

HABEAS CORPUS Nº 515.965 - SP (2019/0173122-3)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : ALINE DE CARVALHO GIACON E OUTRO
ADVOGADOS : ALINE DE CARVALHO GIACON - SP313859
ROBERTO TARDELLI - SP353390
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELENILTON CARLOS CARVALHO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **ELENILTON CARLOS CARVALHO**, contra acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito capitulado no art. 155, parágrafo 5º do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo, **para diminuir a pena do paciente ao patamar de 04 (quatro) anos de reclusão**, nos termos do acórdão juntado às fls. 99-144.

No presente **writ**, o impetrante aduz que houve violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na primeira etapa da dosimetria da pena, ao argumento de que não houve fundamentação idônea a justificar a exasperação da pena-base.

Nesse sentido, sustenta que: *"A agravante apontada não poderia ser aplicada ao Paciente, uma vez que Elenilton não cometeu o crime "com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão". No entanto, essa exata circunstância foi utilizada para exasperar sua pena base, e, repare-se, em patamar maior que a agravante recebida pelo corréu Aldo!"*

Também alega que houve afronta aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, ao

argumento de que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado com base na gravidade abstrata do crime praticado.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para reduzir a sanção, bem como readequar o regime inicial de cumprimento da pena (fls. 3-31).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 208-209).

As informações foram prestadas às fls. 213-267.

O Ministério Público Federal, às fls. 269-275, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. MODIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA NA VIA DO HABEAS CORPUS RESTRITA A HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CP. AVALIAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS CRIME. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. REGIME INTERMEDIÁRIO CORRETAMENTE FIXADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS: SE CONHECIDO. PELA DENEGACÃO DA ORDEM."

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O impetrante aduz que houve violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na primeira etapa dosimetria da pena, ao argumento de que não houve fundamentação idônea a justificar a exasperação da pena-base.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena, quando não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e houver flagrante ilegalidade.

Acerca do **punctum saliens**, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **in verbis**:

"Para ELENILTON (condenado somente pelo furto), a base foi majorada em 2/3, em razão das graves circunstâncias dos fatos e dos antecedentes verificados. Ocorre que não há certidão cartorária ou qualquer informação oficial nos autos dando conta de que o corréu ostentasse alguma condenação definitiva, de modo que o aumento deve ser em menor patamar, de 1/3, pelas graves circunstâncias, vez que foram utilizados dados que um dos réus tinha por conta de sua atividade laboral, o que facilitou a atuação do bando e a subtração dos tratores. Além disso, a ousadia empregada demonstra maior grau de culpabilidade. Desta feita, à míngua de outras causas modificativas, a pena fica cristalizada em 4 (quatro) anos de reclusão."

Na hipótese, **sobre o desvalor das circunstâncias do crime**, o Tribunal de origem apreciou concretamente as condições desfavoráveis ao paciente, em razão do **modus operandi** efetivado na execução do delito, assentando que *"foram utilizados dados que um dos réus tinha por conta de sua atividade laboral, o que facilitou a atuação do bando e a subtração dos tratores"*, fatores que apontam maior censura na conduta e exigem resposta penal superior, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

À guisa de ilustração, cito os seguintes arestos desta Corte Superior:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. [...] CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTE DOS AUTOS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.

FUNDAMENTAÇÃO EXPLICITADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na condenação, atento às peculiaridades do caso, deve o magistrado sentenciante guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no "caput" do artigo 59 do Código Penal, inexistindo critério puramente objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador.

2. Utilizada fundamentação concreta para a majoração da pena-base a título de culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime, não há irregularidade na dosimetria da pena.

3. Não há vício no acórdão recorrido que explicita os fundamentos adotados na sentença condenatória ensejadores da majoração da pena-base.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 759.277/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/8/2016, grifei).

"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REAL ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS, INCLUSIVE AS CRIANÇAS. TERCEIRA FASE. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. [...] Esta Corte já decidiu que o quantum de acréscimo não depende da quantidade de circunstâncias judiciais, mas sim de adequada motivação. Não se trata de critério matemático.

[...]

3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reduzir a pena aplicada aos pacientes para 8 (oito) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão" (HC n. 387.992/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/05/2017, grifei).

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que "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 presente caso, há **desproporção** na exasperação da pena-base em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, com lastro em apenas uma circunstância judicial desfavorável, e sem qualquer motivação contundente acerca de eventual atuação repreensível, além da mencionada referente ao **modus operandi** efetivado na execução do delito.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PISO LEGAL. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDOTA. DESPROPORCIONALIDADE NA FRAÇÃO DE AUMENTO OPERADA. REDUÇÃO PARA 1/3. MONTANTE DA REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- A dosimetria da pena e seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- In casu, a pena-base do paciente foi exasperada em razão de seus maus antecedentes, e também devido à maior reprovabilidade de sua conduta por haver cometido o novo delito enquanto cumpria pena que lhe fora fixada pela prática de crime anterior - Processo n.

2016.04.1.010856-6, fato ocorrido em 9/12/2016, por infração ao art.

155, §§ 1º e 4º, II, do Código Penal, com trânsito em julgado em 14/8/2017 (e-STJ fl. 31) -, circunstância idônea para motivar o incremento punitivo. Precedentes.

- Embora idôneos os fundamentos para exasperar a pena-base, seu incremento foi desproporcional, de modo que foi aplicada a fração de aumento de 1/3, ficando a basilar estabelecida em 2 anos e 8 meses de reclusão, além de 13 dias-multa. Na segunda etapa, ausentes circunstâncias atenuantes

e presente a agravante da reincidência, manteve a fração de aumento em 1/6, ficando a sanção do paciente definitivamente estabilizada em 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, além de 15 dias-multa, ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena.

- Apesar de alterado o montante da sanção para patamar inferior 4 anos de reclusão, foi mantido o regime inicial fechado, por expressa previsão legal, em virtude da reincidência e das circunstâncias judiciais negativas, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e da Súmula n. 269 do STJ.

- Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 529.912/DF, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 04/11/2019).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMETIMENTO DE DELITO ENQUANTO CUMPRIA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. FRAÇÃO DESPROPORCIONAL DA PENA-BASE. READEQUAÇÃO. REGIME FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 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. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

3. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. Na hipótese, verifica-se que fundamentação é concreta e está de acordo com o entendimento desta Corte de Justiça, não incorrendo as instâncias ordinárias em indevido bis in idem, porquanto a justificativa do desvalor da conduta social não foi a existência de condenação pretérita utilizada para negatizar os

anteriores, mas sim a prática de delito durante o gozo de um benefício da execução, qual seja, a prisão domiciliar. O Tribunal estadual ressaltou que "o embargante praticou novo crime após a concessão do benefício, abusando assim, da confiança que lhe foi depositada pelo Judiciário". Precedentes.

4. "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade" (HC 408.971/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 24/8/2018).

In casu, considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena do delito de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), verifico que o aumento da pena-base superior a 2/3, com base em duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, mostra-se desproporcional, sendo necessário reduzi-la, aplicando a fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa.

5. Embora a pena final não tenha ultrapassado 4 anos de reclusão, a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e reincidente do réu, possibilitam a fixação do regime inicial fechado. Não incidência do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente para 3 anos e 2 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório." (HC 497.060/DF, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe 20/05/2019).

Diante das supramencionadas considerações, na primeira fase da dosimetria, fixo a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal. Ausentes demais causas modificadoras da pena, torno-a definitiva em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Quanto ao regime inicial para o resgate da reprimenda, insta consignar que, conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, além do **quantum** da pena, também deve haver a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.

In casu, o regime adequado à hipótese é o inicial **semiaberto**, nos

termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, uma vez que, não obstante o montante final da pena autorizar o regime aberto, depreende-se da dosimetria realizada que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Sobre o tema, colaciono os seguintes arestos:

"PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. PROVA NOVA DA INOCÊNCIA DO RÉU. MATÉRIA A SER ANALISADA EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. MANIFESTAÇÃO DA VÍTIMA AINDA NÃO SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA MATÉRIA POR ESTA CORTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO PARA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DEFINITIVA DA PENA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA MANTIDA. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

9. No tocante ao regime, caso tenha sido estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu.

10. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena a 6 anos e 4 meses de reclusão, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório" (HC n. 404.004/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 17/10/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. REGIME INICIAL FECHADO. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. No que toca às circunstâncias do crime, a análise do decidido nas instâncias ordinárias deixa assente que as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelos condenados no decorrer do fato criminoso, as condições de tempo e local em que ocorreu o crime bem como os instrumentos utilizados na prática delituosa e a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelos agentes

retratam a maior periculosidade e ousadia dos agravantes, o que justifica a exasperação da basal. Precedentes.

2. Ademais, "a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena.

Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus" (HC 383.058/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/4/2017, DJe 8/5/2017).

3. Existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, é correta a estipulação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, ainda que a pena definitiva tenha sido fixada em quantum inferior a 8 anos de reclusão.

4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 411.704/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 04/10/2017).

Ante o exposto, não conheço do **writ**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para fixar a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, tornando-a definitiva em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Com guarida no artigo 580 do Código de Processo Penal, estendo os efeitos desta disposição, **naquilo que couber**, aos corréus.

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
Relator