

HABEAS CORPUS Nº 525.770 - SP (2019/0232459-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE LUIZ DA SILVA LOURENCO (PRESO)
PACIENTE : ALESSANDRO EUZEBIO RODRIGUES SOARES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, sem pedido liminar, impetrado em favor de ALEXANDRE LUIZ DA SILVA LOURENÇO e ALESSANDRO EUZEBIO RODRIGUES SOARES contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0000044-39.2018.8.26.0535.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa**, como incursos nas iras do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 22-32).

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. 56-68.

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

Aduz que o cometimento do crime “*durante a manhã, à plena luz do dia*” não é fundamento idôneo a justificar maior desvalor da ação.

Assere que a circunstância de que o delito ter sido prático “*à mão armada*” se confunde com a majorante do emprego de arma, configurando **bis in idem**.

Superior Tribunal de Justiça

Pondera que “o fato de ser 'contra uma família composta por dois idosos (de 61 e 63 anos e idade) e uma criança de 04 anos de idade' está englobado na agravante reconhecida na segunda fase da dosimetria, o que configura também **bis in idem**” (fl. 5).

Sustenta que o tempo em que as vítimas tiveram a liberdade restringida foi curto, situação que não configura a causa de aumento de pena, muito menos justifica a exasperação da pena-base.

Defende que os atos infracionais não têm o condão de caracterizar maus antecedentes.

Menciona que ações penais em andamento não configuram maus antecedentes, nos termos da Súmula 444 do STJ.

Alega que condenações anteriores não podem adjetivar negativamente a personalidade dos réus.

Obtempera que as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade devem prevalecer sobre a agravante relativa à idade das vítimas. Isto é, na segunda fase, deve haver diminuição da reprimenda, e não mera compensação.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja diminuída a pena-base e a sanção da segunda fase da dosimetria da pena.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 80-118.

O Ministério Público Federal, às fls. 120-125, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer sem ementada.

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: i) o redimensionamento da pena-base; e ii) a diminuição da reprimenda na segunda fase.

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:

“Apenamento criterioso, nada havendo que alterar.

Bases fixadas com adequado acréscimo de 1/2, face às circunstâncias e consequências do delito, bem como às 'personalidades deformadas' dos acusados que “...apresentam vasto histórico de delitos, envolvidos com a criminalidade desde menores. O acusado ALEXADRE, com apenas 20 anos de idade, teve a proeza de cometer seu sexto roubo. Nas cinco oportunidades anteriores, como menor, cumpriu vários anos de internação em diversas unidades da Fundação Casa. O acusado ALESSANDRO também ostenta outras passagens quando menor por roubo, permanecendo internado na Fundação Casa por um ano e meio.

Aliás, os acusados se conheceram quando estava internados.

Quando completaram a maioridade, como era de se esperar, os acusados não abandonaram a criminalidade. ALEXADRE já foi preso por porte ilegal de arma de fogo e cumpria medidas cautelares quando cometeu a presente tentativa de roubo (certidão de fls. 133/134). ALESSANDRO, por sua

vez, ostenta condenação em Primeiro Grau por roubo duplamente qualificado, ficou preso um ano e meio e, beneficiado com a malfadada 'saidinha' de Natal, praticou novo assalto (certidão de fls. 135/136). Como se vê, os acusados fazem da prática de assaltos seu meio de vida.”, como bem fundamentou o d. Magistrado sentenciante (f. 189).

Tudo em plena consonância com o disposto no art. 59, do Código Penal.

E ao contrário do alegado pela defesa agiu acertadamente a origem ao compensar o aumento pela agravante da idade das vítimas (art. 61, II, “h”, do Código Penal) com as atenuantes da confissão e da menoridade relativa dos acusados à época dos fatos (art. 65, I e III, “d”, do Código Penal).

Nesse sentido, bem ponderou o d. Procurador de Justiça oficiante nos autos: 'Ocorre que não deve preponderar uma atenuante sobre uma agravante, principalmente, em se tratando de agravante pessoais referente à idade das vítimas, que aos olhos do direito são mais vulneráveis.' (f. 293)” (fls. 62-63, grifei).

No tocante à consideração de **atos infracionais anteriores** na dosimetria da pena, esta Corte é **uníssona no sentido de que não podem ser sopesados na apuração de maus antecedentes para elevar a pena-base, tampouco para induzir a reincidência.**

A propósito:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO DE MENORES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DOS RESPECTIVOS MÍNIMOS LEGAIS. MÁ CONDUTA SOCIAL. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE ARREPENDIMENTO, ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. PACIENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NA CONDUTA SOCIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Tanto os atos infracionais cometidos anteriormente, quanto ações penais em curso, não podem ser utilizados para elevar a pena-base a título de conduta social, personalidade e maus antecedentes (Súmula 444/STJ).

[...]

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a

ordem de ofício para reduzir as penas a 8 anos, 9 meses e 23 dias de reclusão e 550 dias-multa" (HC n. 373.320/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi cordeiro, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016, grifei).

Em relação à alegação de que os pacientes não ostentam maus antecedentes, não é possível acolher a referida argumentação, pois ela diverge frontalmente da premissa posta pela Corte originária. Em verdade, a alteração do julgado, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do **habeas corpus**.

No que concerne à personalidade, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, **em recente decisão, alterando o seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a **personalidade** do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua **conduta social** inadequada.

Contudo a hipótese dos autos não essa. Conforme relatado pelo Tribunal de origem, o paciente Alexandre cometeu o delito de roubo circunstanciado, enquanto cumpria medidas cautelares designadas por ocasião de outro procedimento que apura a prática de roubo tentado. Já o paciente Alessandro, após ficar preso por uma ano e meio, por ocasião de saída temporária no período no Natal, praticou novo assalto. Assim, não se considerou desfavoráveis as personalidades pela simples prática de infração penal **pretérita**. Em verdade, **a prática delitiva durante o gozo de benefício atinente à execução penal e o cumprimento de medida cautelar** demonstra o despreço dos réus pela ordem jurídica, a **revelar a sua personalidade arredia à organização social e à autoridade do Poder Judiciário**.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR. POSSIBILIDADE. PERSONALIDADE. QUATRO CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. BIS IN IDEM. NÃO

OCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PACIENTE FORAGIDO. COMETIMENTO DO DELITO NO GOZO DE SAÍDA TEMPORÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA.

[...]

3. *De acordo com a jurisprudência desta Casa, a prática do crime por réu foragido ou quando em gozo de saída temporária demonstram desvio de caráter comportamental, justificando a exasperação da reprimenda básica. Precedentes.*

4. *Habeas corpus denegado.*” (HC n. 447.340/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe 29/05/2018, grifei).

“PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. EXASPERAÇÃO PELA CONDUTA SOCIAL DECOTADA. READEQUAÇÃO DA PENA DEFINITIVA. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. *A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, a fim de que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais. No caso, o réu cometeu o presente crime durante o gozo do benefício penal da saída temporária, o que é indicativo de personalidade criminosa, além do desprezo pelo caráter educativo da execução penal e pelo seu objetivo de ressocialização.*

[...]

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena definitiva em 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente em regime semiaberto, salvo se, por algum motivo, não estiver descontando pena em regime mais severo.*” (HC n. 298.130/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 14/08/2017, grifei).

“PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MOTIVAÇÃO **PER RELATIONEM**. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. DOSIMETRIA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONHECIMENTO DA NATUREZA ANTIJURÍDICA DA CONDUTA QUE NÃO JUSTIFICA

*O INCREMENTO DA REPRIMENDA PELA CULPABILIDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO VALORADA A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. **BIS IN IDEM** EVIDENCIADO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME PRÓPRIAS AO TIPO PENAL INCRIMINADOR. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E PERSONALIDADE DO RÉU MANTIDAS. **WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.***

[...] De igual modo, a personalidade do réu foi reconhecida como desfavorável por ter praticado a conduta enquanto gozava o benefício do livramento condicional, o que justifica o incremento da sanção a ele imposta.

[...]

*10. Writ não conhecido e **habeas corpus** concedido, de ofício, tão somente para estabelecer a pena-base em 16 (dezesesseis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.” (HC n. 365.593/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 19/12/2016, grifei).*

Quanto às alegações de inidoneidade dos demais fundamentos utilizados para exasperar a pena-base, a saber: i) o cometimento do crime “*durante a manhã, à plena luz do dia*”; ii) o delito ter sido prático “*à mão armada*”; iii) a utilização do fato de o delito ter sido cometido contra idoso e criança, circunstância configuradora de agravante na segunda fase; e iv) o curto o período de tempo em que as vítimas tiveram a liberdade restringida, observa-se que as referidas teses não foram enfrentadas pela eg. Corte de origem.

Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre **os referidos temas** expostos na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre as matérias, sob pena de incorrer em **indevida supressão de instância**.

Perfilhando esse entendimento, trago os seguintes julgados:

*“**HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA***

FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido.” (HC n. 480.651/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe 10/04/2019, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESCRÉDITO NO SERVIÇO REGISTRÁRIO MAIOR DO QUE A LESÃO INERENTE AO FALSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440 E 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 2. O capítulo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não foi devolvido para o Tribunal a quo, nem por ele apreciado. Como não há decisão de órgão colegiado, é inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.” (HC n. 339.352/SC, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, DJe 28/08/2017).

Por fim, **no que se refere ao pleito de redução na segunda fase da dosimetria da pena**, frise-se que a Estatuto Repressor não estabelece parâmetros aritméticos para a diminuição das agravantes, muito menos quando há mais uma a incidir. Nessa senda, cabe ao magistrado, de forma discricionária, atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, fixar o **quantum** que se ajuste

melhor a situação em análise.

Na hipótese em foco, diante da incidência de duas atenuantes – confissão espontânea e menoridade relativa – e de uma agravante – a idade das vítimas (art. 61, II, “h”, do Código Penal), as instâncias ordinárias procederam a compensação.

Contudo, a estrita compensação operada merece ser revista. Sem embargo da possível discussão sobre a natureza da agravante prevista no art. 61, II, “h”, do Código Penal, observa-se a incidência de duas atenuantes - confissão espontânea e menoridade relativa - preponderantes, nos termos do art. 67 do Código Penal. Desse modo, na segunda fase, para além da compensação, é necessária a atenuação da reprimenda.

Nessa linha:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE. BIS IN IDEM EVIDENCIADO. INCIDÊNCIA DE DUAS ATENUANTES E DE AGRAVANTE. REDUÇÃO DA PENA DE 1/6 CABÍVEL. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. RECONHECIMENTO COM BASE EM PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE PENA REVISTO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

7. No caso, restou reconhecida a presença de duas atenuantes - menoridade relativa e confissão espontânea - e da agravante do art. 61, II, “h”, do CP. Nesse passo, procedida à compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante etária, remanesce a atenuante da menoridade

relativa a ser sopesada, sendo, portanto, cabível a redução de 1/6.

[...]

10. **Writ** não conhecido e ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda a 6 anos e 8 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório” (HC n. 525.851/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 30/09/2019, grifei).

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE DO AGENTE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXASPERAÇÃO EM 1/6 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. CONCURSO ENTRE AS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DO CRIME COMETIDO CONTRA CRIANÇA. REDUÇÃO EM 1/6 DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Embora não haja uma operação aritmética, na qual se atribua pesos absolutos para cada uma das circunstâncias judiciais, sendo reservado ao julgador o exercício da discricionariedade vinculada, razão pela qual a escolha do quantum de pena a ser aplicado será determinado principalmente pelas particularidades do caso concreto, a jurisprudência desta Corte tem entendido razoável e proporcional a fração de aumento de 1/6 para cada circunstância judicial.

5. Existindo duas circunstâncias atenuantes - confissão espontânea e menoridade relativa -, e sendo reconhecida a incidência de apenas uma agravante - crime cometido contra criança -, não há como valorar as agravantes e atenuantes em igual proporção, como fez a Corte de origem, sobretudo considerando que as atenuantes em questão são circunstâncias preponderantes por serem relacionadas à personalidade do agente, nos termos do art. 67 do Código Penal.

[...]

8. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida,

de ofício, para redimensionar a pena do paciente referente ao crime de roubo majorado para 5 anos, 11 meses e 3 dias de reclusão, e pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado” (HC n. 505.435/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 17/06/2019, grifei).

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO QUALIFICADA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. COMPENSAÇÃO ENTRE DUAS ATENUANTES E UMA AGRAVANTE, TODAS PREPONDERANTES. ILEGALIDADE CONFIGURADA. REDUÇÃO PROPORCIONAL. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DE ROUBO E EXTORSÃO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE SUPERIORES A 8 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Incidentes duas atenuantes em cotejo com uma única agravante, todas preponderantes, resulta cabível a redução da pena no proporcional patamar de 1/6, na segunda fase da dosimetria. Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas dos pacientes” (HC n. 344.832/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares Da Fonseca**, DJe 29/02/2016, grifei).

“HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LATROCÍNIO CONSUMADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TESE DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

[...]

4. As circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea prevalecem sobre as demais, conforme posicionamento deste Superior Tribunal de Justiça. Assim, correta a redução operada na segunda fase da dosimetria penal, em que o magistrado, reconhecendo igualmente a presença da agravante do motivo fútil, reduziu em 1 (um) ano a pena-base do Paciente.

[...]

7. *Ordem de habeas corpus denegada*” (HC n. 202.943/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 04/09/2013, grifei).

Nesse contexto, **mantendo os critérios dosimétricos empregados pelas instâncias ordinárias**, passo ao recálculo das penas. Em função da situação jurídico-processual de cada paciente ser semelhante, inexistindo particularidade que reclame tratamento distinto, realizo apenas um cálculo dosimétrico para ambos os réus.

Na primeira fase, a despeito de reconhecer a inidoneidade da utilização de atos infracionais para configurar maus antecedentes, deixo de alterar a reprimenda cominada pelas instâncias ordinárias nessa etapa. Isso porque há outras circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, as quais são suficientes para manter a exasperação empregada (1/2 - um meio).

Registre-se que o art. 59 do Código Penal não atribui pesos igualitários para cada uma das circunstâncias judiciais ali previstas, de modo a requerer uma operação aritmética ente o mínimo e o máximo de pena cominado. Assim, é possível que seja fixada a pena-base no máximo legal, mesmo que haja apenas uma circunstância judicial desfavorável, desde que o magistrado adote fundamentação apta a justificar tal medida.

Confirmam-se os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA (460Kg DE MACONHA). ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. QUANTUM DE INCREMENTO. DISCRICIONARIEDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Esta Corte possui o entendimento de que "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 aos elementos concretos dos autos" (AgInt no HC 352.885/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/6/2016). Nessa toada, é possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 6/5/2015).

[...]

4. Habeas corpus não conhecido." (HC n. 486.095/MS, Quinta Turma, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 29/04/2019).

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LATROCÍNIO TENTADO. PENA CORPORAL TOTAL DE 18 ANOS DE RECLUSÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRETENSE APLICAÇÃO DA "TEORIA DO TERMO MÉDIO". OPERAÇÃO ARITMÉTICA. DESCABIMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE LASTREADA EM DADOS CONCRETOS. PENA MANTIDA EM RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. INEXISTÊNCIA DE COAÇÃO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- A individualização da pena, na primeira fase da dosimetria, não está condicionada a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador. Precedentes.

- Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria, mediante suposta inobservância à "teoria do termo médio", na medida em que, no caso, a exasperação da pena-base pautou-se em circunstâncias concretas e que denotam o maior desvalor da ação, como as condenações definitivas anteriormente impostas ao paciente, as circunstâncias e as consequências do crime.

[...]

- Habeas corpus não conhecido." (HC n. 367.846/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares Da Fonseca, DJe 14/10/2016, grifei).

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. DOSIMETRIA. DESPROPORCIONALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO.

VALORAÇÃO DE VÁRIOS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO PURAMENTE MATEMÁTICO. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Tratando-se de três antecedentes, mostra-se correta a elevação da pena-base em patamar maior, observando-se, dessa forma, existirem elementos concretos que justificam o acréscimo na forma que se verificou. Ademais, "a individualização das reprimendas, na primeira fase de dosimetria, não está condicionada a um critério puramente matemático". (AgRg no AREsp 288.127/MG, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme, DJe 11/11/2014).

*2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 649.379/RS, **Quinta Turma**, de minha relatoria (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), DJe 13/05/2015, grifei).*

Na segunda fase, tendo em vista a incidência de duas atenuantes – confissão espontânea e menoridade relativa – e de uma agravante – a idade das vítimas (art. 61, II, “h”, do Código Penal), diminuo a sanção em 1/6 (um sexto), de modo a reduzir a pena para o patamar de 5 (cinco) anos de reclusão e 13 (trezes) dias-multa.

Na última etapa, na esteira do entendimento encampado pelas instâncias **a quo**, opero o acréscimo de 3/8 (três oitavos), em função do roubo duplamente circunstanciado. Assim, a reprimenda é alçada para 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais o pagamento de 17 (dezessete) dias-multa. Em razão da tentativa, minoro a pena em 1/3 (um terço), motivo pelo qual a sanção é reduzida para **4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias de reclusão**, medida que torno definitiva à míngua de outras causas de aumento ou de diminuição de pena.

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

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão-somente, para fixar a pena dos pacientes - ALEXANDRE LUIZ DA SILVA LOURENÇO e ALESSANDRO EUZEBIO RODRIGUES SOARES – em **4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias de reclusão**.

Superior Tribunal de Justiça

P. e I.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2019.

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

Relator