

HABEAS CORPUS Nº 543.912 - SP (2019/0332598-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELVIS APARECIDO LOPES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ELVIS APARECIDO LOPES**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 10 dias-multa, como incurso nos arts. 157, § 1º, c/c o art. 61, I, do Código Penal (e-STJ, fls. 18-22).

Em sede recursal, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO IMPRÓPRIO – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLEITO ABSOLUTÓRIO – RÉU PRESO EM FLAGRANTE – DECLARAÇÕES SEGURAS E INSUSPEITAS DA VÍTIMA – PRETENDIDA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO DESCABIDO – EMPREGO DE VIOLÊNCIA CONTRA VIGILANTES VISANDO ASSEGURAR A IMPUNIDADE DO CRIME E A DETENÇÃO DA COISA – CONDENAÇÃO MANTIDA – SUBTRAÇÃO CONSUMADA QUANDO DO EMPREGO DA GRAVE AMEAÇA – DE RIGOR O ACRÉSCIMO DA PENA-BASE EM VIRTUDE DO EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA) – CIRCUNSTÂNCIA NÃO INERENTE AO TIPO PENAL – PENA-BASE AUMENTADA DIANTE DE MAU ANTECEDENTE – NA SEGUNDA FASE EXASPERADA DIANTE DA REINCIDÊNCIA – AUMENTOS ESCORADOS EM CONDENAÇÕES DISTINTAS – *BIS IN IDEM* AFASTADO – SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA – PATAMAR ESCORADO NA CONCLUSÃO DO LAUDO PERICIAL – REGIME FECHADO MANTIDO – A DISPOSIÇÃO INSCRITA NO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DEVE SER OBSERVADA PELO R. JUÍZO DAS EXECUÇÕES CRIMINAIS, INSTÂNCIA MAIS BEM APARELHADA PARA MELHOR EXAMINAR O PLEITO – RECURSO DESPROVIDO" (e-STJ, fl. 42).

Neste *habeas corpus*, alega o impetrante ser inidônea e desproporcional a

exasperação da pena-base com amparo no emprego de arma branca e nos maus antecedentes do paciente.

Sustenta ausência de fundamento concreto para deixar de aplicar a redutora da semi-imputabilidade na fração máxima.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena-base e alteração do patamar da redutora para 2/3.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fl. 55), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 126-131).

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.

O Juiz de 1º grau, no bojo do decreto condenatório, asseverou:

"Passo à dosimetria das penas.

A conduta do acusado revestiu-se de maior reprovabilidade, em razão de ter se utilizado de arma branca, o que fez aumentar o seu poderio vulnerante em relação ao ofendido, tratando-se de circunstância mais grave em comparação com delito de roubo que viesse a ser praticado sem o emprego de arma. Além disso, ele possui antecedente criminal, com condenação definitiva por crime patrimonial, conforme as certidões de fls. 27/36, 94/98 e 124/125. Dessa forma, sua pena-base é fixada em um terço sobre o mínimo legal, ou seja, em cinco anos e quatro meses de reclusão.

O réu é reincidente (certidão de fls. 95 autos nº 0020345-46.2015.8.26.0071, da Terceira Vara Criminal de Bauru). Assim, sua pena, por força do disposto no art. 61, I, do Código Penal, fica aumentada em mais um sexto, resultando em seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão.

Não há outras agravantes ou atenuantes genéricas a serem consideradas.

De rigor, ainda, a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, em função da semi-imputabilidade do réu, que foi pericialmente constatada, como se vê dos autos do incidente em apenso. Assim, a sanção deve ser reduzida em um terço,

resultando em quatro anos, um mês e vinte e três dias de reclusão. Elegeu-se, aqui o fator mínimo de redução, porque os peritos afirmaram que o réu não apresentava alteração em seu senso de percepção e que tinha juízo crítico de realidade preservado" (e-STJ, fls. 20-21).

O Colegiado de origem, ao desprover o apelo defensivo, reconheceu:

"A pena-base sofreu exasperação em 1/3 (um terço) devido ao emprego da faca, bem como dos maus antecedentes.

Neste ponto, não há como acolher o pleito defensivo para fixação da pena-base no mínimo legal.

O emprego de arma branca não é inerente ao tipo penal, o qual, como todos sabem, tem como elementar típica o "emprego de violência ou grave ameaça".

Não se pode tratar de forma igual o agente que pratica roubo munido de uma arma com aquele que não utiliza nenhum instrumento.

De fato, maior a gravidade da conduta daquele que investe contra o patrimônio da vítima munido de objeto capaz de ofender com maior intensidade a sua integridade física, como é o caso dos autos, porquanto o réu inclusive tentou esfaquear a vítima após ser abordado. Ainda, o laudo pericial concluiu que a faca "poderia ter sido eficazmente utilizado em uma agressão física como instrumento perfurocortante ou para intimidação de outrem" (cf. laudo de fls. 192/196).

Mantém-se, pois, a elevação em virtude do emprego de arma branca. Ainda, a alegação defensiva, apontada nas razões recursais, de que houve bis in idem ao considerar condenação anterior como "maus antecedentes" e depois o mesmo fato como "reincidência" não procede.

A certidão criminal de fl. 95 registra condenação definitiva emanada pela 3ª Vara Criminal da Comarca de Bauru, Processo nº 0020345-46.2015.8.26.0071, com trânsito em julgado para a defesa em 13.06.2016, o que caracteriza a reincidência (cf. fls. 95).

Nas demais folhas citadas pela r. sentença para caracterizar maus antecedentes (fls. 27/36, 94/98 e 124/125), constam outras condenações anteriores, mais antigas, que servem de alicerce para o aumento da pena-base:

Processo nº 0013189-56.2005.8.26.007, 4ª Vara Criminal de Bauru (cf. certidão de fls. 94/95), Processo nº 0036287-36.2006.8.26.0071, 1ª Vara Criminal de Bauru (cf. certidão de fls. 95/96) e Processo nº 0037081-23.2007.8.26.0071, 4ª Vara Criminal de Bauru (cf. certidão de fl. 96).

Portanto, ao contrário do aduzido pela Defesa, escorando-se os aumentos da r. sentença em condenações penais distintas, não se pode falar em "bis in idem".

Assim, justificado o acréscimo pelo emprego de arma branca e maus antecedentes na primeira fase, a pena-base se mantém em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda fase, como visto, de rigor a elevação em 1/6 (um sexto)

em virtude da reincidência, passando a pena para 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Na terceira etapa, incidiu correta redução de 1/3 (um terço) pela semi-responsabilidade.

Sobre a redução aplicada, infere-se do laudo pericial de fls. 23/25 do apenso que o comprometimento da capacidade de autodeterminação de ELVIS é mínimo.

Nesse sentido, bem fundamentou a r.

sentença: "os peritos afirmaram que o réu não apresentava alteração em seu senso de percepção e que tinha juízo crítico de realidade preservado". (cf. fls. 189 da sentença).

Bem fundamentado o acréscimo no patamar mínimo, ficaram estabilizadas em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão.

Por fim, a pena de multa foi fixada em 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

A quantidade de pena aplicada e a biografia criminal de ELVIS, que cumula maus antecedentes e reincidência e continua a trilhar pelos caminhos da ilicitude, não permitem outro regime prisional senão o fechado, pois se trata de crime grave (roubo).

Os crimes de roubo vêm aumentando a cada dia bem como a violência e audácia de seus autores. Delitos violentos que são, informam personalidade agressiva de seus agentes e menosprezo pela integridade corporal e psicológica da vítima, exigindo severa resposta penal.

O roubo tornou-se mal invencível.

Alastra-se diariamente e seus autores estão apresentando audácia e violência em escalas cada vez maiores e assustadoras.

Raro, se é que ainda existe, algum integrante de família no Estado de São Paulo que não tenha sido vítima de ladraço.

Posta a questão em tais termos, diante das peculiaridades do caso em apreço, resta autorizada a fixação do regime prisional mais drástico para a hipótese vertente, já salientado, como uma das mais perniciosas e inquietantes expressões da atual criminalidade.

Não se pode olvidar, ainda, que, segundo máximas da experiência, as consequências psicológicas do delito são nefastas, traumatizando vítima, seus conhecidos e familiares, marcando a todos com a consciência desse mal, uma mácula irreversível" (e-STJ, fls. 48-51).

É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que o emprego de arma branca, "embora não configure mais causa de aumento do crime de roubo, poderá ser utilizado para majoração da pena-base, quando as circunstâncias do caso concreto assim justificarem." (HC 436.314/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/8/2018, DJe 21/8/2018).

Por outro lado, q jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de diversas condenações transitadas em julgado, que não restaram sopesada na segunda etapa do

procedimento dosimétrico, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade.

Quanto ao tema, trago à colação os recentes julgados desta Turma:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

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

FURTO QUALIFICADO (ARTIGO 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATAM DE PROCESSOS DISTINTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou-se no sentido de que não há óbice em se considerar, na primeira fase da dosimetria, anotações diversas daquelas sopesadas como reincidência, razão pela qual é descabida a alegação de ocorrência de bis in idem, ou mesmo de ofensa ao enunciado sumular 241 deste Sodalício, uma vez que os fatos utilizados para a exasperação de pena-base não são os mesmos que autorizaram a majoração na etapa seguinte.

[...]

(HC 388.575/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017, grifou-se).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.

3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título

de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido"

(AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 1º/9/2017, grifou-se).

Ademais, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar *quantum* de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

Importa reconhecer, ainda, "a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito." (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015).

No caso, considerando a presença de pelo menos 7 títulos condenatórios transitados em julgado, não se infere desproporcionalidade na exasperação da pena-base em 1/3 pelos maus antecedentes e pelo *modus operandi* do crime.

Quanto à semi-imputabilidade, descabe falar em carência de fundamento idôneo para redução da pena em 1/3, pois os peritos afirmaram que o réu não apresentava alteração em seu senso de percepção e que tinha juízo crítico de realidade preservado, o que constitui motivação concreta para a aplicação do redutor no patamar mínimo do art. 26, parágrafo único, do CP.

Por certo, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório dos autos, o que não se coaduna na via do *habeas corpus*.

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

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator