade de exasperação da sanção básica, a fim de caracterizar uma maior reprovabilidade da conduta.

No que concerne ao regime prisional inicial, também não merece reparos o acórdão combatido, que manteve o regime fechado para o início do cumprimento da pena imputada ao paciente.

Isso porque, fixada a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão e considerando-se a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível o estabelecimento do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

Finalmente, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, não se conhece do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 08 de abril de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Presidente