

HABEAS CORPUS Nº 593.219 - SC (2020/0157635-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : GIOVANI PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO SIMPLES. FURTO QUALIFICADO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. ART. 61, II, 'H', DO CÓDIGO PENAL. DELITO COMETIDO CONTRA IDOSO. AGRAVANTE DE NATUREZA OBJETIVA. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. FURTO PRATICADO ALEATORIAMENTE EM RESIDÊNCIA SEM A PRESENÇA DO MORADOR. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais 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. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Por se tratar de agravante de natureza objetiva, a incidência do art. 61, II, "h", do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitativa, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida.

4. Hipótese na qual não se verifica qualquer nexo entre a ação do paciente e a condição de vulnerabilidade da vítima, pois o furto qualificado pelo arrombamento à residência ocorreu quando os proprietários não se encontravam no imóvel, já que a residência foi escolhida de forma aleatória, sendo apenas um dos locais em que o agente praticou furto em continuidade delitiva. De fato, os bens subtraídos poderiam ser de propriedade de qualquer pessoa, nada indicando a condição de idoso do morador da casa invadida.

5. Configurada a excepcionalidade da situação, deve ser afastada a agravante relativa ao crime praticado contra idoso, prevista no art. 61, II, 'h', do Código Penal.

Superior Tribunal de Justiça

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, afastando a incidência da agravante prevista no art. 61, II, 'h', do Código Penal, reduzir a pena do paciente, fixando-a em 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais o pagamento de 12 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



HABEAS CORPUS Nº 593.219 - SC (2020/0157635-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : GIOVANI PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **GIOVANI PEREIRA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 26 dias-multa, pela prática dos crimes descritos no art. 155, *caput*, art. 155, § 4º, I e art. 155, § 4º, I, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, tendo sido permitido o recurso em liberdade (e-STJ, fls. 633-635).

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo ministerial, para reconhecer a dupla reincidência do paciente, bem como a agravante descrita no art. 61, II, 'h', do CP, e readequar sua pena, fixando-a em 2 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão, bem como reduzir a pena de multa para 14 dias-multa. O aresto restou assim ementado:

“APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ART. 33, *CAPUT*); RECEPÇÃO (CP, ART.180, *CAPUT*); FURTO SIMPLES; FURTO QUALIFICADO E FURTO QUALIFICADO TENTADO (CP, ARTS. 155, *CAPUT*; 155, § 4º, I, e 155, § 4º, I, ESTE C/C O 14, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DO ACUSADO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. PROVA DA AUTORIA. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES. CIRCUNSTÂNCIAS DA AÇÃO. ACUSADO FLAGRADO COM CRACK E DINHEIRO. DESTINAÇÃO COMERCIAL COMPROVADA NOS AUTOS. 1.1. DESCLASSIFICAÇÃO. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIZAÇÃO PELO CRIME. LOCAL E CIRCUNSTÂNCIAS DA AÇÃO. 2. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL NÃO PREENCHIDOS. 3. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA. 3.1. CONDENAÇÕES ANTERIORES. MIGRAÇÃO PARA MAUS ANTECEDENTES. 3.2. COMPENSAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MULTIRREINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA. 3.3. AGRAVANTE DA SENILIDADE (CP, ART. 61, II, "H"). PESSOA MAIOR DE SESSENTA ANOS. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. 3.4. SANÇÃO PECUNIÁRIA. SOMA DAS PENAS DE MULTA. CONTINUIDADE DELITIVA.

1. Os depoimentos de policiais militares no sentido de que, após a delação de codenunciado, de que havia adquirido drogas na residência do acusado mediante a troca por objetos furtados, deslocaram-se ao local e

apreenderam uma porção de crack, dinheiro e objetos de origem ilícita; aliados aos demais pormenores do caso; são provas suficientes da autoria e da materialidade delitivas, a ponto de justificar sua condenação pela prática da infração penal de tráfico de substâncias entorpecentes.

1.1. Ainda que o acusado também seja usuário de drogas, a circunstância não permite, por si só, desclassificar seu agir para o configurador do delito positivado no art. 28, caput, da Lei 11.343/06, pois, não raras vezes, os dependentes de drogas não só as consomem como as comercializam para manter o vício.

2. Não é viável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando a aplicada suplanta o limite de 4 anos estabelecido no art. 44 do Código Penal e o acusado é reincidente em crime doloso.

3.1. Conquanto o magistrado possa utilizar condenações anteriores para negativar os antecedentes do acusado, notadamente quando elas também configuram reincidência, Sua Excelência não está obrigado a fazê-lo, pois esta Corte já deliberou que a melhor técnica dosimétrica aconselha a preservação dos institutos, tal qual o da reincidência, impondo-se a utilização de um critério escalonado de aumento quando observada a multiplicidade de condenações.

3.2. É inviável a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea se o acusado é multirreincidente, justificando-se que a majoração da primeira dê-se em maior grau que o decote decorrente da segunda.

3.3. A incidência da agravante de ter o agente cometido o crime de furto contra pessoa maior de 60 anos independe do conhecimento daquele quanto ao fato, tratando-se de circunstância objetiva aferida somente pelo critério cronológico.

3.4. A pena de multa, no caso de crime continuado, deve ser calculada mediante o acréscimo da mesma fração imposta à sanção corporal; a regra do art. 72 do Código Penal é dirigida apenas aos concursos formal e material.

RECURSOS CONHECIDOS; DESPROVIDO O DEFLAGRADO PELO ACUSADO; PROVIDO EM PARTE O INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E, DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA DE MULTA.” (e-STJ, fls. 586-587).

Neste *writ*, a impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal, diante do reconhecimento da agravante genérica do art. 61, II, 'h', do Código Penal em relação ao delito de furto qualificado pelo arrombamento, por se tratar “de subtração de dois notebooks do interior de uma residência no momento em que a vítima sequer se encontrava no local. Agente e vítima não se conheciam, já que a investida contra aquela residência fora puramente aleatória” (e-STJ, fl. 7).

Sustenta que 'ao afirmar a possibilidade do agravamento da pena do acusado com base em circunstância de que não tinha conhecimento em razão da “natureza objetiva” da circunstância, o TJSC, na verdade, admitiu responsabilizá-lo objetivamente pela circunstância agravadora' (e-STJ, fl. 8).

Requer, liminarmente, que sejam suspensos os efeitos da condenação até o julgamento final deste *habeas corpus* e, no mérito, que seja afastada a agravante prevista no art. 61, II, 'h' do CP, redimensionando-se a pena imposta ao paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ, fls. 611-612), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem, mas pela concessão de *habeas corpus*, de ofício (e-STJ, fls.

Superior Tribunal de Justiça

722-727).

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 593.219 - SC (2020/0157635-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : GIOVANI PEREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO SIMPLES. FURTO QUALIFICADO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. ART. 61, II, 'H', DO CÓDIGO PENAL. DELITO COMETIDO CONTRA IDOSO. AGRAVANTE DE NATUREZA OBJETIVA. EXCEPCIONALIDADE CONFIGURADA. FURTO PRATICADO ALEATORIAMENTE EM RESIDÊNCIA SEM A PRESENÇA DO MORADOR. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais 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. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Por se tratar de agravante de natureza objetiva, a incidência do art. 61, II, "h", do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida.

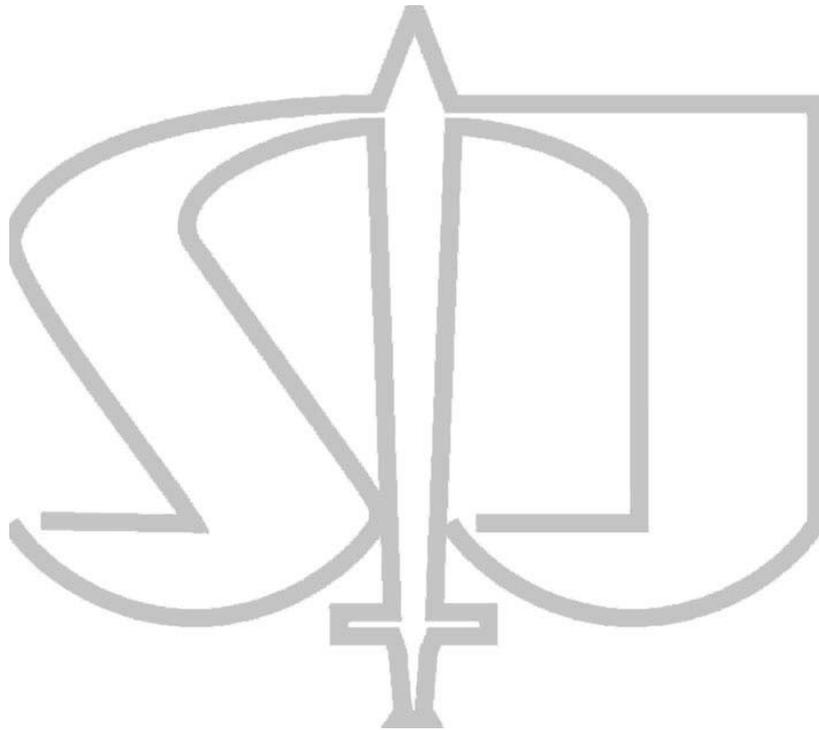
4. Hipótese na qual não se verifica qualquer nexo entre a ação do paciente e a condição de vulnerabilidade da vítima, pois o furto qualificado pelo arrombamento à residência ocorreu quando os proprietários não se encontravam no imóvel, já que a residência foi escolhida de forma aleatória, sendo apenas um dos locais em que o agente praticou furto em continuidade delitiva. De fato, os bens subtraídos poderiam ser de propriedade de qualquer pessoa, nada indicando a condição de idoso do morador da casa invadida.

5. Configurada a excepcionalidade da situação, deve ser afastada a agravante relativa ao crime praticado contra idoso, prevista no art. 61, II, 'h', do Código Penal.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, afastando a incidência

Superior Tribunal de Justiça

da agravante prevista no art. 61, II, 'h', do Código Penal, reduzir a pena do paciente, fixando-a em 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais o pagamento de 12 dias-multa.



VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

O Tribunal de origem, ao dar provimento ao recurso ministerial e reconhecer a agravante prevista no art. 61, II, 'h', do Código Penal, asseverou:

“[...] Na Comarca de Joinville, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Giovani Pereira, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 155, caput, 155, § 4º, I, e 155, § 4º, I, esse c/c o 14, II, todos do Código Penal; e em desfavor de Maurício Ramos Borba, atribuindo-lhe o cometimento dos delitos dispostos nos arts. 180, caput, do Código Penal, por duas vezes, e 33, caput, da Lei 11.343/06, nos seguintes termos:

Fato 1

(...)

Fato 3

No dia 19 de junho de 2019, por volta das 14h45min, visando a prática de crime patrimonial, o denunciado Giovani Pereira deslocou-se com a motocicleta subtraída de Juliano Mengisowski à residência situada na rua dos Cravos, 295, bairro Guanabara, de propriedade Ernesto José da Cunha Júnior, de 78 (setenta e oito) anos de idade.

Após arrombar a porta dos fundos, o denunciado acessou o interior da residência e subtraiu dois notebook's, sendo um da marca Itautec e outra da marca Acer. Na sequência, colocou os objetos subtraídos na mochila que carregava e empreendeu fuga do local na referida motocicleta.

(...)

3. Por sua vez, o *Parquet* almeja em síntese, a reforma da dosimetria da pena em relação ao Acusado Giovani Pereira, para "ser aumentada a pena-base dos crimes pelos quais restou condenado pela valoração negativa dos maus antecedentes diante de sua multirreincidência; ser afastada a compensação integral entre a circunstância atenuante da confissão e a agravante da reincidência em face de sua multirreincidência; e ser reconhecida a circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, "h", do Código Penal em relação ao crime de furto qualificado pelo arrombamento descrito como fato 3 da denúncia".

Razão lhe assiste, ainda que parcialmente.

3.1. A pena-base foi fixada no mínimo em relação aos três delitos de furto.

Na segunda etapa, Sua Excelência reconheceu a agravante da reincidência única e a atenuante da confissão espontânea, compensando-as.

O Acusado Giovanni Pereira, porém, ostenta duas condenações aptas a gerar a reincidência (autos 0000106-09.2017.8.24.0038 e 0009334-71.2018.8.24.0038, condenações anteriores por furto qualificado, fls. 161-163), conforme bem destacou o Ministério Público.

Essas duas condenações são aptas a configurar a reincidência porque a extinção da pena ocorreu a menos de cinco anos da data do crime que aqui se apura, nos termos do art. 64, I, do Código Penal.

Embora o Magistrado possa utilizar condenações anteriores aos fatos em debate para negativar os antecedentes do agente, não está obrigado a fazê-lo, e esta Corte de Justiça já se manifestou no sentido de que a melhor técnica dosimétrica aconselha a preservação dos institutos, tal qual o da reincidência, impondo-se a adoção nesses casos de um critério escalonado de aumento quando observada multiplicidade de condenações.

Logo, não é recomendada a migração de uma das condenações utilizadas como fundamento para reconhecer que o Acusado Giovanni Pereira é reincidente na prática de delitos (sendo duas condenações definitivas usadas a esse fim), à fase de ponderação das circunstâncias judiciais, passando a constar uma delas como mau antecedente (autos 0000005-08.2017.8.24.0026), e permanecendo a outra como agravante (autos 0001277-37.2017.8.24.0028), como pugnou o Ministério Público.

É dizer que, por excelência, as condenações anteriores que estejam em conformidade com os critérios do art. 64, I, do Código Penal, ou seja, aquelas que sejam anteriores ao fato pelo período máximo de 5 anos, a contar da data do cumprimento ou extinção da pena, deverão ser computadas a título de reincidência, sendo descabida, pois, a pretensão em contrário.

De tal modo, as duas condenações pretéritas do Acusado Giovanni Pereira devem ser aplicadas na segunda fase.

3.2. Feito isso, não é viável a compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, porque, embora seja estabelecida essa possibilidade na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v. STJ, HC 365.963, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11.10.17), só o é quando a reincidência se dá pelo cometimento de um único crime pretérito, não na situação de reincidência múltipla, como é o caso em mesa.

Nessa hipótese, haverá a preponderância da agravante sobre a atenuante, dada a reprovabilidade mais elevada devido à contumácia da conduta.

Nesse sentido:

(...)

O Acusado Giovanni Pereira conta com duas condenações pretéritas pesadas a título de reincidência, sendo correto, pois, que o aumento de sua pena intermediária supere a diminuição na segunda etapa da dosimetria.

Assim, diante da múltipla reincidência do agente, "esta Corte de Justiça vem aplicando um critério progressivo para aplicação da fração de aumento quando presentes mais de uma condenação transitada em julgado, aplicando-se 1/6 (um sexto) para uma condenação; 1/5 (um quinto) para duas; 1/4 (um quarto) para três; 1/3 (um terço) para quatro e 1/2 (um meio) para cinco ou mais condenações" (Ap. Crim. 0000103-07.2017.8.24.0086, Rel^a. Des^a. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 23.11.17).

Na análise do presente processo, assim, justifica-se o agravamento da pena

Superior Tribunal de Justiça

em 1/5, em função da reincidência dupla.

Quanto à atenuante, não havendo justificativa para que assim não se proceda, deve-se adotar como parâmetro de redução da pena aquele recomendado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, de 1/6:

(...)

De tal maneira, a pena será elevada na fração de 1/5, pela dupla reincidência, e reduzida em 1/6, pela confissão, na segunda fase dosimétrica.

3.3. Ainda nessa fase, razão assiste ao Parquet quando almeja o reconhecimento da circunstância agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código Penal, em relação ao crime de furto qualificado, pelo arrombamento descrito como fato 3 da denúncia.

Isso porque a Vítima Ernesto José da Cunha Júnior possuía, à época dos fatos, 78 anos de idade, conforme comprova o documento da fl. 264.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça, "a incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, "h", do CP é de natureza objetiva e não depende de prévio conhecimento do agente para sua incidência, já que a vulnerabilidade do idoso é presumida" (AgRg no Ag no REsp 1.722.345, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 21.5.19). No mesmo sentido: HC 403.574, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17.5.18; HC 405.214, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 3.10.17; HC 356.924, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 10.11.16; e HC 211.052, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 5.6.14).

(...).

Assim, na segunda fase, as reprimendas de Giovani Pereira serão fixadas, respectivamente, em 1 ano e 12 dias de reclusão e 11 dias-multa; 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa; e em 2 anos e 24 dias e 11 dias-multa, pelos três crimes de furto descritos na denúncia.

3.4. Na terceira fase, correto foi o reconhecimento da tentativa no patamar de 1/3, em relação ao fato 5 descrito na denúncia, fixando a pena em 1 ano, 4 meses e 16 dias de reclusão e 8 dias-multa.

Por fim, diante do reconhecimento da continuidade delitiva em relação aos três crimes de furto, a pena mais grave foi acertadamente elevada em 1/5, totalizando em 2 anos, 10 meses e 16 dias de reclusão." (**e-STJ, fls. 589-603**).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais 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. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Na hipótese, a defesa se insurge contra a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, 'h', do Código Penal, sob o argumento de que o paciente não teria conhecimento de que os bens subtraídos pertenciam a vítima maior de 60 anos.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, por se tratar de agravante de natureza objetiva, a incidência do art. 61, II, "h", do CP independe da prévia ciência pelo réu da idade da vítima, sendo, de igual modo, desnecessário perquirir se tal circunstância, de fato, facilitou ou concorreu para a prática delitiva, pois a maior vulnerabilidade do idoso é presumida.

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO

ESPECIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DOSIMETRIA PENA-BASE. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL INEXISTENTES. PREQUESTIONAMENTO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. Nos termos do artigo 619, do Código de Processo Penal, aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados da sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, tendo a jurisprudência desta Corte os admitido, também, com o fito de sanar eventual erro material na decisão embargada. Precedentes.

2. Consoante registrado no acórdão embargado, a denúncia espelha suficiente exposição fática dos delitos imputados - de porte ilegal de duas armas de fogo, uma de uso restrito e outra com numeração suprimida, de usurpação de função pública e de constrangimento ilegal -, com todas as suas circunstâncias, capaz de permitir o pleno entendimento dos limites da acusação distribuída entre os denunciados, bem como exercício irrestrito do contraditório e da ampla defesa.

3. Foi afastada, então, a tese de negativa de vigência ao art. 41 do Código de Processo Penal, cabendo acrescentar, ademais, que, nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte Superior, "a alegação de inépcia da denúncia fica enfraquecida diante da superveniência da sentença, uma vez que o juízo condenatório denota a aptidão da inicial acusatória para inaugurar a ação penal, implementando-se a ampla defesa e o contraditório durante a instrução processual, que culmina na condenação lastreada no arcabouço probatório dos autos" (AgRg nos EDcl no HC 500.594/PA, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2019, DJe 14/6/2019).

4. Com relação à dosimetria penal, o aresto impugnado compõe-se de fundamentos conducentes à certeza de que o trabalho desenvolvido pela instância ordinária atende aos preceitos do art. 59 do Código Penal. A exasperação das penas-bases levou em consideração a gravidade concreta dos crimes apurados nos autos.

6. Quanto à agravante prevista no art. 61, II, h, do Código Penal, da mesma maneira o aresto atacado expõe claramente o motivo pelo qual não se faz pertinente a pretensão recursal da defesa de afastá-la do caso concreto. Foi considerado a prática do crime de constrangimento ilegal contra pessoa idosa, maior de 60 (sessenta) anos, e registrado, ainda, o entendimento prevalecente nesta Corte Superior, no sentido de que o critério para a aplicação da referida agravante é objetivo, sendo irrelevante o conhecimento desta circunstância pelo agressor.

7. Ausentes os vícios suscitados pela parte, verifica-se o mero inconformismo e a intenção de rejuízo da causa, situação incompatível com as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, razão porque não merecem acolhida no presente caso.

8. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no REsp 1722345/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/8/2019, DJe 2/9/2019, grifou-se);

“*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. BEM QUE NÃO FOI RESTITUÍDO À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIA INERENTE AO TIPO. DECOTE DO REFERIDO VETOR. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA H, DO CÓDIGO PENAL. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. PREVISÃO JÁ EXISTENTE NO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DE TERMO ABERTO POR PREVISÃO OBJETIVA. VÍTIMA QUE JÁ CONTAVA COM IDADE SUPERIOR A 60 ANOS. AGENTE QUE NÃO PRECISA TER CIÊNCIA DA IDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA OBJETIVA. VULNERABILIDADE PRESUMIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- Na hipótese, a valoração negativa das consequências do delito fundamentou-se no fato de a quantia subtraída não foi recuperada pela vítima. Entretanto, a diminuição do patrimônio da vítima é inerente à prática de crime contra o patrimônio, do qual o roubo é espécie. Necessário, portanto, o decote do referido vetor. Precedentes.

- Na segunda fase da dosimetria, quanto ao pretendido afastamento da agravante prevista no 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal (ter o agente cometido o crime contra maior de 60 anos), deve-se ressaltar que a substituição da expressão velho, constante do texto anterior, por maior de 60 (sessenta) anos, incluída pela Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) no Código Penal, não tratou de inovação legal, mas apenas de substituição de conceito aberto - cuja interpretação poderia vir a ser subjetiva e ampla -, por termo objetivo.

- Tal substituição, porém, não é capaz de trazer prejuízos ao paciente, pois ficou claramente assentado nos autos que, ao tempo da prática do delito, a vítima já contava com 65 anos de idade. - **Quanto à alegação de que o paciente não teria conhecimento da idade da vítima, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a referida circunstância tem natureza objetiva, a qual independe do conhecimento do agente para sua incidência, uma vez que a vulnerabilidade do idoso é presumida.**

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena aplicada ao paciente, pelo delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, para 10 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, e 22 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.” (HC 403.574/AC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/5/2018, DJe 30/5/2018, grifou-se).

Superior Tribunal de Justiça

Como se vê, a incidência da agravante ocorre em razão da fragilidade, vulnerabilidade da vítima perante o agente, em razão de sua menor capacidade de defesa, o que, conforme acima explicitado, é presumida.

Contudo, no caso dos autos, não se verifica qualquernexo entre a ação do paciente e a condição de vulnerabilidade da vítima.

Isto porque o furto qualificado pelo arrombamento à residência ocorreu quando os proprietários não se encontravam no imóvel, não havendo que se falar, portanto, em ameaça à vítima ou em benefício do agente para a prática delitiva em razão de sua condição de fragilidade.

Ademais, a residência foi escolhida de forma aleatória, sendo apenas um dos locais em que o agente praticou furto em continuidade delitiva, restando claro que os bens subtraídos poderiam ser de propriedade de qualquer pessoa, nada indicando a condição de idoso do morador da casa invadida.

Neste contexto, resta evidenciada a excepcionalidade da situação a justificar o afastamento da agravante relativa ao crime praticado contra idoso.

Com efeito, quanto ao delito descrito no art. 155, *caput*, do CP, na primeira etapa, a pena foi estabelecida no mínimo legal, restando fixada em 1 ano de reclusão. Na fase intermediária, reconhecida a multirreincidência do réu, a pena foi majorada em 1/5, sendo, ainda, reduzida de 1/6, em razão da confissão espontânea, ficando a reprimenda estabelecida em 1 ano de reclusão, a qual se torna definitiva, ante a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena.

Em relação ao art. 155, § 4º, I, do CP, na primeira etapa, a pena foi estabelecida no mínimo legal, restando fixada em 2 anos de reclusão. Na fase intermediária, reconhecida a multirreincidência do réu, a pena foi majorada em 1/5, sendo, ainda, reduzida de 1/6, em razão da confissão espontânea, ficando a reprimenda estabelecida em 2 anos de reclusão, a qual se torna definitiva, ante o afastamento da agravante genérica do art. 61, II, 'h', do CP, e da inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena.

No tocante ao crime do art. 155, § 4º, I, c/c art. 14, II, ambos do CP, na primeira etapa, a pena foi estabelecida no mínimo legal, restando fixada em 2 anos de reclusão. Na fase intermediária, reconhecida a multirreincidência do réu, a pena foi majorada em 1/5, sendo, ainda, reduzida de 1/6, em razão da confissão espontânea, ficando a reprimenda estabelecida em 2 anos de reclusão. Na terceira etapa, reconhecida a tentativa, foi a pena reduzida de 1/3, ficando definida em 1 ano e 4 meses de reclusão.

Aplicada a regra do crime continuado, foi aumentada em 1/5 a pena fixada em razão da prática do delito descrito no art. 155, § 4º, I, do CP, ficando a sanção final do paciente estabelecida em 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais o pagamento de 12 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, para, afastando a incidência da agravante prevista no art. 61, II, 'h', do Código Penal, reduzir a pena do paciente, fixando-a em 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais o pagamento de 12 dias-multa.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2020/0157635-7

HC 593.219 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00113393220198240038 082019002254613 113393220198240038

EM MESA

JULGADO: 25/08/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : GIOVANI PEREIRA (PRESO)
CORRÉU : MAURICIO RAMOS BORBA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.