HABEAS CORPUS Nº 512.127 - SP (2019/0149498-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
		DANIELLE CRISTINA UEMURA - SP234990
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JOSÉ FELIPE SANTANA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de **JOSÉ FELIPE SANTANA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no artigo 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 14-17).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, conforme a seguinte ementa:

> "APELAÇÃO - ROUBO SIMPLES - Apelo defensivo buscando a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, redução da pena base, desclassificação para o delito tentado e abrandamento do regime prisional - Descabimento - Autoria e materialidade suficientemente comprovadas pela prova oral - Inviabilidade de redução da pena, tendo em vista os fundamentos idôneos para sua exasperação - Delito consumado, eis que ocorreu a subtração do bem mediante grave ameaça, sendo prescindível a posse mansa e desvigiada - Regime fechado que se impõe, ante a gravidade em concreto do delito e periculosidade do agente, portador de maus antecedentes - Condenação mantida - Recurso desprovido." (e-STJ, fl. 19)

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual alega, em suma, que: a) "o fato do Paciente ter passagem pela Vara da Infância e da Juventude não enseja exasperação da pena-base acima do mínimo legal" (e-STJ, fl. 4); b) "fato com trânsito em julgado posterior não pode ser considerado mau antecedente" (e-STJ, fl. 7); c) o fato da vítima ser adolescente mulher não foi comprovado, não podendo ser utilizado para agravar a pena-base; d) a pena deve ser atenuada em vista do reconhecimento da confissão espontânea do crime na fase policial, tendo sido utilizada para embasar a condenação do paciente.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja reduzida ao mínimo legal a pena-base aplicada, bem como para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea. Subsidiariamente, pleiteia que a exasperação da pena-base seja na fração de 1/6.

Sem pedido liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela manutenção da decisão impugnada (e-STJ, fls. 35-37).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Com efeito, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Para análise das razões da impetração, passa-se à transcrição de excertos da sentença e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

> "O acusado, segundo os elementos constantes dos autos, ostenta maus antecedentes, haja vista a prática de delito anterior ao presente, mas com trânsito em julgado posterior (fls. 187). Ainda, possui personalidade voltada à prática delitiva, eis que ostenta duas passagens por roubo quando menor, com aplicação de liberdade assistida (fls. 196). Ademais, as circunstâncias do crime excederam a previsibilidade do tipo, haja vista ter abordado uma adolescente mulher, que saía da escola, tudo a recrudescer sua conduta. Assim, atentando às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, impõe-se a fixação da pena-base majorada em 1/3, totalizando 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa." (e-STJ, fl. 16)

> "Na primeira fase, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena foi exasperada de 1/3, o que não comporta alteração.
> [...]
> Considero tais fundamentos idôneos para o aumento da pena base, pois além dos maus antecedentes, há as circunstâncias em que foi praticado o delito, contra vítima mulher adolescente.
> Observo que, de fato, pela certidão dos autos (fls. 187), vê-se que o apelante possui maus antecedentes. Nesse momento, faz-se oportuno anotar que o Superior Tribunal de Justiça tem acolhido a tese de que configuram maus antecedentes a condenação por crime praticado antes do crime sob apuração, mesmo que transitado em julgado após a data do cometimento do crime em tela." (e-STJ, fls. 27-28)

No que tange à pena-base, percebe-se que as instâncias inferiores consideraram como circunstâncias judiciais desfavoráveis os maus antecedentes do réu, a personalidade voltada à prática delitiva e as circunstâncias do crime, tendo em vista.

Acerca dos **maus antecedentes,** cabe ressaltar que a jurisprudência atual desta Corte, entende plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa.

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS COMUNS À ESPÉCIE. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA NÃO GERADORA DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA EM FACE DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. LESÕES CORPORAIS, NECESSIDADE DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS E DEBILIDADE PERMANENTE. DECORRÊNCIAS USUAIS E ÍNSITAS AO DELITO DE HOMICÍDIO DOLOSO TENTADO. REDUÇÃO ÍNFIMA PELAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE CONSTATADA. PRESENÇA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 3. Mostra-se legítima a valoração negativa dos antecedentes do réu com base na existência de condenação definitiva em seu desfavor, não obstante sua primariedade.

4. 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.

5. Anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa de nenhuma das circunstâncias judiciais. Inteligência da Súmula 444/STJ. [...]" (HC 171.212/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/8/2015, DJe 20/8/2015).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA. USO DE PROCESSOS REFERENTES A FATOS POSTERIORES AO DO CASO EM TELA E COM A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL A SER ANALISADO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *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.
> - Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a prescrição da pretensão punitiva extingue os efeitos da condenação, motivo pelo qual não caracteriza reincidência ou maus antecedentes.
> - Processos com condenações definitivas, mas relativos a fatos posteriores ao crime em julgamento não podem ser usados para agravar a pena-base, seja como maus antecedentes ou como personalidade negativa do agente. [...]" (HC 338.975/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 1/12/2015).

> "PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR ÀQUELE NARRADO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...] III - Condenações, com ou sem o trânsito em julgado, por fatos posteriores ao que está em apuração não servem para a caracterização de maus antecedentes, não sendo possível a sua valoração na dosimetria da pena (precedentes do STJ).
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente." (HC 321.550/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 26/11/2015).

Por outro lado, no que toca à análise negativa da **personalidade do agente**, cumpre esclarecer que não se revela idôneo, como fundamento para majorar a pena-base, o cometimento anterior de atos infracionais pelo agente.

Para corroborar:

> "PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]
> **III - A exasperação da pena-base, lastreada na personalidade do agente, ao argumento de que detém personalidade voltada para o crime, em razão de que já cumpriu medida socioeducativa, é resquício do superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal dos fatos.**
> IV - No presente caso, não constam elementos técnicos para que o julgador possa avaliar cientificamente acerca da personalidade do

> agente, a fim de supedanear o aumento da pena-base, havendo, portanto, flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.
> *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar a circunstância judicial da personalidade do agente, fixando a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cincquenta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."
> (HC 437.940/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018, grifou-se)

Nesse mesmo sentido, ofereço à baila outros julgados:

> "PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. CONDUTA SOCIAL. USUÁRIO DE DROGAS. ARGUMENTO INADEQUADO. PERSONALIDADE. PASSAGENS PELA VARA DA INFÂNCIA. IMPROPRIEDADE. MOTIVO DO CRIME. APROPRIAÇÃO DE BENS. DELITO PATRIMONIAL. ARGUMENTO INADEQUADO. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.
> ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.
> 1. Conforme entendimento das duas Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o fato de o réu ser usuário de droga, por si só, não justifica a valoração negativa de sua conduta social e o consequente aumento da pena-base.
> 2. Há impropriedade na majoração da pena-base pela consideração negativa da personalidade do agente em razão da prévia prática de atos infracionais, pois é incompossível exacerbar a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância.
> [...]
> 7. Recurso especial provido em parte."
> (REsp 1.702.051/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018);
>
> "*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ATO INFRACIONAL E CONDENAÇÃO DEFINITIVA USADA PARA CONFIGURAR A REINCIDÊNCIA. PENA-BASE REDUZIDA E PROMOVIDA A COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A REINCIDÊNCIA E A CONFISSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> [...]

> - 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.
> **- Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, os atos infracionais anteriormente registrados pelo sentenciado, por não configurarem infrações penais, são inidôneos para subsidiar o aumento da pena-base, seja a título de maus antecedentes, personalidade desfavorável ou conduta social inadequada.** - Esta Quinta Turma, em recente decisão, decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).
> - Na espécie, o constrangimento ilegal encontra-se evidenciado, a uma, porque ato infracional não pode repercutir na pena-base do agente; a duas, porque, ainda que fosse possível utilizar condenação pretérita definitiva para valorar a personalidade do agente, o caso demonstrou que o paciente possui apenas uma condenação transitada em julgado, a qual já serviu para agravar a pena, na segunda etapa do cálculo dosimétrico, a título de reincidência, não podendo, novamente, ser utilizada para exasperar a sanção basilar, sob pena de ofensa ao ne bis in idem. - Reconhecida a confissão, de rigor a sua compensação integral com a reincidência, mesmo específica, pois o caso não apontou nenhuma peculiaridade à agravante do art. 61, I, do CP, como a multirreincidência, por exemplo, que implicasse a necessidade de uma maior resposta penal, levando à compensação apenas parcial. Precedentes.
> - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida ex officio, para redimensionar as penas da paciente para 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."
> (HC 355.752/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2017, DJe 12/12/2017, grifou-se).

Com relação às **circunstâncias do crime**, para fins do disposto no artigo 59 do Código Penal, cuida-se da análise do *modus operandi* empregado da ação delituosa. No presente caso, o fato do crime de roubo ter sido praticado contra uma adolescente mulher, embora represente um elemento concreto extraído dos autos, não traduz, por si só, uma maior reprovabilidade da conduta, na medida em que não demonstra, em concreto, de que forma esta característica da vítima teria influenciado a ação do paciente ou facilitado a consumação do crime. Assim, deve ser afastada a exasperação da pena com base nesse fundamento.

Portanto, quanto à primeira fase da dosimetria da pena, observa-se que houve fundamentação idônea apenas no tocante ao vetor antecedentes.

No que diz respeito ao pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, razão assiste à impetrante, pois se verifica que a confissão feita na fase policial embasou a condenação do paciente, consoante se observa dos seguintes trechos da sentença e do aresto impugnado, respectivamente:

> "Interrogado, em solo policial o réu confessou a prática delitiva, aduzindo que anunciou o roubo mas não conseguiu permanecer na posse do celular da vítima porquanto um guardador de carros o deteve (fls. 07).
> [...]
> Saliente-se que, para além da grave ameaça narrada pelo réu em solo policial e confirmada pela testemunha policial Anderson, a violência foi relatada pela testemunha presencial Valdeci, que narrou ter visto o réu segurando a vítima para arrebatar o aparelho." (e-STJ, fl. 16)
>
> "O acusado, na fase policial (fls.07), confessou os fatos, afirmando que decidiu roubar, pois estava precisando de dinheiro. Que ao se aproximar da vítima, que aparentava ser adolescente, anunciou o assalto, dizendo para ela passar o celular, porém, não conseguiu seu intento, pois foi impedido por um homem. Posteriormente, foi detido por policiais militares, no momento em que tentava fugir do local." (e-STJ, fl. 21)

Com efeito, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como ocorreu na hipótese.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.
> **1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.**
> 2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.
> 3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.
> 4. "A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora"

(REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).
5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PELO MAGISTRADO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.
2. A confissão parcial do réu configura a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal quando utilizada na formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido: HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.
Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório." (HC 393.104/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEL COM BASE NA QUANTIDADE DE ARMAS APREENDIDAS. TRÁFICO DE DROGAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS CAPAZ DE ALTERAR O ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE FIRMADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r.
decisão vergastada pelos próprios fundamentos.
II - In casu, as circunstância do crime não se inferem ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou

> que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes desta natureza, visto que o réu foi apreendido com mais de uma arma de fogo, ou seja, 1 (uma) pistola e 2 (dois) revólveres III - As declarações do agravante não foram em nenhum momento levadas em consideração para fundamentar a condenação que lhe foi imposta pelo delito de tráfico de drogas. Segundo decidido pela c. Suprema Corte, em se tratando do delito de tráfico de drogas, 'Para a incidência da atenuante genérica da confissão espontânea, faz-se imprescindível que o Paciente tenha confessado a traficância' (HC n.
> 94.295/SP, Primeira Turma, Re1ª. Minª. Cármen Lucia, DJe de 30/10/2008, grifei).
> Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no HC 490.430/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019).

Portanto, passo à nova dosimetria da pena do paciente pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal.

Na primeira fase, afastada a valoração negativa da personalidade do agente e das circunstâncias do crime e mantida apenas a análise desfavorável dos antecedentes, aplico a fração ideal de 1/8 de aumento e fixo a pena-base em 4 anos e 9 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão espontânea e diminuo a pena em 1/6, resultando a pena em 4 anos de reclusão, além de 10 dias-multa, tendo em vista que a pena não pode ficar aquém do mínimo legal nessa fase (Súmula 231/STJ).

Uma vez que não incide na hipótese causa de aumento ou diminuição, a pena definitiva fica estabelecida em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Por fim, embora o paciente seja primário e a pena não tenha ficado acima de 4 anos de reclusão, a valoração negativa dos antecedentes autoriza a fixação do regime imediatamente mais grave que o permitido pela quantidade de pena fixada, de modo que se mostra cabível na hipótese o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

A corroborar:

> "[...]
> - Nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal - CP, considerando a pena aplicada, inferior a 4 anos, e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional semiaberto, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.
> - Considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, não há falar em flagrante ilegalidade quanto à inaplicabilidade do art. 44, III, do CP, estando justificada a negativa da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.
> - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta ao paciente."
> (HC 335.103/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (Desembargador convocado do TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em

17/12/2015, DJe 04/02/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para afastar a valoração negativa da personalidade do agente e das circunstâncias do crime, reduzindo a pena definitiva para 4 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, além do pagamento de 10 dias-multa.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de origem e ao Juízo da 17ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo-SP.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 07 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Ministro