**HABEAS CORPUS Nº 511.694 - SP (2019/0146189-4)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JORGE MUSSI** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>FELIPE DE CASTRO BUSNELLO - SP324728 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | PEDRO HENRIQUE AMARAL DE SOUZA (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de PEDRO HENRIQUE AMARAL DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0001888-89.2015.8.26.0224.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 13 (treze) dias-multa, pela prática dos crimes tipificados nos arts. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal e 244-B da Lei n. 8.069/1990 (por duas vezes) (e-STJ fls. 50-60).

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva e deu provimento ao apelo ministerial para majorar a reprimenda privativa de liberdade que foi fixada em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão (e-STJ fls. 110-121).

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que as penas-bases teriam sido exasperadas considerando-se desfavoráveis os antecedentes com esteio, apenas, em ação penal sem o trânsito em julgado, em detrimento ao enunciado sumular n.º 444 do STJ, motivo pelo qual deveria ser reduzida ao mínimo legal.

Alega, ainda, que a fundamentação utilizada para exasperar a pena do delito de roubo na terceira fase da dosimetria seria inidônea, pois amparada apenas no número de majorantes, em ofensa ao enunciado 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

Defende que deve ser reconhecido o concurso formal entre os delitos de roubo e corrupção de menores, uma vez que foram praticados no mesmo contexto fático e mediante uma só ação.

Argumenta, por fim, que estaria autorizado o abrandamento do modo prisional, em razão do preenchimento dos requisitos legais.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja redimensionada a reprimenda e alterado o modo prisional.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 124-125).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 130-154).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão parcial, de ofício, da ordem de *habeas corpus* para reduzir a pena-base ao mínimo legal (e-STJ fls. 156-165).

É o relatório.

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.

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.

No tocante à aventada ilegalidade na aplicação das penas-bases acima do mínimo legal, para melhor elucidação da questão, transcreve-se o seguinte excerto da sentença condenatória, mantida pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 58):

> *Na dosagem das penas, quanto ao delito de roubo, verifico que o réu apresenta personalidade voltada para a prática delitiva, tendo em vista que possui uma condenação, relacionada a fato anterior aos apurados nestes autos, por crime contra o patrimônio, em fase recursal, conforme certidão de fls. 123, além de responder a varios outros processos por fatos posteriores. Assim, nesta primeira fase de aplicação da pena, acresço suas penas de 1/6 (um sexto), fixando a pena-base em 4 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, observados os critérios do artigo 59 do Código Penal.*

Verifica-se, pois, que as penas-bases foram exasperadas unicamente com base na existência de ações penais em curso, o que não é permitido.

Sobre o tema, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais em andamento, condenações ainda não transitadas em julgado, ou ainda condenações por fatos cometidos posteriormente aos em análise não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

Ressalta-se que essa é a orientação trazida pelo enunciado 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "*É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base*".

Com efeito, reconhecida a ilegalidade, as penas-bases devem ser redimensionadas ao mínimo legal.

De outro lado, o impetrante alega inidoneidade na fundamentação utilizada para implementar a fração de aumento na terceira fase da dosimetria penal do

crime de roubo.

Com efeito, a simples constatação da existência de duas ou mais majorantes, como cediço, não é suficiente para que a pena seja alçada a patamar acima da fração mínima prevista – 1/3 (um terço) –, sendo necessário, para tanto, a ocorrência de circunstâncias reveladoras de culpabilidade exacerbada – tais como o concurso de vários agentes, o registro de violência real ou qualquer outra circunstância que denote a periculosidade maior dos agentes envolvidos – capazes de reclamar maior severidade na reprovação da conduta.

O referido entendimento, a propósito, ficou consolidado no enunciado 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, *ad litteram*:

> *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.*

A fim de melhor delimitar a controvérsia, transcrevo a fundamentação utilizada pelo Tribunal de origem para justificar a fração de aumento utilizada na terceira fase da dosimetria penal (e-STJ fl. 118; sem grifos no original):

> *Na derradeira etapa, considerando-se as causas de aumento atinentes ao concurso de agentes e ao emprego de arma, majorou-se a reprimenda de 3/8, totalizando 05 anos e 06 meses de reclusão, mais pagamento de 13 dias-multa.* ***O acréscimo se justifica diante da abordagem violenta da vítima, perpetrada por seis pessoas e com o emprego de arma de fogo, tendo havido inclusive disparos, que somente não atingiram o ofendido por falha na munição, que acabou "picotando"****.*

Da leitura do excerto acima, constata-se que o Tribunal de origem não se limitou a apontar o número de majorantes, destacando elementos concretos da conduta imputada ao paciente, tais como o elevado número de agentes, o uso de arma de fogo, bem como o emprego de violência real, circunstâncias que afastam a incidência do verbete sumular 443/STJ e bem justificam a elevação de 3/8 (três oitavos) procedida na terceira etapa da dosimetria.

Confiram-se os arestos proferidos no julgamento de questões semelhantes:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO.* ***ROUBO MAJORADO****. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.* ***PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 443/STJ.*** *INAPLICÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> [...]

*5. Nos termos do Enunciado de Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o quantum de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes.*
*6.* ***Na hipótese, as instâncias ordinárias justificaram devidamente a exasperação acima do mínimo legal das duas majorantes, ao ressaltar o concurso de três pessoas e a utilização de arma de fogo.*** *Destarte, não se vislumbra qualquer a nulidade da decisão, motivo pelo qual deve ser mantido a fração de aumento e 3/8. Fixa-se, pois, a pena definitiva do crime de roubo em 5 anos e 6 meses de reclusão.*
[...]
*9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado.*
(HC 442.277/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe de 30/05/2018; sem grifos no original.)

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO.* ***DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. FRAÇÃO DAS MAJORANTES*** *FIXADA EM 3/8. FUNDAMENTO CONCRETO.* ***PRÁTICA DO DELITO EM CONCURSO DE TRÊS AGENTES E COM EMPREGO DE ARMA.*** *ALEGAÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. AMPLO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.*
*1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.*
*2. Admite-se a fixação de fração superior a 1/3, referente às causas de aumento do roubo - art. 157, § 2º, do CP, nos casos em que as instâncias de origem indiquem elementos concretos, vinculados às majorantes reconhecidas, que justifiquem a exasperação. Súmula 443/STJ.*
*3.* ***A prática do delito em concurso com três agentes constitui fundamento apto a justificar a escolha do quantum de 3/8 na terceira fase da dosimetria****. Precedente.*
*4. Ademais, a jurisprudência desta Corte admite a suplementação de fundamentação pelo Tribunal que revisa a dosimetria e o regime de cumprimento de pena, sempre que não haja agravamento da pena do réu, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, a reformatio in pejus.*
*5. Agravo regimental improvido.*
(AgRg no HC 425.361/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe de 14/03/2018; sem grifos no original.)

Acerca da possibilidade de aplicação do art. 70 do CP nas hipóteses que envolverem os delitos de roubo e de corrupção de menor, é necessário ressaltar que o

crime do art 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente é formal e pode ser realizado mediante a prática conjunta ou mediante indução à prática da infração penal. Confira-se:

> *Art. 244-B. Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos,* ***com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la.***

O Tribunal de origem, ao reconhecer o concurso material de crimes, lançou a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 118-119; sem grifos no original):

> *De outra parte, em que pese o entendimento da i. Magistrada, a r. sentença deve ser reformada para que se reconheça o concurso material entre o crime de roubo e os delitos de corrupção de menores, tal qual pleiteia o Ministério Público.*
> *Isso porque, havendo a prática de duas condutas criminosas distintas, resultantes de desígnios autônomos no caso, a corrupção dos menores para a prática do delito e a efetiva execução do crime de roubo , deve incidir o concurso material de crimes, ex vi do art. 69 do CP, com a consequente soma das penas:*
> *"*Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.*"*
> *A propósito, esta Câmara se pronunciou sobre o tema por ocasião julgamento da Apelação Criminal nº 3010440-24.2013.8.26.0624, da Comarca de Tatuí, relator Desembargador Ricardo Tucunduva, julgado em 5 de maio de 2016; e da Apelação Criminal nº nº 3001853-83.2012.8.26.0127, da Comarca de Barueri, Relator Desembargador Marco Antonio Marques da Silva, julgado em 5 de maio de 2016.*
> *Com tais argumentos, somam-se as penas do acusado, o que resulta em 06 anos e 08 meses de reclusão, além o pagamento de 13 dias-multa.*

Como se vê, o Tribunal *a quo*, com base na prova coligida aos autos, concluiu que os delitos de roubo e corrupção de menor se deram em virtude de desígnios autônomos, sendo inviável o reconhecimento de que decorreram de uma mesma ação.

Portanto, "[*s*]*e a prova produzida nos autos evidencia que cada crime foi cometido por meio de uma* ***ação ou omissão distinta****, não há como fazer incidir, aos fatos apurados na origem, a regra do art. 70 do Código Penal*" (AgRg no AgRg no HC 450.501/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe de 23/10/2018; sem grifos no original).

Desse modo, como o Tribunal estadual, segundo a dinâmica dos fatos, identificou condutas diversas, inviabilizando a incidência da regra do concurso formal próprio (art. 70 do Código Penal), inverter essa conclusão e afastar o concurso material, reconhecendo haver uma só conduta, demandaria o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. PLEITO DE DESCARACTERIZAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL ENTRE OS CRIMES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. FUNDAMENTO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E N.718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*
>
> *2. **O habeas corpus não é a via adequada para a descaracterização do concurso material entre os dois crimes cometidos, uma vez que demandaria, necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidos nos autos, o que é vedado na estreita via eleita. Precedentes. No caso dos autos, o Tribunal de origem afirmou que os crimes foram praticados mediante mais de uma ação com desígnios autônomos, conclusão que torna inviável, nesta via eleita, a aplicação do concurso formal.***
>
> *3. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."*
>
> *4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, cabível a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da sanção corporal, se não houver motivação concreta que justifique a exasperação do regime. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar*

> *o regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.*
> (HC 429.229/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, de DJe 01/08/2018; sem grifos no original.)
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. TERCEIRA FASE. DESCARACTERIZAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL ENTRE OS DOIS CRIMES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE, NESTA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.*
> *1. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente específico, fato que justifica o incremento da pena, em um terço, na segunda fase da dosimetria.*
> *2. **A descaracterização do concurso material entre os dois crimes cometidos demandaria, necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidos nos autos, o que é vedado em sede de habeas corpus. Na espécie, o Tribunal de origem afirmou que os crimes foram praticados mediante mais de uma ação com desígnios autônomos, conclusão que torna inviável, nesta via eleita, a aplicação do concurso formal.***
> *3. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada.*
> (HC 378.443/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe de 11/05/2017; sem grifos no original.)

Assim, reconhecida a inidoneidade dos fundamentos utilizados para exasperar as sanções básicas do paciente, passo ao redimensionamento das reprimendas.

Na primeira fase, ante a inexistência de circunstâncias judiciais negativas, fixo a pena-base do delito de roubo no mínimo legal – 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, mesmo reconhecida a atenuante da maioridade relativa, a sanção permanece inalterada diante da impossibilidade de fixação em patamar inferior ao mínimo legal.

Na terceira etapa, mantida a exasperação de 3/8 (três oitavos) fixada pelo Tribunal *a quo*, a sanção para o crime de roubo resulta em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Para os delitos de corrupção de menores as penas-bases também devem ser fixadas no mínimo legal – 1 (um) ano de reclusão –, patamar que é mantido na segunda fase.

Em razão do reconhecimento do concurso formal entre os crimes do art. 244-B do ECA, mantido o mesmo aumento de 1/6 (um sexto) estabelecido pelo Tribunal de origem, a sanção resulta em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Finalmente, reconhecido o concurso material entre os crimes de roubo e

corrupção de menores, somam-se as reprimendas que totalizam 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

No tocante ao regime prisional, verifica-se que a reprimenda do paciente foi fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, tendo sido consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostrando-se viável o estabelecimento do modo **semiaberto**, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do CP.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não conheço** do *writ*, **concedendo**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir ao mínimo legal as penas-bases cominadas ao paciente e estabelecer o regime **semiaberto** para o início do cumprimento da reprimenda, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator