

HABEAS CORPUS Nº 525.329 - RJ (2019/0230022-3)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(**DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE**)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
YONE CORTES DE CASTRO MANSO - RJ224265
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CAIO MARQUES MOREIRA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, sem pedido liminar, impetrado em favor de CAIO MARQUES MOREIRA contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, nos autos da apelação criminal n. 0285091-76.2017.8.19.0001.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de: i) **5 (cinco) anos, 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa**, como incurso nas iras do art. 35, c/c art. 40, IV, ambos da Lei n. 11.343/2006; e ii) **3 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto**, tendo em vista a prática do delito previsto no art. 146 do Código Penal (fls. 58-70).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 15-35.

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a pena-base foi exasperada de forma inidônea.

Sustenta que o fato de paciente integrar facção criminosa é elemento ínsito ao tipo penal.

Aduz que a exasperação está calcada em elementos genéricos.

Pondera que as armas de fogo apreendidas foram utilizadas para majorar a reprimenda na terceira fase (art. 40, IV, da Lei de Drogas), razão pela

qual não podem ser usadas na primeira etapa.

Assere que a pena-base deve ser exasperada na proporção de 1/6 (um sexto).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja fixada a pena-base no mínimo legal e, por conseguinte, abrandado o regime inicial e deferida a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 78-85.

O Ministério Público Federal, às fls. 87-90, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

“HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE. FIAXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDIMENSIONAMENTO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO. PEDIDOS PREJUDICADOS. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.” (fl. 87).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a fixação da pena-base no mínimo legal e, por conseguinte, o abrandamento do regime inicial e

o deferimento da substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Inicialmente, cumpre asseverar que 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 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*” (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

“Segundo se extrai dos autos, Policiais do BOPE faziam incursão na comunidade do Querosene quando se depararam com grupo de pessoas armadas, que efetuaram disparos contra a guarnição e ainda jogaram uma granada na direção deles. Após responderem à injusta agressão, notaram que atingiram um dos agentes, pois percebido um rastro de sangue que conduziu os policiais até o local onde os acusados foram buscar abrigo – a residência da vítima Sra. Aparecida –, que foi feita refém, juntamente com sua filha, sendo necessário que os policiais negociassem a libertação delas. Ao ingressarem no imóvel, encontraram o acusado William ferido por P.A.F e, espalhados pelos cômodos, foram apreendidos: 01 fuzil calibre .556mm, com numeração suprimida, 06 carregadores e 15 munições, 01 pistola calibre .40mm, com numeração suprimida, 01 carregador e 13 munições, 01 coldre, 04 rádios transmissores, 01 caderno contendo anotações relativas ao tráfico de drogas e 01 celular pertencente ao réu Caio, sendo que parte do material foi encontrada em mochila que os policiais alegaram ser portata por Caio durante a perseguição.

[...]

Segundo se extrai dos fundamentos elencados, valorou o sentenciante a exacerbada culpabilidade por se encontrarem os acusados associados a facção criminosa “Amigos dos Amigos”, ainda mais exercendo a função de “contenção”, quando são notórios os confrontos armados realizados por membros dessa malta contra policiais que buscam arrefecer seu domínio, o que encontra amparo jurisprudencial, razão pela qual, não se divisa reparos a serem efetuados. Frise-se que no caso concreto, conforme bem sopesado na sentença, os acusados foram flagrados instantes após o confronto armado na Comunidade na posse de duas armas de uso restrito – 01 fuzil de calibre

.556mm e 01 pistola Taurus –, carregador e munições de mesmos calibres, o que justifica a exasperação implementada.

[...]

Em relação ao quantum de aumento efetuado (02 anos), e considerando-se o intervalo de pena fixado pelo legislador no preceito secundário do tipo penal em comento (mínimo de 03 e máximo de 10 – intervalo de 07 anos), não se afigura nenhuma desproporcionalidade ou inadequação, razão pela qual se mantém a pena-base em 05 anos de reclusão e pagamento de 850 dias-multa.

[...]

Ao contrário do alegado pela defesa de Caio, embora o magistrado de piso tenha na primeira fase justificado o aumento da pena- base pelo fato de terem sido apreendidas armas de fogo de grosso calibre e de uso restrito e na terceira fase reconhecido a majorante do art. 40, inciso IV, da Lei de Drogas, não há que se falar em bis in idem. É que a fração de aumento utilizada na terceira fase se deu no mínimo legal, isto é, um sexto (1/6), o que denota que nessa fase deixou de ser procedida a análise qualitativa do material apreendido – alto poder lesivo dos armamentos.

[...]

Por fim, quanto ao regime prisional, observa-se que restou comprovado nos autos que os acusados integram violenta facção criminosa (“Amigos dos Amigos”), exercendo as funções de “contenção”, sendo certo que, após o confronto armado com os agentes da lei, os réus foram encontrados na posse de 01 fuzil calibre .556mm, com numeração suprimida, 06 carregadores e 15 munições, 01 pistola calibre .40mm, com numeração suprimida, 01 carregador e 13 munições, ambos os artefatos de alto potencial lesivo, que justificaram o aumento em suas penas-bases, devendo ser mantido o regime fechado para cumprimento de pena, nos exatos termos do artigo 33, § 3º do Código Penal” (fls. 20-35, grifei).

Com efeito, não há utilização de elemento integrante do tipo para majorar a pena-base. Isso porque foi levado em consideração a participação do paciente em organização criminosa altamente sofisticada e de larga abrangência – “Amigos dos Amigos”. Além disso, as instâncias ordinárias levaram em conta a função exercida pelo acusado na referida organização delitiva – “contenção” -, missão que conduz a diversos confrontos com os policiais.

Nesse sentido:

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS

CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CRIME DE RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS E CULPABILIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

3. Na espécie, consoante a análise das provas acostadas aos autos, foram apontados elementos concretos aptos a justificar a exasperação das reprimendas básicas acima do mínimo legal, notadamente diante das circunstâncias e da culpabilidade do agente, sobretudo em razão do *modus operandi* dos delitos, tendo em vista que foi devidamente comprovado o vínculo associativo com organização criminosa (ADA - Amigos dos Amigos), com o desempenho da função de "contenção" (segurança) exercida pelo acusado. Ademais, o disparo de diversos tiros contra as autoridades policiais demonstrou uma maior reprovabilidade e ousadia de sua conduta com menosprezo aos bens jurídicos tutelados pelas normas.

4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC n. 380.383/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 14/11/2017, grifei)

No mais, não há se falar em **bis in idem** no agravamento da pena-base pelo uso de arma de fogo e a majoração na terceira fase de 1/6 (um sexto) por ocasião da incidência do inciso IV do art. 40 da Lei de Drogas. Isso porque o paciente foi preso na posse de várias armas e munições de uso restrito. Tal circunstância reclama maior censura, tendo em vista o maior desvalor da conduta ao portar arma de alta lesividade. Observe-se que, na terceira fase da dosimetria da pena, a causa de aumento de pena foi aplicada em seu patamar mínimo, a demonstrar que a circunstância de o agente portar armas de uso restrito não foi levado em conta nessa operação. Assim, na primeira fase, a ofensividade e a reprovabilidade do armamento apreendido foram sopesados, restando para a terceira etapa o simples fato de usar arma de fogo. Em outras palavras, a qualificação do armamento foi valorada na primeira etapa, enquanto a fato de portar a arma ponderado na terceira.

Quanto à afirmação de que a exasperação da pena-base foi realizada

de forma desproporcional e acima da fração de 1/6 (um sexto), assinala-se que a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de **1/6 (um sexto)** para aumento ou diminuição da pena pela **incidência das agravantes ou atenuantes genéricas**, e não pela incidência de **circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal**, como defende a impetração.

Nesse sentido o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REDUÇÃO DA PENA-BASE, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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. Precedentes.

3. No caso, a redução da pena-base em 3 meses, pela atenuante da menoridade, foi menor que a fração comumente usada de 1/6 e sem a apresentação de qualquer fundamentação, o que demonstra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o semiaberto" (HC n. 386.005/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/3/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE.

POSSIBILIDADE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ATENUANTE DA MENORIDADE. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA ESCOLHA DE FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 (UM SEXTO). PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. 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 evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

II - No presente caso, há flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, pois não houve fundamentação idônea para desabonar a culpabilidade e os antecedentes. Ademais, o comportamento da vítima é circunstância judicial neutra, não podendo ser valorada em desfavor do réu, mas em seu benefício quando ela, de alguma forma, contribui para o cometimento do crime.

III - De igual modo, mostra-se flagrantemente desproporcional a redução da pena pela menoridade do paciente em apenas 6 (seis) meses - o que representava 1/37 (um trinta e sete avos) da pena-base -, devendo ser fixada a fração paradigma de 1/6 (um sexto), ante a ausência de motivação para a incidência em patamar inferior.

IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado. Precedentes.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 370.184/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 22/5/2017).

Ademais, é cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme

seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, **dentro da discricionariedade juridicamente vinculada**, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no **caput** do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; **antecedentes**; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Além disso, não se admite a adoção de um **critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, **como ocorreu no presente caso**.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REAL ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS, INCLUSIVE AS CRIANÇAS. TERCEIRA FASE. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há ilegalidade na fixação da pena-base se o Juiz justificou concretamente a medida em razão das consequências do delito, dado o abalo emocional sofrido pelas vítimas, inclusive as crianças, mantidas sob a mira de revólver municiado, engatilhado e manuseado pelo agente com dedo no gatilho. Não se trata de presunção ou motivação abstrata, mas de

concreta justificativa. O Tribunal de origem inclusive destacou que a família submete-se a tratamento psiquiátrico desde os fatos até a atualidade, indicando os reflexos no cotidiano das crianças, que sofrem dificuldade de sono e sensação de medo constante. Considerando o mínimo e o máximo previsto para o tipo penal, não se constata desproporcionalidade. **Esta Corte já decidiu que o quantum de acréscimo não depende da quantidade de circunstâncias judiciais, mas sim de adequada motivação. Não se trata de critério matemático.**

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria requer a devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.

3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reduzir a pena aplicada aos pacientes para 8 (oito) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão" (HC n. 387.992/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/5/2017 - grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R\$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em

abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido" (AgInt no HC n. 377.446/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 20/4/2017 - grifei).

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Os artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil/73, aplicável subsidiariamente na área penal, autorizam ao relator apreciar de forma unipessoal recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que se negou provimento ao agravo em recurso especial pois a pretensão recursal exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inexistindo, portanto ofensa ao princípio da colegialidade.

HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTE DOS AUTOS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO EXPLICITADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na condenação, atento às peculiaridades do caso, deve o magistrado sentenciante guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no "caput" do artigo 59 do Código Penal, inexistindo critério puramente objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador.

2. Utilizada fundamentação concreta para a majoração da pena-base a título de culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime, não há irregularidade na dosimetria da pena.

3. Não há vício no acórdão recorrido que explicita os fundamentos adotados na sentença condenatória ensejadores da majoração da pena-base.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 759.277/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/8/2016 - grifei).

No que concerne ao regime inicial, cumpre destacar que *"é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais*

gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo" (HC n. 452.147/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 14/08/2018).

No caso, a Corte de origem levou em consideração a participação do paciente em organização criminosa altamente sofisticada, violenta e de larga abrangência – “Amigos dos Amigos”, a função exercida pelo acusado na referida organização delitiva – “contenção” -, o confronto com os policiais e a apreensão de armas e munições de uso restrito.

Portanto, nota-se a presença de elementos concretos para a imposição de regime mais gravoso, não se restringido a fundamentação a considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime.

Por fim, o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos está prejudicado ante a permanência do **quantum** de pena aplicado.

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

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

P. e I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator