

HABEAS CORPUS Nº 509.396 - MG (2019/0130926-9)

RELATOR :**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE :DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADOS :FLÁVIO RODRIGUES LELLES - MG073312
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
IMPETRADO :TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE :V B DOS S (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de V B DOS S contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no julgamento da Apelação n. 1.0106.17.003098-0/001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado às penas de 17 (dezessete) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 15 (quinze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, e art. 211, ambos do Código Penal (e-STJ fl. 1.915).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, e deu provimento parcial ao recurso ministerial a fim de redimensionar as reprimendas do réu para 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória (e-STJ fls. 2.012-2.039).

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a pena-base teria sido elevada sem fundamentação idônea.

Afirma que embora reconhecida a confissão espontânea pelas instâncias ordinárias, a referida atenuante não foi considerada na dosimetria da pena.

Por fim, aduz que há dupla punição ao condenar o réu pela prática do crime de ocultação de cadáver e se utilizar a agravante prevista no artigo 62, inciso I, alínea *b*, do Código Penal, para exasperar a pena na terceira fase da dosimetria.

Requer, ao final, o redimensionamento das reprimendas do paciente.

O Ministério Público Federal, às fls. 2.056-2.059 (e-STJ), manifestou-se pela concessão da ordem, tão somente, para que seja aplicada a atenuante da confissão espontânea.

É o relatório.

Cumprе atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Com efeito, no que diz respeito à aplicação da pena-base, cumpre destacar que este é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

In casu, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fls. 2.036-2.038):

"Crime de homicídio qualificado:

Pede o redimensionamento da pena-base fixada em desfavor do acusado. Isto porque, apesar de ter sido considerada três circunstâncias judiciais como desfavoráveis, quais sejam culpabilidade, conduta social e conseqüências do crime, o douto Juiz fixou a pena-base no mínimo legal.

Dessa forma, pede que seja aplicada para cada circunstância 1/6 (um sexto) correspondente a pena mínima em abstrato da infração penal.

Com efeito, registro que assiste razão o Parquet ao pleitear o aumento de pena-base devido ao reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam culpabilidade, motivos e conseqüências do crime.

É certo que a individualização da pena não envolve um procedimento meramente aritmético. Contudo, deverá o magistrado se valer da sensibilidade para avaliar o grau de preponderância das circunstâncias desfavoráveis no caso concreto, em observância aos princípios da individualização das penas e da proporcionalidade.

Sabe-se que o art. 59, do Código Penal define as circunstâncias judiciais em número de oito, as quais devem ser levadas em consideração para a fixação da pena-base entre os limites da sanção prevista abstratamente no tipo legal, de forma motivada pelo julgador.

A rigor, parte da doutrina entende que o juiz, na primeira fase da dosimetria da pena, não está adstrito a nenhum critério objetivo, podendo fixá-la entre os patamares máximo e mínimo como bem considerar. Outros atribuem um valor fixo a cada circunstância, como por exemplo, 1/6 (um sexto) ou 1/8 (um oitavo), esta última fração relacionada ao número de circunstâncias judiciais.

Há ainda aqueles que atribuem valores diferentes a cada circunstância, de acordo com sua gravidade ou relevância para o caso concreto, de forma qualitativa e não quantitativa.

Assim, seja qual for o critério adotado, verifico que, no caso concreto, necessário o aumento no patamar de 01 (um) ano de reclusão para cada circunstância judicial desfavorável, restando fixada a pena-base em 15 (quinze) anos de reclusão, revelando um tanto quanto proporcional e arrazoadado, considerando a sanção prevista para o delito de homicídio qualificado.

[...]

Crime de ocultação de cadáver:

Na primeira fase da dosimetria da pena, analiso igualmente as circunstâncias judiciais, conforme já delineado acima.

Dessa forma, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa."

Na presente hipótese dos autos, verifica-se que a majoração se deu desprovida completamente de fundamentação, o que não motiva à exasperação da pena-base, conforme entendimento assente por esta Corte Superior.

Sobre o tema, preconiza a jurisprudência que *"a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação."* (AgRg no REsp 1688406/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 25/10/2017).

No mesmo sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES.

1. Nos termos da consolidada jurisprudência desta Corte, "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. Assim, meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizados para aumentar a pena-base" (HC 353.839/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/6/2016, DJe 8/6/2016).

[...]

3. Desse modo, além de genéricos, os fundamentos refletem elementos inerentes ao tipo penal [...], motivo pelo qual a pena-base foi reduzida para o mínimo legal, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp 1476196/MA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 02/03/2017)

Desse modo, ante a falta de motivação em circunstâncias concretas dos delitos, as penas-bases devem ser fixadas no mínimo legal.

Por outro lado, quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria, verifico que é inviável a redução da reprimenda cominada ao paciente, uma vez que, por meio do enunciado 231 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se o entendimento de que "*a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*".

Destaque-se que tal compreensão foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar recurso extraordinário cuja repercussão geral foi reconhecida:

EMENTA : AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

(RE 597270 RG-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458)

E, no julgamento de recurso especial repetitivo, este Superior Tribunal de Justiça manteve o verbete 231 da respectiva Súmula, em acórdão que restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.

2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudicis dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a

Superior Tribunal de Justiça

aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art.

543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008.

(REsp 1117073/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 29/06/2012)

Finalmente, quanto a alegação de há dupla punição ao condenar o réu pela prática do crime de ocultação de cadáver e se utilizar a agravante prevista no art. 62, inciso I, alínea *b*, do Código Penal, para exasperar a pena na terceira fase da dosimetria, observa-se que a competência deste Superior Tribunal de Justiça está expressamente prevista no art. 105 e incisos da Constituição Federal, exigindo, para conhecimento da matéria trazida em caso de *habeas corpus*, a existência de ato coator de Tribunal sujeito à sua jurisdição ou de quaisquer das outras autoridades elencadas no inciso I, alíneas *b* e *c*, da CF/88, o que não se vislumbra ocorrer na hipótese, pois tal alegação deduzida na inicial ***sequer foi alvo de deliberação*** pelo Tribunal de origem, a indicar a atuação deste Sodalício em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESVALOR DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE E FRAÇÃO DA MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. MATÉRIAS NÃO IMPUGNADAS NA APELAÇÃO E NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES, CULPABILIDADE DO AGENTE, QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA (10,3KG DE COCAÍNA). ART 59 DO CÓDIGO PENAL - CP E ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

2. As irresignações da defesa com a exasperação da pena-base no tocante a culpabilidade e com a fração de aumento da majorante da interestadualidade, não foram sequer deduzidas no recurso de apelação julgado pelo Tribunal a quo, que se restringiu a apreciar apenas o alegado bis in idem entre a negatificação dos antecedentes e a reincidência. Assim, considerando que os pedidos aqui apresentados não foram submetidos à apreciação da instância ordinária, fica vedado seu

exame por esta Corte Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

3. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso de fundamentação baseada na quantidade e/ou natureza dos entorpecentes, aplica-se o art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. No caso dos autos, considerando, sobretudo, a gravidade do fato e os limites, mínimo e máximo, da pena dos delitos de tráfico de drogas (5 a 15 anos de reclusão) e de associação para o tráfico de drogas (3 a 10 anos de reclusão), ao contrário do que sustenta o impetrante, mostra-se razoável o aumento da pena inicial no patamar, respectivamente, de 4 anos e 6 meses e de 3 anos e 6 meses, diante da presença de três circunstâncias judiciais desfavoráveis - antecedentes, culpabilidade e quantidade de droga apreendida.

Cumpre informar que, a sentença destacou que a negatificação dos antecedentes foi realizada com base na existência de mais de uma condenação pretérita definitiva, pois o agravante ostenta quatro condenações anteriores (processos n. 002.03.004496-2; 050-06.069440-8/00; 586.01.2004.007750-0 e 678-07.2009.8.17.0210 - fl. 54), sendo apenas uma utilizada para caracterização da reincidência, além da culpabilidade excedente à espécie, pois mesmo estando preso, o agravante foi responsável por um dos maiores esquemas de tráfico descoberto na Comarca de Trindade/PE, sendo o chefe da associação e o responsável por todo o entorpecente levado para a região, bem como foi ponderado também a grande quantidade e a natureza lesiva da droga apreendida (mais de 10kg de cocaína), que é circunstância preponderante. 4. "A exasperação da pena-base não se dá por critério objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, desde que vinculada a elementos concretos" (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016).

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC 412.841/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019)"

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, de conformidade com o art. 654, § 2º, do CPP, a fim de fixar as penas-bases do paciente no mínimo legal, devendo as reprimendas serem redimensionadas pelo juízo competente, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator