

HABEAS CORPUS Nº 534.656 - PE (2019/0282672-3)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ROBERTA RODRIGUES PITANGA DE MACEDO -
PE022714**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

PACIENTE : ITALONE MIGUEL DOS SANTOS

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

DECISÃO

ITALONE MIGUEL DOS SANTOS alega sofrer constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco** na Apelação n. 0000445-83.2014.8.17.0420.

Neste *writ*, a defesa pretende redução da pena-base, ao argumento de que os fundamentos adotados são inidôneos para valorar negativamente a culpabilidade, os motivos, as circunstâncias e as consequências do delito.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações, veio o parecer do Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem (fls. 83-91).

Decido.

A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e

à repressão do delito perpetrado.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, na forma do art. 70, ambos do Código Penal. A pena-base do paciente foi fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, pela análise negativa da culpabilidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências do delito. Confira-se (fl. 20, grifei):

1ª fase: Circunstâncias Judiciais do Art. 59 do Código Penal:

Culpabilidade moderada, visto que o acusado foi o responsável pela "catação" dos objetos. É primário e não possui antecedentes criminais, considerando que, segundo jurisprudência predominante, inquéritos e processo em andamento não podem ser utilizados como circunstâncias judiciais desfavoráveis e que a sentença condenatória transitada em julgado em seu desfavor será levada em consideração para efeito da reincidência. Não há elementos nos autos para aferir a conduta social do agente ou sua personalidade. **Os motivos do crime são inteiramente injustificáveis e reprováveis.** As circunstâncias do crime são desfavoráveis; foi utilizada arma de fogo para a prática delitiva. As consequências foram graves; apesar de os objetos terem sido recuperados, o delito causou grave abalo psicológico a uma das vítimas. O comportamento das vítimas não contribuiu ou deu causa ao evento criminoso.

Examinadas as prefaladas circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, [...].

A Corte estadual entendeu "que o Magistrado agiu em acerto na primeira fase da dosimetria quando fixou a pena-base do apelante" (fl. 52).

O conceito de **culpabilidade**, envolto em intensos debates doutrinários, costuma ser utilizado em três sentidos no Direito Penal pátrio, que aqui sintetizo apenas para compreensão do julgado: a) como princípio, querendo traduzir a limitação à responsabilidade penal objetiva; b) como limite à sanção estatal, vinculada ao grau de reprovabilidade da conduta; c) como pressuposto da aplicação da pena ou, para os que adotam a teoria tripartida do delito, como elemento analítico do crime.

Para a análise da dosimetria e da aventada violação do art. 59 do CP, interessa-nos a culpabilidade como limite à sanção estatal, circunstância judicial introduzida no art. 59 do CP pela reforma penal de 1984, em substituição ao critério da intensidade do dolo ou grau de culpa, que permite a mensuração da reprovabilidade que recai sobre o agente, ante o bem jurídico ofendido.

No caso, o Juízo de primeiro grau considerou desfavorável a **culpabilidade**, pois o paciente foi "o responsável pela catação dos objetos" (fl. 20). Todavia, reputo inidôneo o fundamento adotado, haja vista que é inerente às elementares do roubo a subtração da *res furtiva*.

Em relação aos **motivos do crime**, no entanto, considero ilegal a justificativa apresentada, uma vez que ressaltados tão somente elementos genéricos – "inteiramente injustificáveis e reprováveis" (fl. 20) – a fim de justificar a análise negativa da referida vetorial.

No tocante às **circunstâncias do crime**, deslocou a majorante relativa ao emprego de arma para fundamentar a gravidade da referida vetorial e, na terceira fase de aplicação da pena, elevou em 1/2, pois apenas reconheceu a incidência da causa de aumento relativa ao concurso de agentes – considerando a prática do delito com outras quatro pessoas.

Certo é que há, de um lado, quem defenda que as majorantes devem ser sopesadas, unicamente, na terceira fase da dosimetria. Nesse sentido, menciono o seguinte julgado deste Superior Tribunal, *mutatis mutandis*: "O concurso de agentes, por se tratar de causa especial de aumento do crime de roubo, deve ser sopesado apenas e tão somente na terceira fase da dosimetria, e não para a elevação da reprimenda-base, sob pena de ofensa ao sistema trifásico de aplicação da pena." (HC n. 205.072/DF, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 26/9/2012).

Contudo, há uma segunda posição, **à qual me filio**, que entende ser plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.

Deveras, esse também é o entendimento de diversos julgados deste Superior Tribunal, dentre os quais cito como exemplo:

[...]

3. Nos termos da orientação desta Casa, é "plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes" (AgRg no REsp 1551168/AL, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 02/03/2016).

[...]

9. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 208.629/MG, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 21/3/2017)

[...]

1. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que, na hipótese de existir mais de uma causa de aumento no crime de roubo, é possível a valoração de uma delas como circunstância judicial desfavorável e a outra como majorante na terceira fase da dosimetria, para justificarem a elevação da pena, sem que haja qualquer ofensa ao critério trifásico. (Precedentes).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 358.216/DF, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 9/11/2015)

A interpretação sistemática do art. 68 do Código Penal e o escopo da individualização da pena, que é a realização de justiça para o caso concreto, comportam tal solução, pois, em detrimento de um rigor cronológico, deve ser permitido ao julgador movimentar-se dentro da tríplice operação indicada no Código Penal, consoante um critério de discricionariedade motivada, desde que o resultado não seja manifestamente contrário ao itinerário fixado, implique prejuízo para o réu ou violação do postulado do *ne bis in idem*.

A partir dessas premissas, verifico que, na espécie, o Juízo monocrático considerou a majorante relativa ao emprego de arma para exasperar a pena-base do paciente, diante do maior relevo nas

circunstâncias do crime.

Ademais, o resultado final não foi manifestamente contrário ao art. 68 do Código Penal, pois apenas uma causa de aumento (concurso de agentes) foi devidamente reconhecida na terceira etapa da dosimetria da pena, cujo percentual de aumento em 1/2 foi devidamente justificado pela prática do delito em concurso com quatro outros agentes.

Em relação às **consequências do delito**, considero ilegítima a manutenção do aumento, porquanto as instâncias ordinárias apenas fizeram uma suposição vaga acerca de eventuais danos psicológicos que teria sofrido uma vítima. A assertiva não veio acompanhada de nenhum dado concreto sobre distúrbio comportamental, nem acerca de alteração na vida do ofendido (e as respectivas famílias) a partir do (gravíssimo) evento criminoso.

Ilustrativamente:

[...]

2. No caso concreto, considerou-se mais graves as **consequências do crime de roubo praticado pelos agravantes**, porquanto uma das vítimas teria relatado, durante o inquérito policial, que o fato delitivo lhe causou grande abalo emocional. Não foi especificado, no entanto, em que consistiu tal perturbação psicológica, isto é, se representou apenas um temor passageiro ou se constituiu trauma mais incisivo e prejudicial à vida cotidiana da vítima.

[...]

4. Agravo regimental provido para reconsiderar a decisão agravada e, assim, reduzir as penas de ambos os agravantes, fixando-as, definitivamente, em 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, sob regime inicial fechado, e 17 (dezessete) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato.

(AgRg no AREsp n. 876.790/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 17/8/2016)

Assim, afasto a valoração negativa das **consequências** do crime.

Partindo dos critérios adotados pelas instâncias ordinárias, verifico que a pena-base do delito foi fixada em 5 anos e 6 meses de

reclusão, mais 25 dias-multa – 4 meses e 15 dias para cada vetorial. Reconhecida a ilegalidade em relação à culpabilidade, aos motivos e às consequências, reduzo a pena para 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão e 15 dias-multa. Na segunda etapa, a pena foi elevada em 6 meses pela reincidência, o que perfaz 4 anos e 10 meses e 15 dias de reclusão, mais 20 dias-multa. Na terceira etapa, a pena foi majorada em 1/2, pelo concurso de agentes, o que totaliza 7 anos, 3 meses e 22 dias de reclusão, mais 30 dias-multa. Em seguida, elevada em 1/3, pelo concurso formal de crimes, o que a torna definitivamente estabelecida em **9 anos, 8 meses e 29 dias de reclusão, mais 40 dias-multa.**

À vista do exposto, **concedo em parte a ordem**, a fim de afastar a análise negativa da culpabilidade, dos motivos e das consequências do delito, redimensionando a pena para **9 anos, 8 meses e 29 dias de reclusão, mais 40 dias-multa.**

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator