

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 96.424 - CE (2018/0069332-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : JAMILE LUZ DIVINA SANTOS (PRESA)
ADVOGADO : MARIA ERBENIA RODRIGUES - CE005853
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

DECISÃO

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* (fls. 147/154), com pedido liminar, interposto por JAMILE LUZ DIVINA SANTOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (*Habeas Corpus* n. 0625472-19.2017.8.06.0000 - fls. 110/124).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou a ora recorrente, pelo crime de formação de quadrilha armada, às penas de **4 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado** (fls. 58/76).

Irresignada, a defesa impetrou *writ*, na Corte estadual, que conheceu parcialmente da ordem e a denegou, nos termos de acórdão assim ementado:

"EMENTA: HABEAS CORPUS PREVENTIVO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ART. 288 DO CPB). SENTENÇA CONDENATÓRIA. NULIDADE E REFORMA DA SENTENÇA. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. GARANTIA DA ORDEM E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PACIENTE FORAGIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA SUA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. O *habeas corpus* não se presta para revisão da dosimetria de pena aplicada em condenação de primeira instância quando passível de recurso de apelação. Ordem não conhecida nesse ponto.

2. O deferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso V, do Código de Processo Penal, não é automática, depende da comprovação

inequívoca de que a ré seja a única responsável pelos cuidados de filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, o que, frise-se, não restou comprovado nos autos.

3. A paciente foi condenada a pena privativa de liberdade de 4 anos e 6 meses de reclusão, no entanto, jamais cumpriu a pena, pois se encontra na condição de foragida. Assim, não há nenhuma irregularidade na decisão condenatória que determinou a prisão para cumprimento de pena definitiva. Não se pode premiar a ré, que ficou foragida todo o trâmite da ação penal a qual responde, com a concessão do habeas corpus pretendido, sob pena de se validar situação de total afronta à lei, em oposição aos escopos esperados pela pena privativa de liberdade (caráter preventivo e retributivo da pena).

4. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada." (fls. 110/111).

Na sequência, foram opostos embargos de declaração defensivos, que foram julgados prejudicados (fls. 177/178). Após, novos aclaratórios da defesa foram rejeitados (fls. 188/196).

No presente recurso, a defesa alega que há constrangimento ilegal na dosimetria da pena da recorrente, pois a sua pena-base foi fixada utilizando elementos de aferição das circunstâncias judiciais referentes ao corréu LUIZ TEIXEIRA DE SOUSA.

Aduz que a pena-base da recorrente foi fixada em *quantum* superior ao máximo abstratamente cominado, em evidente *error in procedendo*.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, seja declarada nula a sentença, no capítulo da dosimetria da pena, para que outra seja proferida, com observância aos ditames legais.

A liminar foi indeferida, às fls. 215/218.

Em consulta ao sítio eletrônico da Corte de origem, verificou-se que a defesa interpôs apelação criminal contra a sentença condenatória, a qual resultou desprovida, conforme a ementa abaixo:

"EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL REJEITADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO OU DE SUAS EMPRESAS PÚBLICAS A JUSTIFICAR A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO TERRITÓRIO REJEITADA. COMPETÊNCIA FIRMADA PELA PREVENÇÃO. AUSÊNCIA DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. LEGALIDADE DA PROVA PRODUZIDA MEDIANTE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA. RECURSOS IMPRÓVIDOS.

1. Preliminar de incompetência da Justiça Estadual. Inexiste nos autos qualquer motivação que possa sugerir seja a competência da Justiça Federal. Muito embora alguns dos pagamentos que deixaram de ser efetuados fossem devidos à Caixa Econômica Federal, esta não foi lesada com o comportamento dos réus, pois continua credora. As únicas vítimas da quadrilha de que fazem parte os réus foram aqueles que tiveram seus documentos falsificados e seus nomes negativados em razão das condutas delituosas, deixando de quitar seus débitos, o que não chama à lide qualquer ente federal, seja a União, seja a empresa pública Caixa Econômica Federal.

2. Preliminar de incompetência em razão do território. Suscitam os réus preliminar de incompetência territorial, alegando que os fatos descritos na denúncia ocorreram na cidade de São Paulo, sendo competente, pois, o foro da capital paulista, tendo em vista que o crime de estelionato teria se consumado naquela comarca.

3. Não prospera a preliminar, pois os crimes ocorreram em todo o território nacional, firmando-se a competência do juízo da Comarca de Itapipoca em razão da prevenção, nos moldes do artigo 69, VI, e artigo 71, do Código de Processo Penal.

4. Da preliminar de inépcia da denúncia. Não há que se falar em inépcia, na medida em que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça não é inepta a denúncia que, em crimes de autoria coletiva, faz a devida qualificação dos réus, descrevendo de forma suficiente as condutas delituosas perpetradas pelos supostos agentes, trazendo a relação de testemunhas, não havendo que se falar em imputação genérica, mostrando-se em conformidade com o artigo 41, do Código de Processo Penal, de modo a permitir o exercício da ampla defesa.

5. Da preliminar de ilegalidade da interceptação telefônica. Argumentam ainda a ilegalidade da interceptação telefônica realizada, e por consequência, da prova colhida, sustentando que teriam ocorrido inúmeras prorrogações sem o visto do Ministério Público, e sem todas as autorizações judiciais

necessárias.

6. A esse respeito, segundo consta dos autos, diversamente do que alegam os apelantes, todas as interceptações foram autorizadas judicialmente, bem como cientificado o membro do Ministério Público desde o início, sendo todas as mídias disponibilizadas à defesa dos réus para que transcrevesse a parte das gravações que reputassem necessária à sua defesa, inexistindo, nesse tocante, qualquer ilegalidade na prova colhida na interceptação regularmente autorizada pela autoridade judicial.

7. Mérito. Não merecem prosperar os apelos, estando bem postas as condenações. Fato é que a conduta de cada um dos réus restou devidamente individualizada e as suas participações na quadrilha foram devidamente comprovadas, mediante prova colhida em sucessivas interceptações telefônicas, que forneceram ao juízo de origem e a esta corte revisora certeza quanto à autoria imputada aos réus, nos exatos moldes descritos na denúncia.

8. Recursos improvidos. Sentença confirmada.

Foram, ainda, opostos embargos de declaração pela defesa, contra o acórdão de apelação criminal, sendo os aclaratórios rejeitados conforme a seguinte ementa:

EMENTA: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SUPOSTA OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO REJEITADO.

1. Conforme prevê o art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração podem, realmente, ser manejados para modificar o julgado, mas apenas na medida em que isso seja necessário para atender sua finalidade legal de esclarecer a obscuridade, resolver a contradição ou suprir a omissão. Sendo assim, trata-se de recurso que não se presta a rediscutir questões e matérias já decididas, em busca de modificá-las em sua essência ou substância.

2. Inexistentes quaisquer omissões, contradições ou obscuridades no acórdão a que se pretende aclarar, a conclusão lógica é pela rejeição do recurso.

3. Embargos conhecidos e rejeitados.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do presente recurso (fls. 235/238).

É o relatório.

Decido.

A recorrente sustenta haver constrangimento ilegal na fixação da pena-base acima do mínimo legal, ao fundamento de que o Juízo de 1º grau utilizou *a análise da personalidade do corréu, Luiz Teixeira de Sousa, como circunstâncias judiciais capazes de elevar a pena-base aplicada em desfavor da paciente, incidindo em erro grosseiro, por violação do princípio da individualização da pena*. Aponta, ainda, que *essa matéria específica não está incluída nas razões da apelação, pois o causídico à época constituído não atentou para esse vício específico de nulidade absoluta*, mas, por se tratar de situação que causa considerável prejuízo à recorrente, indica que o tema deve ser devidamente enfrentado, reformando-se a dosimetria então realizada. Conclui, assim, que a sentença *está fulminada pelo vício de nulidade, cuja dosimetria da resposta penal reflete error in procedendo, que pode e deve ser remediado pela via do Habeas Corpus, sob pena de afronta aos direitos e garantias fundamentais consagrados na Carta Republicana* (fl. 152).

A questão do vício na dosimetria, como afirmado pela própria defesa, não foi incluída nas razões de apelação. Contudo, o acórdão da Apelação Criminal n. 0011600-13.2013.8.06.0101, consignou, genericamente, que *a pena aplicada não merece reproche, estando suficientemente fundamentada e adequada à punição do delito*. Assim, a sentença condenatória foi mantida, pelos próprios fundamentos.

Para a adequada delimitação da *quaestio*, portanto, colaciono o excerto seguinte da sentença:

"DA DOSIMETRIA DA PENA

a) Quanto ao réu *LUIZ TEIXEIRA DE SOUSA*

a.1) Formação de quadrilha armada (artigo 288, parágrafo único, CP)

53. Considerando as circunstâncias enumeradas no art. 59, do CP, vê-se que a culpabilidade é grave, pois permaneceram unidos por vários anos, demonstrando um maior grau de reprovabilidade. Antecedentes criminais: não possui. Conduta

social, nada há considerar. Quanto à personalidade, deixo de avaliá-la como circunstância Judicial, seguindo entendimento do douto Jurista Rogério Greco, que afirma que "o julgador não possui capacidade técnica necessária para a aferição de personalidade do agente" e que "somente os profissionais de saúde é que, talvez, tenham condições de avaliar essa circunstância Judicial, concluindo, ainda, que "a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado direito penal do fato, pois prioriza a análise das características penais do seu autor". Circunstâncias: gravíssimas, em especial, pelo enorme número de pessoas envolvidas e pelo grau de organização do bando. Motivos nada a considerar. Consequências: gravíssimas, pois vitimou milhares de pessoas, trouxe prejuízos incalculáveis às vítimas inocentes, além de ter dado causa à morte de várias pessoas por disputas internas da organização. Comportamento da vítima: sociedade, nada a considerar.

54. Havendo três circunstâncias Judiciais desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias e consequências), duas delas em altíssimo grau (circunstâncias e consequências), e as demais neutras, fixo a pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão. Não há atenuantes, agravantes, minorantes ou majorantes, motivo pelo qual torno definitiva a pena supra.

[...]

*b) Quanto à ré **JAMILE LUZ DIVINA SANTOS***

b.1) Formação de quadrilha armada (artigo 288, parágrafo único, CP)

62. Diante da objetividade de algumas circunstâncias Judiciais, estendo à ré as mesmas considerações feitas no item "53" no que se refere à personalidade, à culpabilidade, às circunstâncias em sentido estrito, às consequências, aos motivos e ao comportamento da vítima. Não possui antecedentes. Conduta social: nada a considerar.

63. Havendo três circunstâncias Judiciais desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias em sentido estrito e consequências), duas delas em altíssimo grau (circunstâncias e consequências), e as demais neutras, fixo a pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão. Não há atenuantes, agravantes, minorantes ou majorantes, motivo pelo qual torno definitiva a pena supra." (fls. 71/73).

No que diz respeito à dosimetria da pena, apesar de a jurisprudência desta Corte entender como razoável e proporcional a fração de aumento de 1/6 para cada circunstância judicial (AgRg no REsp 1.500.080/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em

19/04/2018, DJe 09/05/2018), tal análise não é uma operação aritmética na qual se atribui pesos absolutos para cada uma delas, sendo reservado ao julgador agir com discricionariedade vinculada.

Diante disso, a escolha do *quantum* de reprimenda a ser aplicado será determinado, principalmente, pelas particularidades do caso. Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (AgRg no REsp 1.430.071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015).

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE CÁRCERE PRIVADO E MOTIM DE PRESOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSIÇÃO DE LIDERANÇA. SITUAÇÕES DE INDISCIPLINA NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS ANTERIORES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE ELEVAÇÃO EXCESSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CRITÉRIO NÃO OBJETIVO OU MATEMÁTICO. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME FECHADO. REINCENTE. FUNDAMENTO SUFICIENTE. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A valoração negativa dos antecedentes criminais, da conduta social e da personalidade é válida se baseada em circunstâncias concretas dos autos que demonstrem anormal gravidade das condutas.

2. Consoante orientação jurisprudencial do STJ, a exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada aos elementos concretos dos autos (AgInt no HC 352.885/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/05/2016, DJe 09/06/2016).

3. Inviável a apreciação de matéria não discutida pelas instâncias ordinárias diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

4. Fixado o modo prisional mais gravoso com fundamento na

reincidência do acusado, não há falar em constrangimento ilegal.

5. Decisão monocrática mantida.

6. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 441.449/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 11/06/2018).

In casu, foi exasperada a pena-base da recorrente, considerando a presença de 3 circunstâncias judiciais objetivas desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias do crime e consequências), e empregando, para desfavorecer as referidas vetoriais, as mesmas razões aduzidas na primeira fase da dosimetria do corréu LUIZ TEIXEIRA DE SOUSA.

Não há qualquer constrangimento ilegal no mencionado procedimento. Pelo contrário, estando os réus em idêntica situação fático-processual, definida pelas condições objetivas do caso, seria ilegal a imposição de reprimendas distintas, na inexistência de qualquer circunstância de caráter pessoal a justificar a diferenciação.

Sobre o tema:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO, HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO POR QUATRO VEZES E QUADRILHA OU BANDO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP IDÊNTICAS PARA AMBOS OS CORRÉUS. CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER PESSOAL. CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE. CRIME CONTINUADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. NECESSÁRIO REEXAME PROBATÓRIO PARA ANÁLISE DOS REQUISITOS INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. BIS IN IDEM NA ANÁLISE DA DOSIMETRIA DO CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO DA DOSIMETRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Havendo análise idêntica das circunstâncias judiciais em relação a acusados em situações fático-processuais iguais, a eventual existência de circunstância de caráter pessoal a justificar a exacerbação da pena deve ser concretamente justificada, o que não ocorreu in casu.

[...]

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revisão da dosimetria. (HC 132.550/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)*

PEDIDO DE EXTENSÃO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI N. 201/1967. PENA-BASE FIXADA MUITO ALÉM DO GRAU MÍNIMO PREVISTO. EXISTÊNCIA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. UTILIZAÇÃO DE UM ÚNICO DADO FÁTICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E CONCRETA. ILEGALIDADE DA OPERAÇÃO DE DOSIMETRIA PENAL. SIMILITUDE DA SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER PESSOAL. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. PLEITO DEFERIDO.

1. O art. 580 do Código de Processo Penal estabelece que, no caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

2. Na espécie, encontra-se o requerente em situação idêntica a dos pacientes do presente writ, visto que a reprimenda foi estabelecida pelos mesmos fundamentos, sem qualquer motivação de caráter exclusivamente pessoal que justifique diferenciação entre os corréus.

3. Pedido de extensão acolhido para afastar a circunstância judicial referente aos motivos do crime, por carência de fundamentação, resultando a pena definitiva em 3 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial aberto. (PExt no HC 327.026/CE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 444 DO STJ. ELEMENTAR DO TIPO PENAL. UTILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA REDUZIDA. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO. PEDIDO DE EXTENSÃO. CORRÉUS EM SITUAÇÃO IDÊNTICA. ART. 580 DO CPP. DEFERIMENTO.

[...]

3. Encontrando-se os correus em situação idêntica à do recorrente, visto que estabelecida as reprimendas pelos mesmos fundamentos, e não existindo nenhuma circunstância de caráter exclusivamente pessoal que justifique diferenciação, impõe-se a aplicação do art. 580 do Código de Processo Penal.

4. Pedido de extensão deferido para reduzir as penas dos requerentes para 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e 13 dias-multa e, em consequência, reconhecer a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva. (PExt no REsp 1.111.902/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 30/09/2015)

Dessarte, não houve a ilegalidade arguida, no ponto.

A defesa aduz, também, que a pena-base da recorrente foi fixada em *quantum* superior ao máximo abstratamente cominado, em evidente *error in procedendo*.

No tópico, razão lhe assiste.

A pena-base da recorrente foi aplicada em **4 anos e 6 meses de reclusão**. Contudo, a pena máxima abstratamente cominada para o tipo criminal do art. 288, do Código Penal (Redação anterior à Lei n. 12.850, de 2013), é de **3 anos de reclusão**.

O parágrafo único do referido dispositivo prevê causa de aumento da pena, quando a quadrilha ou bando faz uso de armas.

Como é sabido, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que *o aumento da pena acima do máximo previsto no tipo penal é permitido somente na terceira fase da dosimetria da pena, mediante o reconhecimento de causas de aumento* (HC 189.672/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016).

Portanto, fica patente o constrangimento ilegal, no caso, em que houve violação do método trifásico de aplicação da pena, devendo o recurso ser provido para determinar a realização de nova dosimetria,

respeitando-se os limites máximo e mínimo abstratamente cominados, nas duas primeiras etapas de fixação da sanção.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRÁTICA DELITIVA ANTERIOR À LEI N. 12.015/09. RECURSO DE APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. APLICAÇÃO DA NOVATIO LEGIS PELO TRIBUNAL ESTADUAL. AGRAVAMENTO DA PENA IMPOSTA NA SENTENÇA. WRIT QUE PLEITEIA A ADEQUAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA A PATAMARES MAIS JUSTOS. FIXAÇÃO DA PENA ALÉM DO MÁXIMO COMINADO EM ABSTRATO PELO TIPO PENAL EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 12.015/09 PARA AGRAVAR A PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO COM VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ATOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE DESDE QUE RESPEITADA A PROIBIÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. SITUAÇÃO DOS AUTOS EM QUE A APLICAÇÃO INTEGRAL DA LEI N. 12.015/09 FOI PREJUDICIAL AO RÉU. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA RESTABELECER A PENA FIXADA NA SENTENÇA CONFORME LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS.

[...]

4. Na segunda etapa do sistema trifásico, o acórdão fixou a pena acima do máximo legal, a despeito de a incidência de agravante poder elevar a reprimenda apenas até o patamar máximo cominado abstratamente no tipo. A Lei n. 12.015/09 estabeleceu no preceito secundário do art. 213 (estupro) a pena de 6 a 10 anos, entretanto, na espécie, ao incidir a agravante da reincidência, o Tribunal a quo fixou, na segunda fase da dosimetria, a pena de 10 anos e 6 meses de reclusão. O aumento da pena acima do máximo previsto no tipo penal é permitido somente na terceira fase da dosimetria da pena, mediante o reconhecimento de causas de aumento. Precedentes.

[...]

7. Habeas corpus substitutivo não conhecido. De ofício, concedo a ordem para determinar que seja restabelecida a sentença que fixou a pena em 9 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial

fechado. (HC 189.672/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016)

PENAL - DOSIMETRIA DA PENA - AGRAVANTES E ATENUANTES - INCIDÊNCIA SOBRE A PENA-BASE - DOSIMETRIA EQUIVOCADA - RECURSO PROVIDO.

- Como tenho afirmado, a nova Parte Geral do Código Penal brasileiro, ao adotar o sistema trifásico para o cálculo da pena, o fez porque "permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria" (CF. Exposição de Motivos, item 51). Na esteira de tal finalidade, o art. 68, caput, do CP, determina que a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59, em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

- O art. 59 trata das chamadas circunstâncias judiciais permite ao juiz o estabelecimento dos critérios necessários à fixação da pena-base entre os limites da sanção fixados abstratamente na lei penal.

- Estabelecida a pena-base, procede-se uma segunda operação, na qual são consideradas as circunstâncias legais agravantes e atenuantes previstas nos artigos 61, 62, 65 e 66, do Código Penal, tal como na primeira fase da dosimetria, aqui também os limites máximo e mínimo in abstrato não podem ser ultrapassados.

- Por último, observa-se a terceira operação pela qual são consideradas as causas especiais de aumento ou de diminuição da pena.

- Entender de forma diversa seria conferir regra de exceção ao critério geral de dosimetria da pena consagrado pelo Código Penal sem que haja previsão legal específica.

[...]

- Recurso provido para determinar que o cálculo de cada agravante seja feito sobre a pena-base imposta ao réu, com a conseqüente alteração de regime prisional. (REsp 167.432/DF, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, Quinta Turma, julgado em 25/05/2004, DJ 01/07/2004, p. 247)

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XVIII, alínea "c", do RISTJ, dou provimento, em parte, ao recurso, para determinar que seja refeita a dosimetria da pena da recorrente, respeitando-se os limites máximo e

mínimo abstratamente cominados, nas duas primeiras etapas de fixação da sanção.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

