

HABEAS CORPUS Nº 533.237 - SP (2019/0275006-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
VANESSA ALVES VIEIRA - SP308041
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO HENRIQUE DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de THIAGO HENRIQUE DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 0087292-77.2017.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 777 (setecentos e setenta e sete) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, por transportar, no interior de veículo automotor, com o objetivo de comercialização, 3,137kg (três quilogramas e cento e trinta e sete gramas) de maconha – e-STJ fls. 29-35.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória (e-STJ fls. 49-55).

Nesta via, sustenta o impetrante, em síntese, a ausência de fundamentação suficiente para justificar a elevação da pena-base pelos maus antecedentes, aduzindo que as condenações extintas há menos de cinco anos não podem ser utilizadas para exasperar a reprimenda basilar, pois caracterizam a reincidência do réu.

Defende a redução da reincidência para a fração de 1/6, por não ser específica.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja redimensionada a sanção do paciente.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 58-59).

Informações prestadas (e-STJ fls. 111-130).

Em parecer (e-STJ fls. 132-136), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre 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, inciso III, 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 art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Acerca do tema deste *habeas corpus*, é preciso ter presente que os Tribunais

Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal fica restrita a hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitida a alteração do regime inicial ou o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou de diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

No que se refere aos antecedentes, constata-se que a Corte de origem manteve o aumento de 1/6 (um sexto) sobre as reprimendas básicas, em razão da análise desfavorável do referido vetor, conforme o seguinte excerto do acórdão combatido (e-STJ fl. 53):

As iniciais partiram com acréscimo de 1/6 - 5 anos, 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, alicerçado em seu mau antecedente (furto - fls. 179), o que ora se ratifica, porquanto consentâneo às peculiaridades.

Quanto à moduladora dos antecedentes criminais, constata-se que o acórdão vergastado está em convergência ao posicionamento firmado por este Tribunal Superior sobre o assunto, no sentido de se *"admitir 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, ficando apenas vedado o bis in idem. Assim, considerando a existência de [...] condenações transitadas em julgado, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena. Precedentes. (HC 377.677/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).*

Com efeito, havendo mais de uma condenação apta a configurar reincidência, como é o caso dos autos, afastando, portanto, a possibilidade do indesejável *bis in idem*, admite-se a utilização de uma para negativar o vetor referente aos maus antecedentes e a outra configurar a reincidência.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. (I) REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS. (II) AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO SENTENCIANTE. POSSIBILIDADE. ART. 385 DO CPP.

[...]

*3. Da análise da folha de antecedentes do sentenciado, constam quatro condenações definitivas. Assim, **correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes, pois presente condenação definitiva em desfavor do paciente, anterior à data do fato em análise [...]***

Superior Tribunal de Justiça

(HC 381.590/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017 - grifou-se)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. “[...] cabendo ao juiz sentenciante sopesar o **quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto**” (HC 220.526/CE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014).

[...]

4. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 375.485/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016 – grifou-se)

De outra sorte, no que se refere à apontada ilegalidade no aumento operado na segunda fase da dosimetria, de acordo com a doutrina: “[p]onto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante” (NUCCI, Guilherme de Souza, Individualização da Pena, 3ª ed., RT:SP, 2009, p. 212).

Não obstante o entendimento doutrinário majoritário sobre o tema haver se firmado em que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou de diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado, este Superior Tribunal tem orientado no sentido de que o patamar de acréscimo pela circunstância agravante deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

Nesse norte:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA A QUO. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 PELA AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TERCEIRA FASE. PRESENÇA DE TRÊS MAJORANTES. FUNDAMENTO ÍNSITO AO TIPO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento da pena, na segunda fase da dosimetria, em patamar superior a 1/6, pela agravante da reincidência, requer fundamento idôneo, não se prestando a tal a simples a referência a existência de uma condenação definitiva por fato anterior. Precedentes.

3. Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ: "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".

4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 6 anos, 2 meses e 20 dias, em regime fechado, e 14 dias-multa.

(HC 284.629/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe de 25/10/2016; sem grifos no original)

Na hipótese, o Tribunal *a quo* manteve a majoração decorrente da reincidência em 1/3 (um terço) com a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 54):

Na intermediária, pela reincidência - que, se frise pelo gravíssimo delito de roubo circunstanciado (fls. 178) - foram majoradas em 1/3, 7 anos, 9 meses, 10 dias de reclusão e 777 dias-multa, fração ora mantida, pois, mesmo após ter sido duas vezes definitivamente condenado por delitos patrimoniais, não se emendou, passando então a realizar a vil mercancia, demonstrando total menoscabo com a saúde pública e grande ousadia.

Como se vê, o aumento operado pelo Magistrado sentenciante e mantido pelo Tribunal *a quo*, em 1/3 (um terço) na segunda fase, além de ter se mostrado superior ao

patamar médio, não apresentou justificativa concreta, tendo o acórdão combatido feito menção apenas à reincidência do acusado, inclusive referindo-se à condenação utilizada para exacerbar a pena-base.

Dessa forma, é imperioso proceder à redução para patamar proporcional ao estabelecido na primeira fase da dosimetria, qual seja 1/6 (um sexto).

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. TEMA NÃO DISCUTIDO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO EM 5/12 (CINCO DOZE AVOS). CRITÉRIO MATEMÁTICO AFASTADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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.

II - Pretensão de fixação da pena-base no mínimo legal, tendo em vista a impossibilidade de se considera para efeitos de maus antecedentes condenação açambarcada pelo período depurador. A Corte de origem não se pronunciou sobre o referido tema exposto na presente impetração, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

III - Predomina nesta Corte Superior o entendimento de que o aumento da pena em patamar superior a 1/6, em virtude da incidência de circunstância agravante, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão. No caso, o Tribunal de origem manteve a fração para o incremento da pena em 1/3 (um terço), tão somente, pelo fato de ser a reincidência específica.

IV - In casu, a pena foi exasperada, na terceira fase, na fração de 5/12 (cinco doze avos) em virtude da incidência de três causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido mediante emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o quantum de aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, baseando-se apenas no número de majorantes, em desacordo com a orientação firmada na Súmula

n. 443/STJ: "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." (Precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, tão somente, fixar a pena do paciente em 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias, mais o pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 501.810/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe de 04/06/2019; sem grifos no original)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXACERBADA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA.

AGRAVANTE. PATAMAR DE AUMENTO ACIMA DO QUANTUM DE 1/6 (UM SEXTO). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A circunstância judicial relativa à quantidade de drogas, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de 42,4g (quarenta e dois gramas e quatro centigramas) de "maconha", bem como 6,7g (seis gramas e sete centigramas) de "cocaína". Não obstante a variedade das drogas, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal.

Precedentes.

2. A quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar pelo patamar mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). A reincidência específica não enseja aumento da pena na segunda fase da dosimetria, de forma isolada, em patamar mais elevado.

Precedentes.

3. Concedida a ordem de habeas corpus a fim de, reformando o acórdão recorrido, readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa.

(HC 473.289/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe de 11/03/2019; sem grifos no original)

Por tais razões, verificada a desproporcionalidade do aumento em 1/3 em razão da reincidência, deve ser redimensionada a pena aplicada ao paciente.

Na primeira fase, mantidos os parâmetros aferidos pelas instâncias ordinárias, fica estabelecida a pena-base em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Superior Tribunal de Justiça

Na segunda fase, comprovada a existência de uma condenação anterior já transitada em julgado, a sanção deve ser majorada em 1/6 (um sexto), resultando em **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, bem como **680 (seiscentos e oitenta) dias-multa**, *quantum* que fica definitivamente estabelecido, diante da inexistência de outras causas modificadoras.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir a pena cominada ao paciente para **6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI

Relator