

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 510.019 - PE (2019/0136784-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
PACIENTE : GABRIEL PINHEIRO DE SOUZA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 1/9) impetrado em benefício de GABRIEL PINHEIRO DE SOUZA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (Apelação Criminal n. 398140-4 - fls. 193/209).

Depreende-se dos autos que o Tribunal do Júri condenou o ora paciente, pela prática do delito previsto no art. 121, § 2.º, incisos II e IV, do Código Penal, à pena de 22 anos de reclusão (fls. 13/16).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso, redimensionando a pena do ora paciente a 18 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mantidos os demais termos da condenação. Transcreve-se, a seguir, a ementa do julgado:

"EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JULGAMENTO PELO JÚRI. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS POR RECONHECER AS QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E DO RECURSO QUE TORNA IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. NÃO VISLUMBRADA. HARMONIA DA DECISÃO COM A MANIFESTA PROVA CONTIDA NO PROCESSO. RENOVAÇÃO DO JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA BASE EM FACE A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME." (fl. 199).

No presente *mandamus*, a impetrante alega que, na primeira etapa da dosimetria da pena do paciente, as vetoriais da culpabilidade e das consequências do delito foram valoradas negativamente sem fundamentação

Superior Tribunal de Justiça

idônea.

Aduz que, quanto às consequências do delito, a sentença, chancelada pelo acórdão, limitou-se a destacar a 'perda de uma jovem vida humana', causando 'revolta na comunidade', dados que, notoriamente, não desbordam do comum à espécie delitiva - homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2.º, incisos II e IV, do Código Penal).

Acrescenta, no tocante à culpabilidade, que as instâncias ordinárias incorreram em *bis in idem*, pois os elementos apontados para valorá-la são os mesmos que constituem as agravantes previstas nos artigos 61, inciso II, alínea "e", e 62, inciso I, ambos do CP.

Ao final, requer seja a ordem concedida para reduzir a pena-base do paciente a um patamar inferior ao estabelecido pelas instâncias ordinárias.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração e, se conhecida, quanto ao mérito, pela sua denegação (fls. 227/233).

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

A defesa sustenta que, na primeira etapa dosimétrica da pena do paciente, as circunstâncias judiciais da culpabilidade e das consequências do crime foram avaliadas negativamente sem fundamentação idônea.

Para a adequada delimitação da tese defensiva, colaciono os excertos seguintes dos títulos judiciais das instâncias ordinárias:

"DOSIMETRIA PELO SISTEMA TRIFÁSICO DO ART. 68, DO CÓDIGO PENAL, 'em relação ao réu GABRIEL PINHEIRO DE SOUZA'

Circunstâncias Judiciais.

Superior Tribunal de Justiça

a - Culpabilidade: altamente reprovável, tendo em vista que a vítima era sua companheira, premeditou e executou o crime desferindo um disparo de arma de fogo no meio da testa da mesma, em típico ato de execução, além de ter contratado terceiras pessoas para ajudá-lo na prática, incluindo um adolescente, fornecendo aparelho telefônico para os contatos, bem como levando os comparsas em seu próprio veículo para o local do crime - sua residência;

b - Antecedentes: o réu é possuidor de bons antecedentes;

c - Conduta social poucos elementos foram coletados a respeito de sua conduta social, razão pela qual deixo de valorá-la;

d - Personalidade do agente, não existem nos autos elementos suficientes à aferição da personalidade do agente, razão pela qual deixo de valorá-la;

e - Motivos do crime: o motivo do delito se revelou reprovável, posto tratar-se de questões patrimoniais, além de desentendimentos entre o casal;

f - Circunstâncias do crime: vítima estava amarrada e amordaçada no momento do crime, subjugada por uma arma de fogo, porém as circunstâncias foram objeto de apreciação pelo Conselho de Sentença, tornando-se irrelevante neste momento, uma vez que será levada em consideração para qualificar o delito, preservando a incorrência de bis in idem;

g - Consequências do crime: as consequências do crime foram graves, haja vista a perda de uma jovem vida humana, acarretando um reflexo repentino no seio familiar, causando revolta na comunidade;

h - Comportamento da vítima: não restou caracterizado.

Fixação da pena-base

Isto posto, tendo em vista que na espécie é cominada reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, em virtude das circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena-base em 20 (vinte) anos de reclusão, já observada a forma qualificada, aplicando-se para tanto, a qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, sendo que a outra qualificadora reconhecida, qual seja, motivo fútil, foi devidamente valorada na análise das circunstâncias judiciais, o que revelou, em conjunto com as demais circunstâncias valoradas negativamente, na necessidade significativa de exasperação da pena-base.

Circunstâncias Legais

Superior Tribunal de Justiça

Concorrendo a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, alínea 'd', do Código Penal, com as agravantes do art. 61, II, alínea 'e', e art. 62, I, ambos do Código Penal agravo a pena em 02 (dois) anos, passando a dosá-la em 22 (vinte e dois) anos de reclusão a qual torno definitiva, por não concorrerem causas de diminuição e de aumento de pena." (fl. 14).

"Passemos ao recurso interposto pela Defesa de Gabriel Pinheiro de Souza e de Josivaldo do Monte, onde ambas pleiteiam a fixação de uma pena menor, vez que o juízo a exacerbou sem a devida fundamentação.

[...]

Da leitura da sentença atacada, observa-se que o juízo sentenciante, ao proceder à análise da primeira fase da dosimetria, considerou acertadamente como desfavorável ao apelante as circunstâncias judiciais da culpabilidade, motivos e consequências do crime, contudo, fixou a pena-base em 20 anos de reclusão.

A pena em abstrato para o crime do artigo 121, § 2º, é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos de reclusão.

Constata-se que a pena-base fixada em 20 (vinte) anos de reclusão, ou seja, 08 (oito) anos acima do mínimo legal em face da prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, incisos I, II e IV, do Código Penal, não se encontra devidamente justificada na sentença.

Registre-se que, diante da análise até aqui tecida, descabe o pleito recursal de fixação da pena-base no mínimo legal, visto existirem circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis ao réu, o que impõe a fixação da reprimenda, na primeira fase da dosimetria, em patamar superior ao mínimo, o qual deve ser estipulado em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de não restar atendido o comando constitucional de individualização da pena.

Em assim sendo, considerando a existência de três vetoriais desfavoráveis ao apelante, quais sejam: a culpabilidade, motivos e circunstâncias do delito, fixo a pena base em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Na segunda fase, o magistrado reconheceu a atenuante da confissão bem assim as agravantes previstas no artigo 61, II, 'e' e art. 62, I, ambos do Código Penal agravando a pena em 02 (dois) anos.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, mantendo o mesmo patamar de aumento em face das agravantes previstas no art. 61, II, 'e' e art. 62, I, ambos do Código Penal, doso a pena em 18 anos de reclusão.

Na terceira fase, inexistentes causas outras de aumento ou redução da pena torno-a definitiva em 18 (dezoito) anos de reclusão.

Assim, fica o apelante GABRIEL PINHEIRO DE SOUZA condenado à pena de 18 anos de reclusão." (fl. 204)

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

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

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC n. 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016; HC n. 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016; HC n. 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015; HC n. 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 1/4/2014, DJe 10/4/2014.

Entretanto, salienta-se que o entendimento desta Corte firmou-se também 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 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa.

Superior Tribunal de Justiça

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.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

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

- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, 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. Precedentes.

- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.

2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.

3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de

Superior Tribunal de Justiça

cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1.116.974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 1/9/2017).

Ademais, não há que se falar em ocorrência de *reformatio in pejus* quando a Corte de origem tiver empregado fundamentação parcialmente diversa daquela usada pelo Juiz singular para justificar a exasperação da pena-base.

Nos termos da jurisprudência firme desta Corte Superior, não ocorre *reformatio in pejus*, quando o Tribunal local, em sede de apelação exclusiva da defesa, inova na fundamentação empregada na dosimetria ou na fixação do regime prisional inicial, sem, contudo, agravar a situação final do acusado.

O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal, quando provocado a se manifestar sobre algum critério da dosimetria, a reanalisar as circunstâncias judiciais e a rever todos os termos da individualização da pena definidos no decreto condenatório.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REFORMATIO IN PEJUS NO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. 'Não há falar em ofensa ao princípio da vedação da *reformatio in pejus*, diante da adoção de novos fundamentos a embasar a manutenção do regime inicial mais gravoso, pois 'a

*jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial, sem que se incorra em reformatio in pejus. **No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese'** (HC 477.281/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018).'* (AgRg no HC 426.845/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 03/05/2019).

2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no HC 494.736/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/5/2019, DJe 6/6/2019)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DELITO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL (ART. 146, § 1º, CP). DOSIMETRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA AFASTADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL E FUNDAMENTADO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL PRESERVADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, 'o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não

Superior Tribunal de Justiça

evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita' (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/04/2005).

III - A jurisprudência da Quinta Turma deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial, sem que se incorra em reformatio in pejus.

IV - No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada, conforme ocorreu na hipótese.

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC 477.281/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 11/12/2018, DJe 14/12/2018)

Consigne-se, ainda, que, como se sabe, a lei não prevê as frações que serão aplicadas no caso de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 ou a sua elevação em patamar superior a essa mesma fração deve ser devida e concretamente fundamentada.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ART. 121, § 2º, I, E ART. 121, § 2º, I E IV, C/C ART. 14, II, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REDUÇÃO DA PENA-BASE, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. POSSIBILIDADE. PENA REDUZIDA, NA SEGUNDA FASE, EM 1 ANO, SEM GUARDAR PROPORCIONALIDADE COM O AUMENTO DECORRENTE DA PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS

Superior Tribunal de Justiça

PENAS DO PACIENTE.

[...]

2. A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada.

3. No caso, a redução da pena-base em 1 ano perpetrada na sentença, ante a atenuante da menoridade, foi menor que a fração comumente usada de 1/6, além de ser desproporcional ao aumento da pena-base (estabelecida 4 anos acima do mínimo legal), o que demonstra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte Superior.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, para reduzir a pena, na segunda fase da dosimetria, na fração de 1/6, aplicando-se ao paciente a pena definitiva de 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão. (HC 329.561/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 1/10/2015, DJe 7/10/2015)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam à redução em 3 meses, na segunda fase da dosimetria, pela incidência da atenuante da

menoridade relativa do réu - valor desproporcional em relação ao aumento da pena-base, pela incidência de uma circunstância judicial considerada negativa -, sem indicar fundamentação concreta.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a ilegalidade na redução da pena em relação à menoridade relativa do réu, adotar o patamar de 1/3 para o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto. (HC 228.310/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/3/2016, DJe 11/3/2016)

Na hipótese, após as alterações procedidas pela Corte *a quo* na motivação da primeira fase da dosimetria da pena do paciente, a sua sanção básica foi exasperada, em 1/3 sobre o mínimo legal, pela avaliação negativa dos motivos do crime, da culpabilidade do agente e das consequências do delito.

A defesa somente se insurgiu em face do desfavorecimento da culpabilidade e das consequências do delito.

Porém, sem razão.

Os elementos apontados para valorar negativamente a culpabilidade do agente não se sobrepõem às circunstâncias configuradoras das agravantes do art. 61, inciso II, alínea "e" (*'São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: ter o agente cometido o crime: contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge'*), e 62, inciso I, ambos do Código Penal (*'A pena será ainda agravada em relação ao agente que: promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes'*).

Em verdade, o referido vetor dosimétrico foi sopesado em desfavor do paciente por ter sido o crime premeditado e praticado com características de autêntica execução: o agente contratou terceiros para ajudá-lo,

Superior Tribunal de Justiça

incluindo um adolescente, forneceu aparelho telefônico para os contatos e levou os comparsas em seu próprio veículo para o local do crime (sua residência), onde matou a vítima com um tiro no meio da testa.

Em outros casos, esta Corte de Justiça tem considerado idônea semelhante fundamentação:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. MODUS OPERANDI. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. CONCURSO FORMAL. QUATRO VÍTIMAS. AUMENTO NO PATAMAR DE 1/4 CABÍVEL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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.

Assim, 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, por exigirem revolvimento probatório.

[...]

*4. Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso dos homicídios, o paciente e outros dois agentes teriam efetuado diversos disparos de arma de fogo em direção à viatura na qual estavam as quatro vítimas, policiais militares, os quais teriam tentado abordá-los para averiguar a ocorrência da tentativa de latrocínio antes perpetrada. **Quanto a este último delito, a premeditação do crime permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.***

[...]

Superior Tribunal de Justiça

6. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para estabelecer o aumento na fração de 1/4 pelo concurso formal entre os quatro crimes de homicídio, restando fixada a pena do paciente quanto ao delito em 6 anos e 8 meses de reclusão. (HC 412.848/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/10/2019, DJe 25/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ANÁLISE DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. PONTO NÃO APRECIADO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Colegiado de origem apresentou fundamentação idônea ao valorar negativamente o vetor da culpabilidade, já que destacou que o Paciente 'agiu com premeditação, frieza e agressividade', o que denota a especial reprovabilidade da ação delituosa.

[...]

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 505.548/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 20/8/2019, DJe 3/9/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO COMO QUALIFICADORA, CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE, DESDE QUE PREVISTA NO CP, OU CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL, RESIDUALMENTE. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE NÃO SE CONFUNDEM COM A DISSIMULAÇÃO, APLICADA COMO AGRAVANTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO NÃO CONHECIDO.

[...]

IV - A valoração das circunstâncias judiciais previstas no artigo

Superior Tribunal de Justiça

59 do CP para fixação da pena-base, é atividade que exige motivação concreta e específica a partir do conteúdo probatório coligido nos autos, conforme o modelo de livre convencimento motivado e de persuasão racional do Juiz, no âmbito de discricionariedade vinculada.

V - A culpabilidade é circunstância judicial em que se analisa o grau de reprovabilidade da conduta do agente, diante dos elementos concretos da prática delitiva, quando estes excederem o tipo penal e demonstrarem maior censura do comportamento ilícito.

VI - No caso, a pena-base foi majorada em razão da análise desfavorável da culpabilidade, considerando que o crime foi praticado com 'características de autêntica execução, estando bem evidenciado que os acusados agiram com premeditação e frieza, o que deve ser considerado para exasperação da pena base, no que se refere ao quesito da culpabilidade' (fl. 21). Trata-se de fundamentação adequada, que indica maior grau de reprovabilidade da conduta do agente e justifica a exasperação da pena-base. Precedentes.

VII - Os elementos utilizados para majoração da pena-base com fundamento na análise desfavorável da culpabilidade não se confundem com a qualificadora da dissimulação, aplicada na segunda fase da dosimetria, não havendo que se falar em bis in idem.

[...]

Agravo regimental não conhecido. (AgRg no HC 475.858/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 13/12/2018, DJe 1/2/2019)

Por sua vez, a razão empregada para desfavorecer as consequências do delito - morte de vítima jovem com turbção da vida familiar - conquanto seja singela, é circunstância concreta que demarca a maior gravidade do crime praticado e autoriza o incremento punitivo.

Sobre o tema:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. ELEMENTOS

Superior Tribunal de Justiça

CONCRETOS DEVIDAMENTE INDICADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VÍTIMA JOVEM. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MESMA FUNDAMENTAÇÃO PARA VALORAR NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM CONFIGURADO. MOTIVOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DECOTE DOS REFERIDOS VETORES. REDUÇÃO DA PENA-BASE. 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.

[...]

- Quanto às consequências do crime, esta Corte entende que a idade da vítima é fundamento que justifica o aumento da pena-base. Precedentes.

- Contudo, impossível utilizar apenas este fundamento para considerar desabonadoras as circunstâncias e as consequências do delito, sob pena de indevido bis in idem, em razão do que mantenho o desvalor apenas das consequências.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente para 15 anos e 4 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 429.419/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 26/10/2018)

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. LATROCÍNIO. PENA-BASE. RESULTADO QUALIFICADOR ALCANÇADO COM ANIMUS NECANDI. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NEGATIVAS. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM

ABSTRATO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. PENA-BASE FIXADA PELO TRIBUNAL A QUO A MENOR. MANUTENÇÃO. NON REFORMATIO IN PEJUS. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PENA-BASE. DEPÓSITO DO CORPO EM RESERVATÓRIO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME ALTAMENTE LESIVAS À COLETIVIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DE SUA FIXAÇÃO NO MÁXIMO LEGAL. REFORMA. AGRAVANTE DE DISSIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DAS PREMISSAS FÁTICAS DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DESPICIENDA A CLASSIFICAÇÃO DA AGRAVANTE POR OCASIÃO DA DENÚNCIA. CORRETA DESCRIÇÃO FÁTICA. SUFICIENTE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CORROBORADA COM ELEMENTOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de habeas corpus se nele a parte objetivar a 'mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei' (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/9/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/5/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/2/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/2/2015).

3. Não há qualquer ilegalidade em desabonar as circunstâncias judiciais apontadas. Há maior reprovabilidade do crime de latrocínio, porque o resultado qualificador foi alcançado com animus necandi, e não por mera culpa, e, além disso, **foi praticado contra vítima jovem e trabalhadora, com vinte e dois anos à época, cuja vida foi prematuramente ceifada, o que gera grande sentimento de repulsa social e prejuízos irreparáveis à sociedade, caracterizando maior culpabilidade;** por fim, as circunstâncias do crime foram corretamente valoradas, porquanto o réu utilizou-se de arma de fogo, instrumento que goza de maior repulsa pelo ordenamento jurídico e com enorme potencial de letalidade, tendo efetuando dois disparos contra a vítima. Conclui-se que as circunstâncias judiciais narradas não são inerentes ao crime de latrocínio,

Superior Tribunal de Justiça

motivo pelo qual é devida a valoração negativa da pena-base, em observância do princípio da individualização da pena.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena-base do crime de ocultação de cadáver em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, para que o juiz das execuções proceda às necessárias adaptações. (HC 233.445/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. PARADIGMA DO MESMO TRIBUNAL. SÚMULA 13/STJ. COTEJO ANALÍTICO. AUSÊNCIA. MULTA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EXCLUSÃO. ARTIGO DE LEI FEDERAL VIOLADO. FALTA DE INDICAÇÃO. CONTROVÉRSIA NÃO DELIMITADA. SÚMULA 284/STF. QUALIFICADORA NÃO ACOLHIDA PELO JÚRI. UTILIZAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA SOBRESSALENTE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO PARCIALMENTE INIDÔNEA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DOLOSOS PRATICADOS COM VIOLÊNCIA À PESSOA. APLICAÇÃO. ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. FIXAÇÃO NO MÁXIMO (TRIPLO). FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. REDUÇÃO PARA O DOBRO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. APRECIÇÃO. INVIABILIDADE. PRECLUSÃO.

[...]

8. A fundamentação utilizada na culpabilidade e nas circunstâncias do crime, que, como visto, carece de idoneidade, foi repetida nas consequências do delito, evidenciando bis in idem. Tão só em relação a uma das vítimas foi trazido fundamento distinto e concreto, consistente no fato de ser ainda bem jovem e não possuir nenhum envolvimento com o motivo que deu causa ao crime.

[...]

14. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido em parte, para reconhecer a violação parcial dos arts. 59 e 71, parágrafo único, do Código Penal, ficando redimensionadas as penas do recorrente, nos termos do voto.

Superior Tribunal de Justiça

(REsp 1.248.240/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR,
Sexta Turma, julgado em 3/4/2014, DJe 15/4/2014)

No ponto, consigne-se que a jurisprudência desta Corte autorizaria a elevação da reprimenda do paciente, tanto na primeira quanto na segunda fases, em fração superior à empregada pelas instâncias ordinárias, que, todavia, ora permanece incólume, sob pena de *reformatio in pejus*.

Em consequência, as pretensões formuladas pela impetrante encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator