

HABEAS CORPUS Nº 510.520 - SP (2019/0138816-8)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA UNGAR JOÃO - SP315527
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALDERICO BRUNO BANDEIRA
PACIENTE : EDINALDO LOURIVAL BRANDAO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ALDERICO BRUNO BANDEIRA e EDINALDO LOURIVAL BRANDÃO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0036018-11.2016.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram absolvidos, em primeira instância, da suposta infração ao art. 155, § 4º, III e IV, c.c. art. 14, II, do Código Penal, com fulcro no art. 386, inciso I, do Código de Processo Penal (fls. 41-45).

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, proveu o apelo ministerial para condenar os pacientes às penas de 10 (dez) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 4 (quatro) dias-multa, como incursos na sanção do art. 155, § 4º, III e IV, cc. Art. 14, II, ambos do Código Penal, em v. acórdão assim ementado:

"Apelação – Furto duplamente qualificado na modalidade tentada – Réus absolvidos por insuficiência probatória – Recurso Ministerial – Pretendida a condenação nos termos da denúncia – Procedência – Existência de provas aptas a embasar o decreto condenatório – Confissão dos réus demonstrando o dolo necessário para a tipificação do delito – Réus surpreendidos tentando abrir o portão que guarnecia a residência – Circunstâncias que permitem concluir pela prática

de atos executórios – Depoimentos firmes e seguros da vítima e da testemunha – Validade – Condenação de rigor.

Dosimetria Pena-base fixada 1/3 acima do mínimo, ante a presença de duas qualificadoras, uma valorada como circunstância judicial desfavorável e outra, para tipificar a conduta delitiva Compensação entre as reincidências e as confissões espontâneas em primeiro grau Redução em 2/3 em razão da tentativa, haja vista o diminuto iter criminis percorrido Regime inicial intermediário mais adequado à reprovabilidade das condutas e das personalidades dos agentes Substituição penal inviável, por ausência de preenchimento dos requisitos legais Sentença reformada Recurso provido, com determinação" (fl. 79).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação dos pacientes, uma vez que se trata de mero ato preparatório impune, pois não ultrapassaram a esfera da cogitação e preparação, sendo de rigor a absolvição dos pacientes, vez que se trata de conduta atípica.

Sustenta, ainda, constrangimento ilegal na fração de aumento da pena-base, em razão dos maus antecedentes e pela presença de duas qualificadoras.

Assevera, também, que "*Observando-se a folha de antecedentes, nota-se que os três feitos anteriores são tão antigos que não se prestam a gerar a reincidência – e, diante disso, o v. acórdão os considerou como "maus antecedentes"*" (fl. 7).

Por fim, aduz, que "*[...] computado o período em que os pacientes ficaram presos, o regime fixado deve ser o aberto, ante o quantum de pena e as circunstâncias judiciais*" (fl. 11).

Requer, assim, a concessão da ordem para que o paciente seja absolvido por atipicidade da conduta ou, subsidiariamente, que seja fixado a pena-base no mínimo legal ou ao menos aumentando-a na fração de 1/6, e fixando-se o regime inicial aberto para início de cumprimento da pena, tendo em vista o instituto da detração.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 70-71.

Informações prestadas às fls. 76-77.

O Ministério Público Federal, às fls. 133-138, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. ATOS PREPARATÓRIOS. ALEGAÇÃO. PROVAS. EXAME. NECESSIDADE. PENA. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DEFINITIVAS. MAUS ATENCEDENTES. QUALIFICADORAS SOBEJANTES. MIGRAÇÃO. PRIMEIRA FASE. LEGALIDADE.

- Não é de se conhecer habeas corpus impetrado contra ato judicial passível de recurso, ressalvada a previsão de concessão de ofício da ordem, caso apurada flagrante ilegalidade, nos termos do §2º do art. 654 do CPP.

- O entendimento da instância a quo no sentido de que a conduta do paciente não abrangeu apenas atos preparatórios, mas, sim, ato executório consistente na tentativa de violação do portão da residência com chave falsa só permitiria seu afastamento mediante o exame acurado do acervo de provas, providência vedada na via excepcional do habeas corpus.

- Revisão da pena-base. A jurisprudência dessa Corte é firme no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art.

64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade.

- Reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras na segunda fase da dosimetria da reprimenda, apenas uma será suficiente para a incidência da figura tipificada e as demais migrarão para primeira etapa na qualidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

- Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus"
(fl. 133).

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.

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

O Tribunal de origem, ao prover o apelo ministerial, condenou o paciente pelo crime descrito no art. 155, § 4º, incisos III e IV, c/c art.14, inciso II, do Código Penal, nos seguintes termos (e-STJ fls. 80/ 84, grifei):

"Consta dos autos que no dia 08 de maio de 2016, por volta das 6h45, na Avenida Imirim, nº 3.777, Cachoeirinha, na cidade de São Paulo, Alderico Bruno Bandeira e Edinaldo Lourival Brandão, agindo conjuntamente em unidade de desígnios, tentaram subtrair as coisas móveis existentes na residência de propriedade de Rodrigo de Azevedo Juskas, mediante uso de chave falsa, somente não se consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades.

Conforme apurado, o ofendido avistou, através da janela, os

apelados mexendo no portão de sua residência, após seu cachorro começar a latir e acionou a polícia. Ao chegarem no local, os milicianos encontraram os indivíduos em frente ao imóvel, sendo que Alderico mexia na fechadura, enquanto Edinaldo estava ao seu lado.

Durante a abordagem, foi apreendida com Alderico uma chave micha, que estava sendo utilizada para abrir a fechadura da porta, além de outras três chaves da mesma espécie, um canivete e uma caixa de grampos, que estavam no bolso de sua calça. Já com Edinaldo, localizaram duas chaves michas, três chaves de fenda, uma lanterna operacional e um alicate.

A materialidade do delito restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls. 01/02), pelo boletim de ocorrência (fls. 10/12), pelo auto de exibição e apreensão (fls. 13/17), bem como pela prova oral colhida em ambas as etapas da persecução penal.

A autoria, da mesma forma, restou devidamente comprovada.

Vejamos:

Os acusados Alderico Bruno Bandeira e Edinaldo Lourival Brandão, tanto em solo policial, como em juízo, confessaram que pretendiam ingressar no imóvel para furtá-lo, sendo que, para tanto, estavam fazendo uso de chave micha para abrir o portão, porém foram abordados pelos policiais antes de conseguir acesso à casa (mídia).

O policial Douglas dos Santos de Caires confirmou que foi acionado para atender uma ocorrência de tentativa de furto à residência. Lá chegando, avistou Alderico mexendo no portão da casa do ofendido, enquanto Edinaldo dava cobertura. Durante a abordagem, foram apreendidas chaves michas com ambos os indivíduos.

Por fim, declarou que, quando indagados, ambos confessaram que tentavam entrar na residência para furtá-la, acreditando que estivesse desocupada.

A vítima Rodrigo de Azevedo Juskas declarou que, quando ouviu barulhos que vinham de seu portão, viu os dois acusados, que reconheceu com segurança, na audiência, tentando abrir o portão da casa, utilizando um objeto. Confirmou, inclusive, ter sido Edinaldo quem tentava abrir o referido portão, enquanto Alderico permanecia atrás.

Acordou sua genitora, que acionou a polícia. Aproximadamente em três minutos, as viaturas chegaram no local.

De início, cumpre ressaltar que a distinção entre atos preparatórios e executórios é tormentosa e exige uma conjugação de critérios, tendo como ponto de partida a teoria objetivo-formal de Beling, associada a outros parâmetros subjetivos e objetivos (como a complementação sob a concepção natural, proposta por Hans Frank), para que, consoante o tirocínio do julgador, seja possível definir se, no caso concreto, foram exteriorizados atos tão próximos do início do tipo que, conforme o plano do autor, colocaram em risco o bem jurídico tutelado.

Tal solução é necessária para se distinguir o começo da execução do crime, descrito no art. 14, II, do CP e o começo de execução da ação típica. Quando o agente penetra no verbo nuclear, sem dúvida, pratica

atos executórios. No entanto, comportamentos periféricos que, conforme o plano do autor, uma vez externados, evidenciam o risco relevante ao bem jurídico tutelado, também caracterizam início da execução do crime.

É justamente esse o caso dos autos, pois os atos externados ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação e expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal, inclusive com a execução da qualificadora do furto. Os recorrentes não somente traziam consigo chaves falsas, conhecidas como michas, como também já as estavam utilizando no intento de superar o portão que guarnecia a residência, para subtrair, de seu interior, os pertences das vítimas.

Além disso, não se pode olvidar que os próprios acusados confirmaram sua intenção de subtrair bens da residência, amoldando-se suas condutas à tipicidade subjetiva do tipo penal, uma vez que presente o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de subtrair.

Portanto, por onde se analise o conjunto probatório, a condenação dos agravados pelo delito previsto no art. 155, § 4º, considerando a presença de duas qualificadoras (emprego de chave falsa e mediante concurso de agentes), é de rigor.

Na primeira fase, tendo em vista a presença de uma qualificadora e uma circunstância judicial, bem como diante dos maus antecedentes dos réus (Alderico: fls. 158, 160 e 161 e Edivaldo: fls. 157, 159 e 196), a pena-base deve ser fixada 1/3 acima do mínimo, resultando em 02 anos e 08 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Neste aspecto, frise-se ser plenamente admissível a utilização de uma das qualificadoras para tipificar o delito e, da outra, como circunstância judicial desfavorável, conforme entendimento já pacificado do C. STJ:

[...]

Na segunda fase da dosimetria, incide a circunstância atenuante da confissão, a ser compensada com a circunstância agravante da reincidência, conforme se observa da análise das certidões de objeto e pé de Edinaldo, às fl. 159 e de Alderico, às fl. 160, razão pela qual fica mantida a pena no patamar anterior.

Na terceira fase, presente causa de diminuição da pena, por se tratar de crime tentado, de rigor a redução da pena, haja vista o iter criminis percorrido, em sua máxima fração, restando, assim, definitiva aos réus, a pena de 10 meses e 24 dias de reclusão e pagamento de 04 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, em que pese o quantum da pena e o fato de o crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, importante consignar que ambos os acusados, além dos maus antecedentes, são reincidentes em crimes patrimoniais, voltando à prática delitiva, o que demonstra terem conduta social desfavorável e possuir personalidade voltada para o crime, denotando ser necessário o regime intermediário à reprovabilidade do delito e afastamento da sensação de impunidade, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Por fim, a substituição penal é inaplicável por total ausência de preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 44 do Código Penal".

Verifico do acórdão impugnado, que a existência quanto às provas da autoria delitiva restaram consubstanciadas nos depoimentos das testemunhas policiais e da vítima, devendo ser observado que o ofendido reconheceu, de pronto, os pacientes como sendo autores do delito de furto qualificado perpetrado.

Ademais, é inviável o pleito absolutório com base na pretensão de ver reconhecido que a conduta não ultrapassou o limite dos atos preparatórios do crime de furto qualificado, pois, para tanto, seria imprescindível o revolvimento do material fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via estreita do **habeas corpus**.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 443 DO STJ. CONCURSO FORMAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. DIMINUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE ESFERAS PATRIMONIAIS ATINGIDAS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Tribunal estadual considerou que as provas colhidas aos autos eram suficientes para embasar a condenação do paciente, mormente em razão do depoimento de uma das vítimas que, além de o reconhecer, descreveu detalhadamente toda a sua movimentação durante a prática delitiva.

2. Para desconstituir tal conclusão, seria inevitável o exame aprofundado de todos os itens de prova produzidos no processo criminal, providência incabível na via estreita e célere do habeas corpus.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera

indicação do número de majorantes.

Súmula n. 443 do STJ.

4. O Tribunal a quo não apontou nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

5. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a quantidade de infrações praticadas deve ser o critério utilizado para embasar o patamar de aumento relativo ao concurso formal de crimes.

6. O aumento de 1/2 da pena pelo concurso formal foi embasado em argumentos concretos, uma vez que o acórdão impugnado registra que a ação delituosa atingiu a esfera patrimonial de 34 vítimas.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria". (HC 208.933/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 17/03/2016, grifei).

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 182 DO STJ. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. POTENCIAL LESIVO. CONSTATAÇÃO. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não se conhece do agravo regimental que deixa de impugnar, de forma direta e objetiva, os fundamentos da decisão agravada. Aplicação da Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Hipótese em que o agravante deixou de impugnar fundamento atinente à ausência de prequestionamento do art. 64, inciso I, do Código Penal.

3. O pedido de absolvição exige o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em sede de recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Nas hipóteses em que a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, não restou comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal, quando do julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e Relator para acórdão o

Ministro Gilson Dipp, DJe 6.4.2011, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova. Na espécie dos autos, o juiz singular se apoiou nos depoimentos das vítimas, para concluir pela utilização da arma no crime de roubo.

5. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 1430796/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 03/11/2014, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. EXAME APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PROVA COLHIDA APENAS NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A via estreita do writ não é adequada à análise de alegações relativas à absolvição por falta de provas para a condenação, por demandar tal exame o revolvimento fático-probatório. Precedentes.

3. Segundo entendimento desta Corte, não há violação ao art. 155 do Código de Processo Penal quando a condenação se apoia também em elementos de provas judicializadas, colhidas no âmbito do devido processo legal. Precedentes.

4. Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou a compreensão de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito (Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF).

5. *In casu*, o Tribunal de origem, no julgamento da apelação defensiva, reduziu a reprimenda básica ao mínimo legal, mantendo o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito.

6. A Quinta Turma deste Tribunal, na sessão de 28/04/2015, ao julgar os Habeas Corpus 269.495/SP, 299.980/SP e 304.634/SP, entre outros, por maioria de votos, firmou a orientação de que o emprego de arma de fogo na empreitada criminosa, por si só, não acarreta o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, notadamente se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem todas favoráveis ao acusado.

7. Na hipótese, com a ressalva do ponto de vista do relator, deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, uma vez que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena". (HC 316.472/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Gurgel de Faria, DJe 01/09/2015, grifei).

Quanto as anotações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do **RE n. 593.818 RG/SC** – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, **além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos**, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes." (**HC n. 337.068/SP**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/6/2016). Ainda, menciono: **HC n. 413.693/SP**, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/10/2017.

Vale dizer, decorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de **maus antecedentes**.

Portanto, diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não vejo como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes, notadamente porque, conforme anteriormente salientado, esta Corte Superior possui a compreensão, **tanto na Quinta quanto na Sexta Turma**, de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de **maus antecedentes**.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE.

*1. Condenação criminal transitada em julgado há mais de 5 (cinco) anos, embora não possa ser utilizada para configurar a reincidência (art. 64, I, do Código Penal), pode ser considerada como **maus antecedentes**. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento"
(AgRg no HC n. 323.661/MS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 8/9/2015, grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAJORAÇÃO NO TRIBUNAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR PARA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO DA PENA PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SEIS MESES. RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos

da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

2. A redução da pena em seis meses, em razão da atenuante de confissão espontânea, resultou de uma valoração feita pelo julgador;

ademais, a quantidade de seis meses encontra-se dentro da razoabilidade, sendo desnecessária a intervenção desta Corte a respeito.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 508.791/MT, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 26/10/2015, grifei).

Diante de tais considerações, não identifico nenhuma ilegalidade manifesta no ponto em que, fundamentadamente, foi reconhecida a existência de maus antecedentes em desfavor dos pacientes.

No que se refere à utilização da qualificadora excedente como circunstância para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria do crime de furto qualificado, o v. acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior que é firme no sentido de que *"na hipótese de pluralidade de qualificadoras, é plenamente possível a utilização de uma delas para qualificar o delito e das demais para exasperar a pena-base ou agravar a pena intermediária na segunda fase do critério trifásico."* (HC 296.009/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 17/2/2016, grifei).

Confiram-se mais alguns julgados desta Corte:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. QUANTUM DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base. Precedentes.

2. *É proporcional a pena-base estabelecida ao condenado por crime de furto qualificado, diante da valoração negativa de uma circunstância judicial - 9 meses acima do mínimo legal -, se considerados os patamares mínimo e máximo previstos para o tipo penal que incide na espécie - de 2 a 8 anos de reclusão.*

3. *Agravo regimental não provido (AgRg no HC 368.411/MS, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 31/8/2017, grifei).*

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE, CONTUDO, EM PATAMAR INFERIOR AO FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PLEITO DE CRIME ÚNICO. IMPOSSIBILIDADE. VÁRIOS FURTOS, DIVERSAS VÍTIMAS E INTERVALOS PEQUENOS ENTRE OS DELITOS. DIVERSOS CRIMES EM CONTINUIDADE DELITIVA. MOMENTO DE CONSUMAÇÃO DO DELITO DE FURTO. INVERSÃO DA POSSE. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA. PRECEDENTES. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS COM PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

2. *De início, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.*

3. *No caso, tendo em vista que o crime teve duas qualificadoras, uma poderá ser utilizada para qualificar o crime e a outra como circunstância judicial negativa, como fez o Tribunal local. Contudo, a fração de 1/6 se mostra mais adequada e proporcional que a fração de 1/2 fixada pelas instâncias ordinárias.*

(...).

6. *Por fim, não obstante o redimensionamento da pena para patamar inferior a 4 anos, tendo em vista que as penas-base dos pacientes foram fixadas acima do mínimo legal, o*

regime semiaberto se mostra adequado.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena dos pacientes (HC 308.716/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 3/5/2017, grifei).

Quanto ao critério numérico de aumento para cada circunstância judicial negativa, insta consignar que *"A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. 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 143071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015).

In casu, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, para a valoração negativa das circunstâncias judiciais, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, **ausente, portanto, notória ilegalidade** a justificar a concessão da ordem de ofício.

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte:

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADA QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. AUMENTO PROPORCIONAL.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas.

2. Na espécie, a reprimenda de piso acima do mínimo legal, em razão da natureza e a excessiva quantidade do estupefaciente apreendido, encontra-se devidamente

justificada e proporcional às especificidades do caso versado. MINORANTE DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO. RÉ INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA COMO TRANSPORTADOR. Integrando a acusada organização criminosa, na qualidade de transportadora da droga, resta impossibilitada incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. TRANSNACIONALIDADE DO DELITO. APLICAÇÃO. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. A majorante do artigo 40, I, da Lei n. 11.343/2006, em razão da transnacionalidade do delito, pode ser aplicada em conjunto com o artigo 33 da referida norma, porquanto justificada por fundamento diverso, inexistindo bis in idem. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Admite-se a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta em razão da quantidade e natureza do entorpecente apreendido.

2. Agravo regimental a que se nega provimento."
(AgRg no AREsp 585.375/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 27/03/2017).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ARTIGO 35, C/C O ART. 40, V, AMBOS DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADA À PENA CORPORAL DE 4 ANOS, 2 MESES E 12 DIAS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE FIXADA 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA COM FOCO EM ABASTECIMENTO DE DIVERSOS PONTOS DE TRÁFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E DE ACORDO COM A PROPORCIONALIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA INTERESTADUALIDADE. APENAS DOIS ESTADOS DA FEDERAÇÃO ENVOLVIDOS. FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 RESTABELECIDO. REGIME PRISIONAL. ABRANDAMENTO. PENA INALTERADA. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

[...]

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de associação para o

tráfico de drogas, 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.

- *Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado na primeira fase da dosimetria, uma vez que, considerando a valoração desfavorável das circunstâncias do delito, pois foram apreendidos 750 gramas de crack, o afastamento em apenas 6 meses acima do mínimo legal, correspondente à usual fração de 1/6, mostra-se adequado e proporcional à espécie, uma vez que a pena do delito previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 varia de 3 a 10 anos de reclusão.*

- *Não há se falar em ofensa ao primado do bis in idem, pois, na primeira fase da dosimetria, o acórdão recorrido, ao ratificar a pena imposta pelo sentenciante, destacando o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consignou que a associação visava ao abastecimento de diversos pontos de droga, os quais abrangiam mais de um Estado da federação. Assim, a referência aos Estados envolvidos operou-se apenas para demonstrar a dimensão da conduta da paciente, quando comparada aos pequenos traficantes.*

[...]

- *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir as penas da paciente para 04 anos e 01 mês de reclusão e 933 dias-multa, com extensão do presente decism ao corréu Claudemar Vrech, mantidos os demais termos da condenação." (HC 364.661/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 25/11/2016).*

Por fim, em relação ao pleito de detração para fins de progressão de regime, consigno que não há nos autos elementos que permitam avaliar a possibilidade ou não da concessão da benesse, razão pela qual deverá o pedido ser apresentado perante o Juízo da Execução Penal.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

P. e I.

Brasília (DF), 11 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator

