

HABEAS CORPUS Nº 502.275 - SC (2019/0094402-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIANO RENIERT (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **FABIANO RENIERT** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 13 anos, 9 meses e 21 dias de reclusão, em regime prisional fechado, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, e § 2º - A, I, duas vezes, na forma do art. 70, caput, ambos do Código Penal (e-STJ, fls; 141-150).

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, §2º, INCISO II, E §2-A, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. "MODUS OPERANDI" QUE EXCEDE A NORMALIDADE. GRAVE AMEAÇA EMPREGADA DE MANEIRA EXACERBADA. INCREMENTO DEVIDAMENTE ALICERÇADO NO FATO DE O DELITO TER SIDO REALIZADO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL QUE, NA OCASIÃO, CONTAVA COM INTENSO FLUXO DE PESSOAS. TERCEIRA FASE. ALMEJADO O AFASTAMENTO DAS FRAÇÕES DE AUMENTO DE 1/3 (UM TERÇO) RELACIONADA AO CONCURSO DE AGENTES, E 2/3 NO QUE TANGE AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, AO ARGUMENTO DE DUPLA VALORAÇÃO COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DIVERSOS UTILIZADO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. "*BIS IN IDEM*" NÃO VERIFICADO. ADEMAIS, ALTERAÇÃO LEGISLATIVA QUE POSSIBILITA A INCIDÊNCIA DE PATAMARES DISTINTOS PARA AS REFERIDAS MAJORANTES. ACRÉSCIMOS MANTIDOS. PLEITO DE AFASTAMENTO DA INDENIZAÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS (ART. 387, IV, CPP), FIXADA NA SENTENÇA. NÃO ACOLHIMENTO. PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EXORDIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ADEMAIS, "*QUANTUM*" INDENIZATÓRIO DEVIDAMENTE

FUNDAMENTADO PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0003281-08.2017.8.24.0039). TRANSMUDAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO, QUE PASSA DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA A DE CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO" (e-STJ, fls. 208-209).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "não houve qualquer circunstância extraordinária no crime praticado pelo PACIENTE que justificasse a valoração negativa da pena-base em razão das circunstâncias do crime, pois o fato não extrapolou as características ordinárias do delito de roubo circunstanciado"; b) "As menções às características "concretas" do delito não são nada mais do que elementos indiciários da prática do crime de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e majorado pelo uso de arma de fogo (CP, art. 157, § 2.º, II e § 2.º-A, I)"; c) "levando em consideração a *ratio* da Lei 13.654/2018, quando praticado um roubo com emprego de arma de fogo (§ 2.º-A) e, além disso, também verificada uma ou mais circunstâncias previstas no § 2º do art. 157 (tais como o concurso de pessoas), deve-se sempre aplicar unicamente a majorante do emprego de arma no patamar fixo de 2/3, em respeito ao princípio da subsidiariedade (ou da consunção); d) "como as duas circunstâncias (emprego de arma e arrombamento com explosivo) foram estabelecidas no mesmo dispositivo legal, ainda que estejam presentes simultaneamente, o aumento de pena deverá ser único, no patamar de 2/3"; e) "a pena mínima do roubo com emprego de arma de fogo (6 anos e 8 meses) já supera as penas mínimas do homicídio doloso (6 anos) e do estupro (6 anos), o que já revela uma certa desproporção. Caso permitida a cumulação com outra majorante especial, a pena mínima alcançará patamar inaudito de 8 anos, 10 meses e 20 dias — para uma conduta que, antes da Lei 13.654/2018, era apenada com, no máximo, 5 anos e 6 meses"; f) "no presente caso, portanto, o cálculo deveria ser elaborado da seguinte forma: 1/3 (concurso de pessoas) + 2/3 (arma de fogo) = 3/3. Por fim, 3/3 sobre 5 anos e 4 meses equivale a 10 anos e 8 meses" (e-STJ, fls. 3-28).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja readequada a pena imposta ao paciente.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ, fls. 291-304).

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.

Está inscrito no decreto condenatório:

"[...] Nesse compasso, considerando as particularidades do caso concreto, notadamente o fato de que as pessoas que estavam no estabelecimento comercial foram surpreendidas com a atitude criminosa, sendo expostas a grave risco e constrangidas pelo réu, e, considerando também que a vítima Heberson relatou ter sido por ele agredida, entendo que o indicado é a aplicação simultânea das causas de aumento de pena (CP, art.

157, § 2º, II e art. 157, § 2º-A, I), ressaltando que o segundo aumento incide sobre a pena já aumentada pela primeira causa, e não sobre a pena obtida na fase das agravantes e atenuantes genéricas (sistema dos "juros sobre juros"), conforme ensina Masson (2015, p.

747), e que tal conclusão é a recomendada para ambos os delitos aqui apurados.

Assim, na terceira fase das duas dosimetrias, majorarei as penas da segunda fase em 1/3 (pela causa de aumento do art. 157, § 2º, II, do CP), e, sobre os resultados obtidos, incidirá aumento de 2/3 (pela causa de aumento do art. 157, § 2-A, I, do CP).

Passo, agora sim, à dosimetria, registrando a adoção do critério trifásico para a pena privativa de liberdade (CP, art. 68) e do critério bifásico para a pena de multa (precedentes do TJSC).

Ressalto que procederei à dosimetria conjunta (para ambos os crimes), para evitar repetições desnecessárias, e que, havendo necessidade, apontarei, a seu tempo, as ressalvas que se fizerem pertinentes.

PRIMEIRA FASE:

A culpabilidade, entendida como grau de reprovabilidade da conduta, é a normal à espécie, mesmo porque os contornos fáticos do delito serão abordados na fase última da dosimetria.

Quanto aos antecedentes, assim compreendidos como os fatos anteriores aos crimes e que não caracterizam reincidência, as certidões de ff. 49-61 indicam que o réu é definitivamente condenado pelos seguintes crimes:

- art. 157, § 2º, II, c/c art. 14, II, caput, ambos do CP (processo n. 32246720158240036, Jaraguá do Sul/SC) – f. 49; - art. 33, caput, c/c art. 40, VI, ambos da Lei 11343/2006 (processo n. 6946620108240036, Jaraguá do Sul/SC) – f. 50; - art. 33, caput, da Lei 11343/2006, por fato ocorrido em Guaíra/PR – f. 52; Além disso, o réu figura em outros processos, o que não pode ser considerado em seu desfavor para fins de dosimetria (STJ, súmula 444).

Considerando o princípio da migração, das três condenações supra, considerarei uma condenação na fase subsequente, considerando, nesta fase, as duas que remanescem, pelo que, por isso, suas penas devem

ser aumentadas em 1/6 (um sexto).

A conduta social, ou seja, o comportamento do réu na família, comunidade e trabalho, não é conhecida, de forma que não pode ser negativamente considerada.

No tocante à sua personalidade, compreendida como as suas qualidades sociais e morais, também não cabe ser valorada, pela ausência de elementos para a análise.

Os motivos dos crimes, aqueles que impeliram o acusado à prática dos delitos, não podem ser valorados negativamente, pois inerentes aos próprios tipos.

As circunstâncias dos crimes, entendidas como aquelas de natureza objetiva e que indicam os detalhes da prática criminosa, serão analisadas de modo mais detalhado na terceira fase. Todavia, a prova dos autos (depoimento da vítima Heberson – f. 112) informa que as pessoas que estavam no mercado estiveram à mercê do réu, sendo por este constrangidas durante a empreitada criminosa, estando expostas a risco durante a prática de ambos os delitos, não tendo o réu se limitado a empregar violência e/ou grave ameaça aos funcionários do mercado, mas também às demais pessoas que ali estavam. Tal fato deve implicar o aumento das penas em 1/6 (um sexto), por extravasar o que se pode – se é que é isso possível, entender como circunstâncias normais do crime.

Em adição, as consequências dos crimes, devem ser consideradas como normais à espécie.

O comportamento das vítimas não deve ser valorado. Embora as vítimas não tenham colaborado para a prática criminosa, tal fato deve ser considerado neutro, conforme precedentes.

Assim, após analisar os vetores do art. 59 do CP, fixo a pena-base de ambos os delitos em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

SEGUNDA FASE:

Na segunda etapa dosimétrica, presente a agravante da reincidência (CP, art. 61, I) e também presente a atenuante da confissão (CP, art. 65, III, 'd'). Compenso a agravante com a atenuante, conforme precedentes, de modo que a pena, portanto, permanece inalterada.

TERCEIRA FASE:

Como já fundamentado, presentes as causas de aumento do art. 157, § 2º, II e § 2º-A, I, do CP. Aumento em 1/3 em razão da primeira causa, fazendo as penas alcançarem o patamar de 07 (sete) anos, 01 (um) mês e 09 (nove) dias de reclusão. Majoro ainda em 2/3, incidentes sobre o resultado alcançado, elevando as penas para 11 (onze) anos, 10 (dez) meses e 03 (três) dias de reclusão, inexistindo causas de diminuição a considerar" (e-STJ, fls. 146-148).

Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, pois os clientes do estabelecimento comercial foram ameaçados, tendo o segurança do local levado chutes e pontapés, mesmo após ter entregue a sua arma, o que permite a exasperação da

reprimenda a título de circunstâncias do crime.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. CABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em 1ª instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corrêus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados.

4. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

5. Os fundamentos quanto às consequências do crime não são idôneos. Isso porque o fato de os bens não terem sido recuperados não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, porquanto a subtração é inerente ao crime de roubo. Da mesma forma, o desvalor da personalidade está baseado em elementos genéricos, sem indicação de dados concretos a justificar a elevação da reprimenda-base.

6. Por outro lado, a valoração negativa da circunstância do crime está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo

penal, pois destacam o *modus operandi* empregado, que revela a maior gravidade do crime. A forma violenta que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes em uma delas, extrapolam as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado.

7. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima. 8. Refeita a dosimetria.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo para 5 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau.

(HC 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

I - Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, em virtude da valoração negativa da culpabilidade (justificada pelo *modus operandi* e pelo emprego de meio que impossibilitou a defesa da vítima), das circunstâncias do delito (o crime foi cometido em ambiente carcerário, com a burla das medidas de segurança e com fomento de animosidade entre os detentos) e dos motivos do crime (o delito foi praticado para assegurar a ocultação de outro crime), com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial (precedentes).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 749.151/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/5/2016, DJe 16/5/2016, grifou-se).

Ainda, descabe falar em vício na terceira fase da dosimetria.

Com efeito, percebe-se que o Magistrado processante considerou que a grave ameaça exercida mediante o uso de arma de fogo contra todos os frequentadores do estabelecimento comercial, expondo-as a grave risco de vida, bem como a quantidade de agentes envolvidos, justificam a aplicação simultânea das causas de aumento de pena (CP, art. 157, § 2º, II e art. 157, § 2º-A, I). Nesse passo, declinada motivação concreta a justificar a elevação da pena pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes, não se cogita nulidade sanável na via do *writ*.

Nesse sentido:

"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, 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 4/12/2018, DJe 13/12/2018).

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator

