

**HABEAS CORPUS Nº 547.626 - SC (2019/0352239-6)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
THIAGO SIMÕES VIEIRA DE SOUZA - RJ189652  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : ADRIANO DE OLIVEIRA (PRESO)  
**PACIENTE** : DAVID SILVA SANTOS (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ADRIANO DE OLIVEIRA e DAVID SILVA SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 0017859-76.2017.8.24.0038).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso nos arts. 157, § 2º, incisos I e II e 244-B do ECA, n/f do art. 70 do Código Penal (duas vezes) e n/f do art. 71 do Código Penal, à pena de 11 anos, 10 meses e 24 dias de reclusão, bem como ao pagamento de 310 dias-multa (ADRIANO) e à pena de 8 anos e 7 dias de reclusão e 45 dias-multa (DAVID), ambos em regime fechado (e-STJ fls, 265/282).

Interpostas apelações, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo e deu parcial provimento ao reclamo ministerial para aumentar a pena-base dos pacientes, fixando as penas em 13 anos e 24 dias dias de reclusão e pagamento de 43 dias-multa (ADRIANO) e 11 anos, 6 meses e 18 dias de reclusão e pagamento de 35 dias-multa (DAVID), mantido o regime fechado. Segue a ementa do acórdão (e-STJ fls, 380/402):

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO (ART. 157, § 2º, I e II, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART 71, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DO ECA, POR DUAS VEZES). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO*

DO VETOR CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DO VETOR CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME, CONSIDERANDO O ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS. VIABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DA DEFESA. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. DA POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE RELATIVA PARA REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. NÃO ACOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE A PENA SER REDUZIDA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL ESTABELECIDO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/3. NÃO ACOLHIMENTO. EXASPERAÇÃO REALIZADA DE ACORDO COM OS PARÂMETROS ESTABELECIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. PERCENTUAL DE 3/8 ADEQUADO.

1. - Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, também seguido por esta Corte, via de regra, em razão dos números de causas de aumento existentes no art. 157, § 2º, do CP, há de ser observar um critério progressivo, pautado justamente no número de majorantes verificadas, de modo que, na hipótese de estar presente apenas uma delas, o acréscimo deverá ser de 1/3; em havendo duas, a elevação deve ser de 3/8; na existência de três causas, a pena deve ser majorada em 5/12; caso sejam constatadas quatro majorantes, o aumento deve ser de 11/24; nos casos em que, por fim, concorrerem todas as hipóteses constantes dos incisos relacionados no § 2º, do art. 157, do CP, deve incidir o percentual máximo de 1/2 (nesse sentido: (TJSC, Apelação Criminal n. 0044415-34.2015.8.24.0023, da Capital, rei. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 24-01-2019). DA MANIFESTAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. DE OFÍCIO, READEQUAÇÃO DAS PENAS-BASES E QUANTUM DA PENA DE MULTA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

No presente *writ* (e-STJ fls. 3/14), a impetrante alega que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, em razão da dosimetria realizada.

Em primeiro lugar, insurge-se contra o aumento realizado na terceira fase, em razão das majorantes do roubo. Afirma que a fração de aumento

foi arbitrada em 3/8, apenas com base no número de majorantes, o que contraria o enunciado n. 443 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

Prossegue argumentando que quando há concurso formal e continuidade delitiva, somente a fração atinente à continuidade delitiva deve ser aplicada, sob pena de indevido *bis in idem*.

Quanto ao delito de corrupção de menores, aponta que deveria ser reconhecido, no caso, o crime único, uma vez que *o bem jurídico tutelado pelo referido tipo penal é a formação moral do menor de idade. Assim sendo, uma vez corrompido o adolescente, por meio da mera prática da conduta descrita na denúncia de fls. 142/148 como Fato 1, pelos Pacientes, tendo em vista o enunciado de súmula nº 500 do STJ, que considera o referido delito como formal, a conduta descrita no Fato 2 não pode ser considerada crime autônomo. Desta feita, considerando que a prática do Fato 1 já ocasionou, segundo o acórdão, a deturpação na formação da personalidade do menor K. T. P., sob pena de violação ao princípio do ne de bis in idem, deve ser excluída a condenação pela corrupção de menor decorrente do Fato 2 referido no acórdão, bem como reduzida a fração de aumento, pelo concurso formal do Fato 2, para 1/6, tendo em vista que ocorreu apenas 02 crimes de roubo (e-STJ fl. 11).*

Ao final, insurge-se também contra a execução provisória da pena e a decretação da prisão preventiva do paciente. Em relação à execução provisória, afirma que o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das ADCs n. 43, n. 44 e n. 54, e proferiu o entendimento de que não é admitida a "execução penal provisória", ou seja, a determinação de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado. Quanto à preventiva, alega o decreto que determinou a prisão preventiva mencionada na sentença fora proferida no dia 17/10/17, ou seja, *HÁ MAIS DE 2 ANOS, e baseou-se genericamente na garantia da ordem pública e na garantia da aplicação da lei penal. Diante disso, na sentença, o Juízo deveria ter fundamentado porque entende que ainda se fazia presente a necessidade da*

*manutenção da prisão cautelar, a qual deve atender uma necessidade de extrema urgência. Aliás, inexistente notícia nos autos de que os acusados possuem comportamento inadequado junto ao sistema penitenciário (e-STJ fl, 13). Assim, aduz que não estão presentes os requisitos legais para manter os pacientes sob custódia cautelar.*

Dessa forma, requer, na liminar, a revogação da prisão preventiva e, no mérito:

- a) reduzir a fração de aumento de 3/8 para 1/3, na terceira fase de aplicação da pena dos crimes de roubo, diante da inexistência de fundamentação;*
- b) afastar a majoração pelo concurso formal, mantendo apenas a majoração pelo crime continuado;*
- c) afastar a condenação pela suposta prática da conduta descrita no art. 244-B do ECA relacionada ao Fato 2, com a conseqüente redução da fração de aumento imposta pelo concurso formal, na hipótese de não acolhimento do pedido anterior, e pelo crime continuado.*

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Quanto à questão referente à execução provisória da pena, cabe registrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 7/11/2019, por maioria, julgou procedentes as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54, decidindo pela constitucionalidade da regra do art. 283 do Código de Processo Penal que prevê a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início do cumprimento da pena, por estar em consonância com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Dessa forma, as penas impostas só poderão ser executadas após o trânsito

em julgado da condenação.

Contudo, ainda que não se fale mais em execução provisória da pena, não há como conceder a liberdade aos pacientes.

Explico.

Acerca dos fundamentos da prisão preventiva, não há como analisar o alegado constrangimento. Isso porque, por um lado, a defesa dos pacientes não instruiu os autos com o decreto prisional, documento necessário para se verificar eventual constrangimento ilegal na decretação da referida custódia. Por outro, a medida extrema foi mantida pelo juízo de primeiro grau, na sentença condenatória, porquanto permaneceram inalteradas as circunstâncias que ensejaram a segregação, o que afasta a possibilidade da concessão de liberdade, especialmente após a prolação de sentença condenatória.

Quanto ao tema, a jurisprudência desta Corte firmou-se no mesmo sentido. Confira-se:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGADO O DIREITO A RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. ENVOLVIMENTO DE MENORES. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*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. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva,*

*somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP.*

*3. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo as instâncias ordinárias demonstrado, com base em elementos concretos, a periculosidade do paciente, evidenciada pela quantidade e variedade de drogas apreendidas - 68,2g de maconha e 33,2g de cocaína - e por envolver menores na organização, com minuciosa divisão de tarefas.*

*4. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada a soltura dele depois da condenação em Juízo de primeiro grau.*

*5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada.*

*6. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública.*

*7. Habeas corpus não conhecido (HC 488.357/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019).*

Ademais, cabe consignar que o tema referente à prisão preventiva não foi debatido pelo Tribunal local, o que obsta a sua análise por esta Corte Superior, sob risco de se incorrer em supressão de instância.

Nesse sentido:

*PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EX-PARLAMENTAR ESTADUAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 691/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.*

*II - Na presente hipótese, não há decisão proferida pelo órgão jurisdicional colegiado competente sobre a matéria suscitada na impetração.*

*III - O prévio exame das matérias pelas instâncias ordinárias constitui requisito indispensável para sua apreciação nesta Corte, ainda quando se cuide de matéria de ordem pública, sob pena de supressão de instância.*

*IV - A Quinta e a Sexta Turma desta Corte Superior, bem como o c. Supremo Tribunal Federal, têm aplicado o verbete da Súmula n. 691/STF ("Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar") não apenas à hipótese de indeferimento de medida liminar na origem, mas, também, aos casos em que a única manifestação jurisdicional da instância a quo é decisão monocrática não combatida por recurso de agravo regimental.*

*V - Por outro lado, não se vislumbra teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize a concessão da ordem de ofício. Com efeito, o acórdão condenatório do e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que manteve a prisão preventiva do recorrente, foi proferido quando o agravante não mais detinha o mandato de parlamentar estadual, razão pela qual não se verifica, primo ictu oculi, nenhuma ilegalidade na manutenção da segregação cautelar.*

*Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 513.037/RJ, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 21/11/2019).*

Ante o exposto, **indefiro o pedido liminar.**

Devidamente instruído, dispenso informações. Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator