

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 497.004 - MS (2019/0064180-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA
INTERLANDO - MS005372

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : LEANDRO FERNANDES DA COSTA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **LEANDRO FERNANDES DA COSTA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal (e-STJ, fls. 209-218).

Da sentença, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso, a fim de reduzir a reprimenda a 4 anos e 6 meses de reclusão, mais 29 dias-multa, nos termos da seguinte ementa:

"EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO AGRAVADO - PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º, DA LEI 13.654/2018 - AFASTADA - PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE - POSSIBILIDADE - REDUÇÃO PROPORCIONAL - PARCIAL PROVIMENTO. 1. Quanto à questão relativa à constitucionalidade da Lei n.º 13.654/2018, de 23 de abril de 2018, que trata da causa de aumento de pena pelo uso de arma, tenho entendido ser inconstitucional pelos fundamentos alinhados no Recurso de apelação n. 0005990-29.2018.8.12.0002, no entanto, como tenho sido vencido nesse posicionamento, tanto na 2ª Câmara como na 2ª Sessão Criminal deste Tribunal, ressalvo meu posicionamento pessoal, mas para evitar prejuízo no trâmite dos julgamentos, afasto a referida preliminar. 2. O art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, vigente na época dos fatos, reportava-se ao emprego de arma, o que é capaz, por si só, de influir, ainda que implicitamente, no ânimo da vítima, independentemente de ter sido apreendida/periciada. Contudo, tratando-se de hipótese de crime de roubo praticado com emprego de artefato diverso de arma de fogo, diante da novel legislação (Lei 13.654/2018), o delito continua a ser punido, mas com a exclusão da referida majorante" (e-STJ. fls. 345).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul deixou de afastar a moduladora judicial das 'circunstâncias do delito', em razão do crime ter ocorrido no período noturno, ou seja, mesmo estando baseada em fundamentação inidônea"; b) "o fato de o crime ter ocorrido no período noturno, se trata de

Superior Tribunal de Justiça

elemento integrante do próprio tipo penal dos crimes patrimoniais, já que é natural que os autores dessa espécie de crime prefiram esperar o período noturno, ou seja, de menos vigilância, para obterem sucesso na empreitada criminosa"; c) "certo é que deve ser neutralizada a moduladora judicial das 'circunstâncias do crime', reduzindo-se, por consequência, a pena-base para o seu mínimo legal" (e-STJ, fls. 3-12).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja afastada a valoração negativa das circunstâncias do crime, fixando-se a pena-base no piso legal.

Sem pedido de liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 371-375).

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 497.004 - MS (2019/0064180-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CHRISTIANE MARIA DOS SANTOS PEREIRA JUCA
INTERLANDO - MS005372

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : LEANDRO FERNANDES DA COSTA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE. REPRIMENDA REVISTA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. 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.

3. O simples fato de a conduta ter sido praticada durante o período noturno, sem respaldo em outro elemento concreto que denote a maior gravidade do delito, não permite a imposição da pena-base acima do piso legal, não constituindo motivação idônea para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria. Precedentes.

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar a pena do paciente em 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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

Superior Tribunal de Justiça

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 Magistrado processante, no bojo da sentença condenatória, reconheceu:

"Pena base - (CP, art. 59 c.c art. 60), partindo do mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, passo à análise das circunstâncias judiciais: Culpabilidade: evidente e em elevado grau de reprovabilidade, na medida em que a ação delituosa foi premeditada.

Antecedentes: o réu possui uma condenação com trânsito em julgado (autos n. 0000752-48.2014.8.12.0041 - folha de antecedentes criminais de fl. 162/164), a qual será considerada na fase seguinte como agravante.

Conduta social: nada há nos autos de revelador. Personalidade: não há nos autos a prova pericial necessária para se aferir de forma segura a personalidade do agente. Motivos: a busca do lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, normal para o crime em questão. Circunstâncias: as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao acusado já que o crime foi praticado no período noturno. Conseqüências: as conseqüências do crime são normais à espécie. Comportamento da vítima: a vítima em absolutamente nada contribuiu para o comportamento delituoso perpetrado pelo denunciado. Capacidade econômica: pouco determinada. Pena base: Fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 68 (sessenta e oito) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, devidamente corrigidos (CP, art. 49, §§ 1º e 2º)" (e-STJ, fls. 215-216).

O Colegiado de origem, a seu turno, ao dar provimento parcial ao apelo defensivo, reduziu a pena-base pelos seguintes fundamentos:

"[...] O Magistrado prolator da sentença exasperou a pena-base em 01 (um) ano e 58 (cinquenta e oito) dias-multa acima do mínimo legal. Pode-se verificar que a elevação da pena foi fundamentada na valoração negativa das circunstâncias judiciais referente a culpabilidade e as circunstâncias do crime.

Nesse ponto, o Relator atendeu a pretensão recursal, admitindo o afastamento das circunstâncias judiciais referente culpabilidade, motivos e circunstâncias do crime. Impende ressaltar que a circunstância judicial referente aos motivos do crime, ao meu ver, não foi valorada como desfavorável ao apelante.

Por isso, com relação ao afastamento da circunstância judicial referente à culpabilidade, acompanho o Relator, porque inadequadamente valorada.

No entanto, no que se refere às circunstâncias do crime, observa-se que a apreciação do juiz, nesse ponto, foi adequada. Por isso, diviijo do Relator nesse particular.

Bem se sabe que a circunstância judicial ora em comento se relaciona com os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal.

Trata-se, pois, do "modus operandi" empregado na realização do delito

penal, ou seja, do modo de agir utilizado pelo agente na consecução da sua intenção delituosa.

O fundamento utilizado pelo sentenciante, no exame dessa circunstância judicial, foi o seguinte: "Circunstâncias: as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao acusado já que o crime foi praticado no período noturno." Nota-se, pois, que o magistrado de primeira instância explicitou elemento, visualizado no caso concreto, que enseja a exasperação da reprovabilidade do modo de execução da conduta típica.

O fato de o crime ter sido praticado durante o repouso noturno foi um artifício utilizado pelo apelante para potencializar o êxito da empreitada criminosa, ou seja, para possibilitar o efetivo alcance do momento consumativo, estando, portanto, intrinsecamente vinculado ao modo de agir do apelante, que é justamente o que deve ser examinado na órbita de análise de tal moduladora.

Assim, fica mantida a valoração negativa de tal circunstância judicial.

Consequentemente, diante do afastamento da circunstância judicial referente às circunstâncias do crime, a redução proporcional da pena-base é medida que se impõe, pelo que, na patamar utilizado pela sentença, estabeleço-a em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 29 (vinte e nove) dias-multa, diante da manutenção de uma circunstância judicial referente às circunstâncias do crime. Com relação ao afastamento da causa de aumento do emprego da arma (faca), acompanho o Relator, por fundamentos" (e-STJ, fls. 355-356).

Por outro lado, o simples fato de a conduta ter sido praticada durante o período noturno, sem respaldo em outro elemento concreto que denote a maior gravidade do delito, não permite a imposição da pena-base acima do piso legal, não constituindo motivação idônea para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUCTA SOCIAL. AUSÊNCIA DE OCUPAÇÃO LÍCITA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFASTADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DELITO PRATICADO NO PERÍODO NOTURNO. ELEMENTO QUE NÃO ULTRAPASSA O DESCRITO NO TIPO PENAL. QUESITO EXCLUÍDO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

2. **Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a exasperação da pena-base, assim como o recrudescimento de qualquer tratamento direcionado ao réu acima do mínimo previsto em lei, deve ser fundamentado em elementos extraídos dos dados concretos constantes dos autos.**

3. **Assim, existe ilegalidade na negatização da circunstâncias judicial referente à conduta social pela ausência de ocupação lícita do réu, bem como com relação às circunstâncias do ilícito pela prática do roubo em período noturno, sem que o *modus operandi* desborde do previsto no próprio tipo penal.**

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 460.713/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 14/12/2018, grifou-se).

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HC. ROUBO. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS QUE NÃO PODEM SER UTILIZADOS PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A PERSONALIDADE E A CONDUTA SOCIAL DO RÉU. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONDUTA PRATICADA NO PERÍODO NOTURNO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO IDÔNEO. PENA-BASE REDUZIDA PARA O PISO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE PENA INFERIOR AO MÍNIMO ESTABELECIDO EM LEI. SÚMULA 231/STJ. REGIME SEMIABERTO DESMOTIVADO. SÚMULA 440/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

1. 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. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a prática de ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a título de antecedentes, personalidade ou conduta social. Precedentes.

3. O simples fato de a conduta ter sido praticada durante o período noturno, sem respaldo em outro elemento concreto que denote a maior gravidade do delito, não permite a imposição da pena-base acima do piso legal, não constituindo motivação idônea para a exasperação da reprimenda na primeira fase da dosimetria. Precedente.

4. No que se refere ao pleito de reconhecimento da confissão espontânea, malgrado se possa, em tese, reconhecer a sua incidência, a valoração da atenuante não implicaria mudança do quantum da reprimenda, pois não se admite, na etapa intermediária do critério trifásico, a imposição de pena abaixo do mínimo previsto no preceito secundário do tipo penal, nos moldes da Súmula 231/STJ. Precedentes.

5. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

6. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de fixar a pena em 4 (quatro) anos de reclusão e o pagamento de 10 (dez) dias-multa, estabelecendo o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal.

(HC 353.276/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 2/6/2016, DJe 13/6/2016, grifou-se).

No caso, afastada a valoração negativa das circunstâncias do crime, a pena-base deve ser estabelecida no piso legal, qual seja, em 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa. Em seguida, pela compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a reprimenda deve permanecer inalterada. Por fim, à míngua de circunstâncias a

Superior Tribunal de Justiça

serem valoradas na 3ª fase da dosagem da pena, torno a pena definitiva em 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar a pena em 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

É voto.

