HABEAS CORPUS Nº 489.327 - SP (2019/0010775-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO DIAZ NAPOLITANO - SP236733
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RONALDO JOSE DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar impetrado em favor de RONALDO JOSE DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000567-55.2017.8.26.0545.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 10 meses e 14 dias de detenção, em regime inicial semiaberto, pela prática dos crimes tipificados nos art. 147, *caput*, por quatro vezes, na forma do art. 70, *caput*, 1ª parte, (por quatro vezes), na forma do art. 69 com o art. 150, § 1º, todos do Código Penal (concurso formal de quatro crimes de ameaça em concurso material com violação de domicílio) (fls. 51-59).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal *a quo*, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do paciente a 9 meses e 24 dias de detenção, mantido o regime semiaberto, em acórdão assim ementado:

> *AMEAÇA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. Violência doméstica. Crime de ameaça praticado em detrimento da ex-companheira e do irmão dela. Réu que, ademais, ingressou clandestinamente no imóvel em que ela residia à época dos fatos. Prova suficiente da autoria e da materialidade de ambos os delitos. Dolo das ameaças evidenciado. Ofendida que se declarou intimidada pelas ameaças proferidas pelo réu, tendo seu irmão afirmado temer por seus familiares. Configurada, igualmente, a conduta do artigo 150, § 1º, do Código Penal, uma vez que o imóvel foi invadido à noite, em período em que estava diminuída a capacidade de resistência da vitima (à época, moradora da casa). Impossibilidade de absorção da violação de domicílio pelo crime de ameaça. Condenação mantida. Absolvição, contudo, da imputação do crime do artigo 147, "caput", do Código Penal, com relação aos filhos da ofendida, os quais não estavam presentes no dia dos fatos, inexistindo prova nos autos de que souberam*

> *das ameaças. Réu que pretendia ameaçar (indiretamente) a vítima, ao dizer que mataria seus filhos. Dosimetria. Básica do crime de ameaça fixada em sexto acima do mínimo legal, pelos maus antecedentes (duas condenações anteriores definitivas, sendo uma delas pelo mesmo delito, alcançadas pelo prazo depurador), com acréscimo de um quinto (e não de um terço, como procedido na sentença), na segunda fase, pela reincidência especifica e pela agravante do artigo 61, inciso I, alínea "f", do Código Penal. Aumento de um sexto na terceira fase, diante do reconhecimento do concurso formal (duas vitimas). Pena-base do delito de violação de domicilio que partiu de um sexto acima do piso pelos maus antecedentes, e sofreu igual majoração pela reincidência e pela mencionada agravante. Penas somadas, em razão do concurso material de crimes. Regime semiaberto inalterado, diante dos maus antecedentes e da reincidência. Apelo parcialmente provido para redução da pena* (fl. 15).

No presente *writ*, a impetrante sustenta constrangimento ilegal decorrente na desproporcionalidade na fração de 1/6 empregada na exasperação da pena-base, em razão de uma única circunstância judicial negativa, qual seja, os maus antecedentes. Pondera que esta Corte Superior de Justiça estabeleceu o patamar de 1/8 quando apenas uma circunstãncia for negativada e as demais forem favoráveis.

Requer seja deferida liminar a fim de que seja sobrestada a ação penal sem a expedição de mandado de prisão, de modo que o paciente aguarde em liberdade o julgamento definitivo do presente *habeas corpus*. No mérito, pleiteia a redução da pena-base.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 117/118). As informações foram prestadas pela instância ordinária (fls. 123/138). O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ.*

É o relatório.

Decido.

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, como no caso dos autos, ressalvando-se, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração, a redução da pena-base.

A princípio, cumpre informar que 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.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente por quatro crimes de ameça em concurso material com invasão de domicílio 10 meses e 14 dias de detenção, em regime inicial semiaberto. O Tribunal de Justiça *a quo*, por sua vez, deu provimento parcial ao apelo do paciente, para reduzir a pena, que restou estabelecida em 9 meses e 24 dias de detenção, mantido o regime semiaberto, assentando:

> *No entanto, é o caso de absolvição da imputação do crime do artigo 147, caput, do Código Penal, com relação a Rafaela, Felipe e Guilherme, filhos de Domenica. Isso porque, o réu disse que os mataria como forma de reforçar, indiretamente, as ameaças contra sua ex-companheira. Segundo Luiz Régis Prado (in "Comentários ao Código Penal", 6ª ed. rev. atual, e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 466), "a ameaça pode ser direta ou indireta. Na primeira hipótese, refere-se à pessoa da vitima ou ao seu patrimônio; na segunda, dirige-se a pessoa a ela ligada por vínculos de parentesco ou amizade".*
>
> *Ademais, nenhum dos filhos da ofendida estava presente no momento em que o réu a ameaçou (dizendo, inclusive, que os mataria), inexistindo notícia nos autos de que, em algum momento, eles chegaram a ter ciência das ameaças. A respeito do tema, há julgados colacionados por Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Junior e Fábio M. de Almeida Delmanto (...)*
>
> *Como se vê, a prova coligida é suficiente para amparar o desfecho condenatório, restando bem caracterizados os delitos de ameaça e de violação de domicílio, com a incidência da agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea T, do Código Penal, com relação à vítima Domenica (ex-companheira do réu), anotando-se que as condutas resultaram de desígnios claramente autônomos e ofenderam bens jurídicos diversos, daí o concurso material corretamente reconhecido em primeiro grau.*
>
> *Passa-se, assim, ao redimensionamento das reprimendas.*
>
> ***Quanto à ameaça, a básica foi fixada em um sexto acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes do apelante, destacando-se a existência de duas condenações definitivas, uma delas pelo mesmo delito (proc. 11.325/2009 - Ex. 01; e proc. 5518/2010 - fls. 79/80 e 84), alcançando um mês e cinco dias de detenção.***
>
> *Improcede o argumento deduzido pela combativa Defesa de que, por se tratar de condenações antigas, não poderiam mais ser consideradas para majoração das reprimendas na primeira fase da dosimetria. Ao contrário, é justamente para este fim que tais condenações*

são válidas, já que não caracterizam mais a reincidência após o decurso do prazo depurador previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal.

(...)

Na segunda fase, a pena foi majorada em um terço pela reincidência específica (proc. 2009/001084 - fls. 85/86) e pela agravante do artigo 61, inciso II, alínea "f, do Código Penal, o que se mostrou excessivo, sendo adequado o aumento de um quinto, conduzindo-a a um mês e doze dias de detenção. Por fim, diante do reconhecimento do concurso formal (duas vítimas), a reprimenda ê majorada em um sexto, totalizando um mês e dezenove dias de detenção.

A pena-base do delito do artigo 150, § 1o, do Código Penal partiu igualmente de um sexto acima do piso legal pelos maus antecedentes, sofrendo igual aumento pela reincidência e pela mencionada agravante (art. 61, II, T, CP), alcançando oito meses e cinco dias de detenção, o que se mantém diante da ausência de irresignação ministerial.

Reconhecido o concurso material de infrações, repita-se, devidamente aplicável à hipótese, obtém-se, definitivamente, nove meses e vinte e quatro dias de detenção.

O regime prisional semiaberto é o mais adequado, diante dos maus antecedentes (fls. 79/80 e 84) e da reincidência específica do réu em crime doloso (fls. 85), o que também impede a concessão de benefícios legais.

(...)

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do apelante a 09 (nove) meses e 24 (vinte e quatro) dias de detenção, em regime semiaberto, restando mantida, no mais, a sentença impugnada (fls. 23/25).

Inicialmente, cumpre salientar que nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, 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, DJe 09/06/2016), só podendo ser alterado o *quantum* de aumento na pena-base quando flagrantemente desproporcional.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. TESE DE NULIDADE DO FEITO EM RAZÃO DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS E DO INTERROGATÓRIO TEREM SIDO REALIZADOS POR

> *VIDEOCONFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE. FUNDAMENTO CONCRETO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TERCEIRA FASE. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. DUAS MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *4. Inexiste um critério puramente aritmético na primeira fase da dosimetria, cabendo ao julgador, a quem a lei confere certo grau de discricionariedade, sopesar cada circunstância judicial desfavorável à luz da proporcionalidade, consoante seu prudente arbítrio.*
>
> *Ademais, o aumento de 1 ano não se mostra desarrazoado ou excessivo, sobretudo considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito imputado - art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal -, que prevê pena reclusiva de 4 a 10 anos.*
>
> *[...]*
>
> *7. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas de Robson Pincer Anastacio a 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 10 dias-multa, de Renato Antonio da Silva a 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão e 12 dias-multa e de Francisco Earlys Alves de Paiva a 4 anos, 4 meses e 13 dias de reclusão, além de 8 dias-multa* (HC 186.567/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016)

Embora não haja uma operação aritmética, na qual se atribua pesos absolutos para cada uma das circunstâncias judiciais, sendo reservado ao julgador o exercício da discricionariedade vinculada, razão pela qual a escolha do *quantum* de pena a ser aplicado será determinado principalmente pelas particularidades do caso concreto, a jurisprudência desta Corte tem entendido razoável e proporcional a fração de aumento de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial. No mesmo sentido, trago à colação os seguintes julgados, de ambas as turmas deste Tribunal Superior de Justiça que julgam matéria penal:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS IGUAIS. VALORAÇÃO EM CRIMES DISTINTOS. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. FUNÇÃO DE LÍDER DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO*

DO QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL, PARA CADA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO QUALIFICADA UTILIZADA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA CONDENAÇÃO. ATENUANTE RECONHECIDA. TERCEIRA FASE. TRÁFICO INTERESTADUAL. CAUSA DE AUMENTO ESTABELECIDA EM FRAÇÃO SUPERIOR AO MÍNIMO SEM FUNDAMENTAÇÃO EFETIVA. REDUÇÃO. 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 habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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.

- A fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

- Em se tratando dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, como ocorre na espécie, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59, do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42, da Lei n. 11.343/2006.

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

(...)

- Habeas corpus não conhecido.

- Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 11 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão e 1.735 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação (HC 461.100/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 09/04/2019).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) DE AUMENTO POR CADA VETOR JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

1. A Corte originária reconheceu a existência de elementos de prova suficientes para embasar o decreto condenatório pela prática do crime de estupro de vulnerável. Assim, a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ e Súmula n. 279/STF).

2. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

3. No caso, o acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, valorando negativamente as circunstâncias e as consequências do delito. Com efeito, a Corte estadual apontou elementos concretos aptos a justificar a exasperação da pena-base em razão dessas circunstâncias judiciais, sobretudo diante do alto desvalor de sua conduta e de uma maior gravidade, pois o réu, na execução do crime que praticou contra a vítima, a amarrou com fios elétricos. Destacaram as instâncias ordinárias, ainda, a mudança no comportamento da criança decorrente do trauma sofrido, necessitando de acompanhamento psicológico.

4. No tocante à alegação de que o quantum de aumento da pena-base por ocasião das circunstâncias judiciais desfavoráveis deu-se de modo desproporcional, verifica-se que essa tese não foi discutida pelo acórdão recorrido, inexistindo o requisito do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.

5. Outrossim, anote-se que a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firmada no sentido de que é proporcional a fração de 1/6 (um sexto) para cada vetorial negativa considerada no cálculo da pena-base. Precedentes.

6. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1408536/TO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 03/04/2019)

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

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 12 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator