HABEAS CORPUS Nº 527.427 - SP (2019/0242238-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE	:	FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER
ADVOGADO	:	FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	THOMAS ROGER SA DOS SANTOS
PACIENTE	:	FELIPE APARECIDO DA SILVEIRA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de FELIPE APARECIDO DA SILVEIRA e THOMAS ROGER DE SÁ DOS SANTOS contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 1503724-86.2017.8.26.0536.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, como incurso nas iras do art. 155, § 4°, III e IV, do Código Penal, às penas de: i) Felipe – **5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 40 (quarenta) dias-multa**; e ii) Thomas - **4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 30 (trinta) dias-multa** (fls. 10-13).

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. 14-24.

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a pena-base foi majorada sem nenhum critério.

Aduz que *"o aumento de reprimenda penal jamais se deve pautar no simples número de majorantes ou qualificadoras presentes no caso concreto, devendo cada uma das circunstâncias que envolve o delito ser devidamente analisada pelo Magistrado a fim de justificar a exasperação*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

penal" (fl. 29).

Menciona ser impossível considerar o número de qualificadoras para exasperar a pena-base.

Aponta erro na dosimetria já que a sanção foi majorada na primeira e na segunda fase, diante da presença de duas condenações anteriores.

Obtempera que a personalidade não pode ser considerada negativa, já que não há laudo técnico a justificar tal adjetivação.

Defende a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Assere que o regime inicial mais gravoso foi fixado com a base na gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja readequada a pena e fixado o regime inicial semiaberto aos pacientes.

A liminar foi **indeferida** (fls. 49-50).

Informações prestadas às fls. 56-88.

O Ministério Público Federal, às fls. 90-94, 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**.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

Conforme relatado, busca-se na presente impetração o redimensionamento da reprimenda e a fixação do regime inicial semiaberto aos pacientes.

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:

"Nesse contexto, os dois inculpados, perquiridos pelos agentes individualmente, deram versões absolutamente dissonantes, incidiram em muitas contradições, ***até que, finalmente, em coro, confessaram rapina em série naquelas plagas****.*

Destarte, inegável o valor probatório da confissão extrajudicial quando entrosada com outros elementos de convicção, como por exemplo, as máximas da experiência e a prova indiciária *(MAGALHÃES NORONHA, Curso de Direito Processual Penal, 3ª ed., Saraiva, nº 65, p. 119; JOSÉ FREDERICO MARQUES, Elementos de Direito Processual Penal, 1ª ed. atualizada, 1997, v. II, p. 303; ADALBERTO Q. T. CAMARGO ARANHA, Da Prova no Processo Penal, 3ª ed., Saraiva, 1994, cap. XVIII, nº 4, p. 195; RT 715/481, 724/712, 725/667, 729/583, 742/605 e 752/632).*

[...]

O agravamento da pena-base é dado com motivação concreta (fls. 189 e 190), valendo anotar que Felipe foi apenado mais severamente porque, em adição às circunstâncias pontilhada para Thomas, tem maus antecedentes*. Inequívoco que os dois corréus têm a personalidade voltada para senda do crime. Orienta CEZAR ROBERTO BITTENCOURT, 'deve-se analisar conjunto do comportamento do agente em seu meio social, na família, na sociedade, na empresa, na associação de bairro etc. Embora sem antecedentes criminais indivíduo pode ter vida recheada de deslizes, infâmias,*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

imoralidades, reveladores de desajuste social' (Tratado de Direito Penal, Saraiva, 9 ed., 2004, p. 610).

Delineou-se o grau de intensidade da reprovação penal. Isto ficou patente no processo e, analisando a intensidade de reprovação, maior é a reprovação do agir dos expiados. ***Sobejam indícios que os corréus integrem organização criminosa especializada na captação de veículos para serem rapinados na Baixada Santista****.* ***Este marginal tem por hábito cometer uma série de crimes numa única noite. Por certo que são ladrões profissionais e, assim, devem ser punidos exemplarmente****.*

Nesse sentido, confira-se a obra: EUGENIO RAUL ZAFFARONI e JOSÉ HENRIQUE PIERANGELI, Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, vol. 04, RT, 2002, p. 830. D'onde se extrai a lição de que, no tocante à reprovabilidade, quanto maior for o esforço que o sujeito deva fazer conhecer a norma, menor será a censura de sua conduta, e vice-versa. Isto, por sinal, só reforça o traço de má personalidade, porque mostra distorção moral, tal como leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Individualização da pena, RT, 2005, p. 207) ao enfrentar aspectos negativos da personalidade.

O doutrinador VICTOR EDUARDO RIOS GONÇALVES orienta-nos que conduta social engloba o relacionamento que o agente tem com a coletividade, ao passo que, ao se aferir personalidade, deve o fixador da pena levar em conta o comportamento do infrator no dia a dia, bem como seu caráter e, principalmente, a periculosidade. ***Portanto, as informações colhidas na instrução são aptas a demonstrar multiplicidade de circunstâncias negativas do furão habitual*** *e, nesse contexto, lídimo o rigor infligido (Direito Penal Esquematizado: Parte Geral. 2ª ed, Saraiva, 2013, p. 539).*

[...]

Não se perca de vista que a elementar sobressalente também foi considerada como circunstância judicial desfavorável, apta para altear a reprimenda, de sorte que há elementos reunidos que autorizam o rigor lançado*.*

[...]

Noutro giro, dosimetria da pena não tem critério cartesiano ou de proporcionalidade porque afrontaria o princípio da individualização da pena e, notadamente, isonomia, tratando igualmente réus em situação desigual*. Portanto, em se cuidando de furões com enfileiramento em facção marginal, recalcitrantes, devem punidos de forma rigorosa e exemplar. Nesse contexto, os pedidos para mitigação da pena, com a devida vênia, afrontam o bom senso e a efetividade aos princípios precitados (individualização da pena e isonomia).*

De outra banda, inobstante orientação do Superior Tribunal de Justiça sob o rito dos recursos repetitivos sobre a matéria, prevalente a renitência sobre a confissão, na forma do art. 67 do Código Penal, uma vez que a decisão hostilizada afina-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que há preponderância da reincidência*. A prevalecer, em tal cenário, com a devida vênia, a interpretação que se dá à*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

matéria sob a ótica constitucional. A este teor, confiram-se precedentes da Suprema Corte: HC 101.861/MS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO; RHC 110.727, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; HC 105.543/MS, Rel. Min. ROBERTO BARROSO; ROC 120.677/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI; RHC 118.107/MG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI; RHC 115.994/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA; HC 112.830/AC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI; RHC 111.454/MS, Rel. Min. LUIZ FUX; HC 108.138/MS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA.

O regime fechado é inarredável por conta da reincidência. Com efeito, renitente em crime doloso deve obrigatoriamente iniciar o cumprimento da pena no regime mais gravoso*. A doutrina, por sinal, alinha-se com este entendimento. Com efeito, referindo-se ao art. 33, §2º, diz o jurista DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS: "nas hipóteses 'b' e 'c', o condenado reincidente inicia o cumprimento da pena em regime fechado" (Direito Penal, I, 12ª ed., Saraiva, 1988, p. 460). Da mesma maneira ensina o saudoso MIRABETE: "obrigatoriamente sujeitos ao regime fechado, no início do cumprimento da pena, os condenados à reclusão os reincidentes ou cuja pena seja superior a oito anos" (Manual de Direito Penal, I, 6ª ed., Atlas, 1991, p. 245).*

Ademais, trata-se de habituais infratores que ainda tem contra si, afora renitência, circunstâncias judiciais desfavoráveis*. A este teor, confira-se o precedente: "O regime fechado foi estabelecido levando-se em consideração a reincidência do réu, além da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, de modo que o entendimento não destoa da jurisprudência deste Tribunal" (AgInt no AREsp 824841/RJ, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJ de 13/06/2016)"* (fls. 18-24, grifei).

A jurisprudência deste Tribunal Superior entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada.

No que se refere à ocorrência de **bis in idem**, segundo a jurisprudência do STJ, as condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase quanto para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de **bis in idem**, desde que as condenações sejam de fatos diversos.

A propósito:

"PENAL. ***HABEAS CORPUS*** *SUBSTITUTIVO DE*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (DUAS VEZES). ABSORÇÃO DAS CONDUTAS DE POSSE DE ARMAMENTO PELA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, IV, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AUMENTO DAS PENAS-BASES. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE E DO MATERIAL BÉLICO. CONDENAÇÕES ALCANÇADAS PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. INADMISSIBILIDADE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CARACTERIZADA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA IGUALMENTE PREPONDERANTE À AGRAVANTE DO ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. ***WRIT*** *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

7. ***É firme o entendimento desta Corte Superior de que, em se tratando de agente que ostenta mais de uma condenação definitiva anterior, não configura bis in idem nem ofensa à Súmula 241 do STJ a utilização de anotações criminais distintas na primeira e segunda etapa da dosimetria para reconhecer, respectivamente, os maus antecedentes e a agravante de reincidência. Precedentes.***

[...]

12. ***Habeas corpus*** *não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-bases dos delitos de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de uso restrito, bem como para compensar integralmente a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência com relação ao delito do art. 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, ficando a sanção definitiva em 17 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 843 dias-multa, mantido o regime inicial fechado"* (HC n. 304.411/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 10/05/2018, grifei).

Ciente disso, **primo ictu oculi**, não se vislumbra o **bis in idem** sugerido nas razões da impetração. Entender de forma diversa reclama transbordar os contornos traçados pela Corte de origem, o que inevitavelmente acarretaria no reexame de provas, situação interditada na via eleita.

De outro lado, cumpre destacar que, "*reconhecida a incidência*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

de duas ou mais qualificadoras, uma delas poderá ser utilizada para tipificar a conduta como delito qualificado, promovendo a alteração do ***quantum*** *de pena abstratamente previsto, sendo que* ***as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial, na primeira fase da etapa do critério trifásico, se não for prevista como agravante"*** (HC n. 308.331/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 27/03/2017, grifei).

Como exposto pela Corte paulista, **uma das qualificadoras foi utilizada na primeira fase e a outra na terceira fase**. Desta feita, observa-se ser lídimo o aumento operado na pena-base, levando-se em consideração uma das qualificadoras. Inexiste, portanto, nenhuma ilegalidade a ser reparada.

No que concerne à personalidade, assinale-se que *"a valoração negativa da personalidade do agente exige a existência de elementos concretos e suficientes nos autos que demonstrem, efetivamente, a maior periculosidade do réu aferível a partir de sua índole, atitudes, história pessoal e familiar, etapas de seu ciclo vital e social, etc., sendo prescindível a existência de laudo técnico confeccionado por especialistas nos ramos da psiquiatria e psicologia para análise quanto a personalidade do agente"* (AgRg no REsp n. 1301226/PR, **Sexta Turma**, Rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, DJe 28/03/2014).

Veja-se:

> *"**HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DOSIMETRIA DA PENA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO ILEGAL. VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 444/STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. **WRIT** CONCEDIDO DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *3. **A "personalidade" prevista no art. 59 do Código Penal como circunstância judicial não se confunde com o polêmico conceito de personalidade advindo da psicologia.***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

> ***Seria ingenuidade supor que o legislador, ciente de que as discussões mais profundas dessa área de conhecimento fogem à rotina dos magistrados, preveria a referida circunstância objetivando, em cada processo, o exercício de algo como uma sessão psicanalítica para desvendar a personalidade do acusado. Para os fins do direito o alcance semântico do termo é muito mais humilde - e, inexistindo declaração de inconstitucionalidade da norma, ela deve ser aplicada -: a insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade são deduzidas a partir do modo de agir do agente, isto é, a partir do exame de fatos concretos devidamente noticiados nos autos, capazes de extravasar a inerência ao tipo penal. Em outros termos, sua aferição somente é possível se existirem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre a questão.***
>
> *[...]*
>
> *5. Ordem de* ***habeas corpus*** *não conhecida.* ***Writ*** *concedido de ofício, para reconhecer ilegalidade na valoração da personalidade do agente e, por conseguinte, reduzir a pena aplicada"* (HC n. 278.514/MS, **Quinta Turma**, Rel.ª Min.ª **Laurita Vaz**, DJe 28/02/2014, grifei).

Pontue-se, ainda, que *"a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar 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"* (AgRg no HC n. 406.374/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 08/05/2018).

Contudo, a hipótese em foco é outra.

Observa-se que a valoração da personalidade não busca reprovar a identidade psicológica do réu, a qual goza de proteção, haja vista ser elemento decorrente do desdobramento do direito constitucional da dignidade humana (art. 1°, III, da Constituição Federal). Em verdade, ao se analisar a personalidade do acusado, procura-se aquilatar o relacionamento do réu diante da **organização social, da ordem jurídica ou da autoridade do Poder Judiciário**.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

Registre-se que não se está a reviver o direito penal do autor que censura a identidade psicológica do réu. Repreensão, mormente, levada a efeito quando a identidade do acusado não se alinha a parâmetros vagos e imprecisos daquilo se entenda, no momento, por uma psique ajustada.

Efetivamente, é possível se aferir a personalidade desfavorável toda a vez que, por meio de **elementos objetivos**, o fato delitivo demonstrar que o agente nutre completo desapreço pela ordem jurídica democrática, especialmente, quando **revelar insensibilidade ou absoluto desprezo contra os bens jurídicos mais caros**. Nesse ritmo argumentativo, saliente-se que a valoração negativa da personalidade deve ser feita de forma parcimoniosa para que não se dê azo ao arbítrio e ao despotismo.

Na espécie, consoante o Tribunal de Justiça bandeirante, a **personalidade** dos pacientes foi considerada **desfavorável** pelo fato de eles **integrarem organização criminosa especializada na subtração de veículos, chegando a cometerem inúmeros crimes em uma única noite**. Isto é, resta claro que os **acusados são completamente arredios à ordem social e à ordem jurídica**, pois **comportam-se de forma sistemática** a agredir **valores constitucionais essenciais**, como a **propriedade privada** (arts. 5°, XXIII e XXIX, e 170, II, da Constituição Federal) e a **valorização social do trabalho** (art. 1°, IV, 5° XIII, 6°, caput, 170, caput, da Constituição Federal).

Pontue-se que, a Corte de origem não levou em conta as práticas delitivas anteriores dos acusados; mas, sim, a conduta atual destes de integrar **organização criminosa especializada na subtração de veículos, com o cometimento de inúmeros crimes em uma única noite**.

De mais a mais, assinale-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:

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

*"**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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

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**.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

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**, Relª. Minª. **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

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

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).

Em relação à segunda fase, o STJ entende que, segundo a orientação sumular n. 545, a confissão espontânea do réu, desde que utilizada para fundamentar a condenação, sempre deve atenuar a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo.

Além disso, convém anotar que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, realizado em 10/4/2013, firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, ***"é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

espontânea com a agravante da reincidência", uma vez que são igualmente preponderantes.

A propósito:

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL NA TERCEIRA FASE. CRITÉRIO MATEMÁTICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA/STJ 443. AGRAVO NÃO PROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *2. Segundo entendimento firmado na Terceira Seção, no julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, 'é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.*
>
> *3. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica, como na hipótese dos autos.*
>
> *4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp n. 1534671/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 22/3/2017).

> *"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E CONFISSÃO. ÚNICA CONDENAÇÃO ANTERIOR. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *I - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, consolidou o posicionamento de que a atenuante da confissão espontânea também é circunstância preponderante, na segunda fase da aplicação da pena, devendo ser compensada com a agravante da reincidência, uma vez que ambas envolvem a personalidade do agente.*
>
> *II - **É possível a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da***

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

reincidência, ainda que esta seja específica, tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado, de acordo com o entendimento desta Corte Superior (precedentes).

III - De todo modo, "[...] as instâncias ordinárias não declinaram qualquer circunstância específica que pudesse obstar a compensação pretendida" (HC n. 353.126/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/9/2016).

IV - O fato de o apenado haver sido detido em flagrante não impede a aplicação da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal. A respeito já decidiu este Superior Tribunal de Justiça que 'a referida atenuante deve ser aplicada em favor do sentenciado ainda que a confissão somente corrobore a autoria delitiva já evidenciada pela prisão em flagrante' (AgRg no HC n. 201.797/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 2/2/2015).

Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 363.566/SP, **Quinta Turma**, de minha relatoria, DJe 1º/2/2017, grifei).

*"**HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). APELAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA DA ADOTADA NA SENTENÇA. PENA INALTERADA.POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO QUALIFICADA. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. RESP N. 1.341.370/MT. RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 543-C DO CPP. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*4. O acórdão impugnado encontra-se em dissonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, segundo a qual a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal - CP) **deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, "d", do CP), ainda que parcial ou qualificada, desde que tal circunstância tenha sido utilizada para lastrear o decreto condenatório, por serem igualmente preponderantes**. Súmula n. 545/STJ.*

***Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a reincidência com a confissão*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

> *espontânea, redimensionando-se a pena do paciente."* (HC n. 367.820/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 28/10/2016, grifei).

Quanto à terceira etapa, alega a defesa que o aumento foi justificado pelo número de qualificadoras. Todavia, o § 4° do art. 155 do Código Penal traz tipo qualificado e não causa de aumento de pena. Aliás, como apontado alhures, uma das qualificadoras foi utilizada na primeira fase e a outra na terceira, em consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Assim, estando a alegação completamente divorciada da realidade dos autos, não há como dar seguimento a este ponto da impetração.

Nesse contexto, **mantendo os critérios dosimétricos empregados pelas instâncias ordinárias**, passo ao recálculo da pena.

Em relação ao réu Felipe Aparecido da Silveira:

Na primeira fase, conservo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 30 (trinta) dias-multa.

Na segunda etapa, promovo a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, motivo pelo qual a sanção permanece inalterada.

Na última fase, à míngua de causas de aumento e de diminuição de pena, torno definitiva a sanção em **4 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 30 (trinta) dias-multa**.

No que toca ao réu Thomas Roger de Sá dos Santos:

Na primeira fase, conservo a pena-base em 3 (três) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Na segunda etapa, promovo a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, motivo pelo qual a sanção permanece inalterada.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

Na terceira fase, à míngua de causas de aumento e de diminuição de pena, torno definitiva a sanção em **3 (três) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa**.

No que diz respeito ao regime inicial, mantenho o modo fechado, tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis em ambos os casos e a reincidência dos agentes, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior.

A propósito:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES ANTERIORES ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE 1/5 JUSTIFICADA PELA UTILIZAÇÃO DE 2 CONDENAÇÕES. REGIME INICIAL FIXADO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E NA REINCIDÊNCIA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *3.* ***Embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência justificam a fixação do regime inicial fechado, segundo a jurisprudência desta Corte, mostrando-se inócua, inclusive, para fins de escolha do regime inicial, a discussão acerca da detração do tempo de prisão provisória (art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP).***
>
> *[...]*
>
> *5. Agravo desprovido."* (AgRg no HC n. 490.175/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe 11/06/2019, grifei).

> *"**HABEAS CORPUS**. PENAL. FURTO SIMPLES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. CABIMENTO. PENA INFERIOR A*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC

QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. ORDEM DE ***HABEAS CORPUS*** *DENEGADA.*

[...]

6. ***Não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu reincidente que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal, ainda que condenado a pena inferior a quatro anos, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal****.*

7. Inexistência de ofensa ao conteúdo da Súmula n.º 269/STJ e das Súmulas n.os 718 e 719/STF, pois devidamente justificada a fixação do regime prisional fechado para o inicial cumprimento da pena do Paciente.

8. Ordem de habeas corpus denegada." (HC n. 479.212/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe 20/05/2019, grifei).

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

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão somente, redimensionar a pena dos pacientes em: i) **4 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 30 (trinta) dias-multa,** para **Felipe Aparecido da Silveira**; e ii) **3 (três) anos de reclusão, mais o pagamento de 20 (vinte) dias-multa,** para **Thomas Roger de Sá dos Santos**.

P. e I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo

(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: FD0AE3CD-2053-45E9-8799-973FAA3389DC