

HABEAS CORPUS Nº 544.363 - AC (2019/0334802-1)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(**DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE**)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
GILBERTO JORGE FERREIRA DA SILVA - AC001864
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : R A DA S (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ACRE

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de R. A DA S. contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Acre**, nos autos da apelação criminal n. 0013772-96.2018.8.01.0001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de **5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado**, como incurso nas iras do art. 213, **caput**, c/c art. 14, II, todos do Código Penal; e **1 (um) mês e 13 (treze) dias de detenção**, tendo em vista a prática do delito descrito no art. 150, **caput**, do Código Penal (fls. 93-102).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 178-188.

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois o desvalor dos motivos e das circunstâncias do crime são inidôneos.

Aduz que foram utilizados elementos genéricos e ínsitos ao tipo penal para negativas as circunstâncias judiciais.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixada a pena-base no mínimo legal.

A liminar foi **indeferida** (fls. 201-202).

Informações prestadas às fls. 209-211.

O Ministério Público Federal, às fls. 213-217, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO TENTADO E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

- O **habeas corpus** não merece ser conhecido, uma vez que impetrado contra acórdão que julgou o mérito de recurso de apelação, em indevida substituição ao Recurso Especial cabível, o que vem sendo rechaçado pelos Tribunais Superiores.

- A análise de suposta violação ao art. 59 do Código Penal, no que pertine à dosimetria da pena, só é permitida nos casos em que haja flagrante ilegalidade na fixação da reprimenda, o que não se constata no caso em apreço.

- As circunstâncias judiciais foram valoradas negativamente, uma vez que o réu, para satisfazer sua lascívia, agrediu a vítima e ameaçou sua filha, de dois anos de idade, apontando um simulacro de arma de fogo para a cabeça da criança.

- Ausente flagrante ilegalidade, a revisão da pena exigiria indevida incursão ao acervo fático-probatório dos autos, procedimento inadequado na via do **habeas corpus**.

- Parecer pelo não conhecimento do **writ**.” (fl. 213).

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**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a fixação da pena-base no mínimo legal.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-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”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

“Na fixação da pena, a Juíza singular assentou:

'a) Pena base:

a.1 Culpabilidade: Culpabilidade normal a espécie, nada tendo a se valorar.

a.2 Antecedentes: Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII da CF, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência (art. 64, I, CP), excluindo-se processo criminal em curso, indiciamento e inquérito policial, (STJ, REsp 770685/PR, Rel.Min. Arnaldo Esteves Lima, 5º Turma, j. em 12.06.06, DJ de 01.08.06, p.530).

Nesse sentido, o réu é possuidor de maus antecedentes, em vista da informação trazida pela Certidão Cartorária de fls 16/19, a qual noticia a existência de condenação penal anterior transitada em julgado. Valoro negativamente ao réu.

a.3 Conduta social: Poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social, razão pela qual neutra.

a.4 Personalidade do agente: Poucos elementos se coletaram sobre a personalidade do agente, razão pela qual, neutra.

a.5 Motivos: Quanto aos motivos do crime, estes são os fatos que levam o agente a delinquir, ou seja, é a fonte propulsora da vontade criminosa, circunstância esta que pesa em desfavor do denunciado, pois a conduta delituosa fora perpetrada pelo desejo de saciar a sua lascívia, o que é reprovável sob os aspectos moral e social.

a.6 Circunstâncias: As circunstâncias são graves tendo em vista que o acusado utilizou-se de violência contra a vítima e sua filha, ameaçando-a, demonstrando comportamento covarde, devendo ser valorada negativamente.

a.7 Consequências: As consequências do crime são inerentes ao tipo penal.

a.8 Comportamento da vítima: A atitude da vítima em nada contribuiu para a consumação do crime, razão pela qual, mantenho neutra.

Considerando as circunstâncias apontadas em desfavor do réu (motivos e circunstâncias), valoro o quantum de 06 meses para cada uma delas, fixando ao réu a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão".

A ponderação das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. Não é outro o entendimento dos Tribunais Superiores. Nesse sentido:

[...]

Como se vê, a Lei não diz quanto o Juiz deve aumentar ou diminuir em cada circunstância, sendo esse quantitativo da sua livre apreciação.

Além disso, lembro que em razão da obrigatoriedade de individualização da pena, o Juiz, utilizando o seu livre convencimento motivado, deve adequar a pena aplicável ao caso concreto, balizando-a dentro dos limites mínimo e máximo, de forma a dar efetividade à reprimenda e buscando inibir a reiteração de condutas criminosas.

Tenho que a pena base deve ser fixada no mínimo legal, apenas quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao acusado. Existindo circunstância desfavorável, a pena deve ser fixada acima do mínimo legal previsto, sendo tal a hipótese dos autos.

A pena prevista para o crime de estupro varia entre seis a dez anos, tendo sido fixada a pena base em sete anos de reclusão. A fixação foi devidamente fundamentada e se deu de forma proporcional, uma vez que foram levadas em consideração as circunstâncias judiciais, já que das oito existentes, três foram desfavoráveis ao apelante.

Portanto, a fixação da pena privativa de liberdade está devidamente fundamentada, sendo possível perceber que não houve nenhum exagero por parte da Juíza singular, haja vista que foi aplicada dentro dos limites estabelecidos no tipo penal imputado ao apelante.

Assim, a Sentença foi suficientemente fundamentada com os elementos existentes nos autos, a qual deve ser mantida por essa Câmara Criminal" (fls. 182-186, grifei).

A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada.

Quanto aos motivos, o juiz sentenciante não assinalou motivação idônea e plausível apta a justificar a adjetivação negativa desta circunstância judicial. Em verdade, satisfazer a lasciva é elemento integrante do tipo que não pode ser desvalorado na espécie. Assim, o decote do aumento sancionatório é medida de rigor.

No que diz respeito as circunstâncias do crime, nota-se que a motivação dedicada à majoração da pena-base está amparada em circunstâncias concretas que transbordam os elementos ínsitos ao tipo penal: comportamento covarde, **violência desnecessária e desproporcional contra a vítima e uma criança (filho da vítima)**.

Ademais, a jurisprudência do STJ já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que, *"em relação ao delito de estupro, é legítima a elevação da pena-base pela culpabilidade quando destacada a prática de ato diverso da conjunção carnal, com violência exacerbada"* (AgRg no HC n. 311.233/MS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 11/05/2018).

Em sentido semelhante, esta Corte Superior já se pronunciou:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 12 ANOS. CRIME COMETIDO MEDIANTE AMEAÇA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

[...]

2. O *modus operandi* extremamente insensível e covarde, na medida em que forçou a vítima a realizar o ato sexual mediante ameaça de morte, estando ambos em local ermo - matagal - e a criança, portanto, indefesa, assim como o ardil utilizado para atrair a vítima, demonstram personalidade fria e sem freios morais.

[...]

5. *Recurso desprovido*” (RHC n. 57.371/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares Da Fonseca**, DJe 12/08/2016, grifei).

“PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DE MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

[...]

3. *Hipótese em que o Tribunal de origem entendeu que as circunstâncias e as consequências do crime justificam o aumento da pena-base, uma vez que foi empregada violência desnecessária contra a vítima, que já estava subjugada. Portanto, a reprimenda encontra-se fundamentada de modo correto, com base em elementos concretos.*

[...]

5. *Habeas corpus não conhecido.*” (HC n. 278.588/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. Gurgel De Faria, DJe 19/06/2015, grifei).

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 386, V E VII, DO CPP. ANÁLISE QUE DEMANDA REEXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 2. VIOLAÇÃO DO ART. 68 DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA A INERENTE AO TIPO PENAL. 3. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

2. *A pena-base foi majorada em virtude de a violência perpetrada contra as vítimas ter sido acima daquela inerente ao tipo do roubo. Aceitar que a grave ameaça e a violência, por comporem o tipo penal do roubo, não podem ser valoradas de acordo com a maior ou menor intensidade da conduta, seria o mesmo que inviabilizar a gradação do preceito secundário.*”

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*” (AgRg no AREsp n. 462.828/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe 28/04/2014)

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA N. 182/STJ. DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO CONFIGURAÇÃO. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

[...]

2. Ainda que assim não fosse, as instâncias ordinárias fundamentaram de forma idônea o acréscimo implementado na reprimenda imposta ao agravante pela prática do delito de homicídio qualificado, tendo em vista que a morte da vítima ocorreu na presença de seu filho e nora, em um contexto de fuga, pois havia praticado anterior crime de roubo.

3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1325774/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 22/04/2015, grifei).

“HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO NA FORMA TENTADA. (I) DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. (II) PATAMAR DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. AVANÇADO ITINERÁRIO EXECUTIVO PERCORRIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE.

[...]

2. Na espécie, o magistrado sentenciante afirmou ser acentuada a culpabilidade do paciente, tendo em vista que o crime foi perpetrado na presença dos filhos menores e da namorada da vítima, situação que, realmente, evidencia menosprezo especial ao bem jurídico tutelado pela norma, espelhando maior desvalor do comportamento do agente. Sendo assim, adequada a fundamentação apresentada na origem e razoável a exasperação da pena-base. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus denegado.” (HC n. 353.551/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 13/06/2017)

Desta feita, ainda persistem duas circunstâncias judiciais a justificar o aumento da pena-base – maus antecedentes e circunstâncias do crime – em 1 (um) ano.

Registre-se que não se admite a adoção de um **critério puramente**

matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

"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. Não há ilegalidade na fixação da pena-base se o Juiz justificou concretamente a medida em razão das consequências do delito, dado o abalo emocional sofrido pelas vítimas, inclusive as crianças, mantidas sob a mira de revólver municiado, engatilhado e manuseado pelo agente com dedo no gatilho. Não se trata de presunção ou motivação abstrata, mas de concreta justificativa. O Tribunal de origem inclusive destacou que a família submete-se a tratamento psiquiátrico desde os fatos até a atualidade, indicando os reflexos no cotidiano das crianças, que sofrem dificuldade de sono e sensação de medo constante. Considerando o mínimo e o máximo previsto para o tipo penal, não se constata desproporcionalidade. **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.***

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria requer a devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.

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 15/5/2017 - grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R\$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido" (AgInt no HC n. 377.446/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 20/4/2017 - grifei).

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Os artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil/73, aplicável subsidiariamente na área penal, autorizam ao relator apreciar de forma unipessoal recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que se negou provimento ao agravo em recurso especial pois a pretensão recursal exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inexistindo, portanto ofensa ao princípio da colegialidade.

HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. 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).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão somente, excluir o desvalor dos motivos do crime, **mas sem reflexo na quantidade de pena aplicada**.

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator