**HABEAS CORPUS Nº 494.414 - SP (2019/0048741-4)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JORGE MUSSI** |
| IMPETRANTE | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADO | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| ADVOGADA | : | MILENA JACKELINE REIS |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE | : | WILLIAM DA SILVA CASTILHO (PRESO) |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de WILLIAM DA SILVA CASTILHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0060539-83.2017.8.26.0050.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 3º, última parte, do Código Penal e no art. 244-B, § 2º, da Lei n. 8.069/1990, às penas de 32 (trinta e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e de 18 (dezoito) dias-multa – e-STJ fls. 44-55.

Inconformada, a defesa interpôs apelação, tendo o recurso sido improvido (e-STJ fls. 61-69).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal porque a pena-base foi majorada sem amparo em fundamentação idônea.

Insurge-se quanto ao patamar de aumento da pena-base em razão das circunstâncias judiciais sopesadas desfavoravelmente e pleiteia sua redução para o mínimo legal.

Na segunda fase, requer a compensação integral entre a confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Requer, ao final, a concessão da ordem para reduzir as reprimendas impostas ao paciente.

Em parecer (e-STJ fls. 76-78), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem de *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 art. 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.



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

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.

Por fim, vale ressaltar que a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena, sendo permitido ao julgador analisar com discricionariedade o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

A fim de delimitar a controvérsia, colhe-se o seguinte excerto do acórdão combatido (e-STJ fl. 68-69):

> *"O réu revela personalidade voltada para a prática de crimes, bem demonstrada pelo seu histórico criminal (fls. 191/205), tanto que registrou faltas no curso da execução e estava foragido quando praticou o delito em questão. Além disso, agiu com indiscutível excesso de dolo, na medida em que ele e seus comparsas premeditaram o crime, pois atraíram a vítima que era "motorista de aplicativo" até o local onde impiedosamente a mataram, quando ela já estava subjugada, com envolvimento de menor e superioridade numérica, razão pela qual a aplicação da pena privativa de liberdade de cada um dos delitos em metade acima do mínimo legal restou bem justificada".*

Da análise do trecho acima transcrito, constata-se que as instâncias ordinárias consideraram desfavoráveis os vetores da culpabilidade, das circunstâncias, das consequências, dos antecedentes e da personalidade e fixaram a pena-base em 30 (trinta) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

No caso em apreço, mostra-se correta a exasperação da pena-base quanto aos antecedentes dos réus, uma vez que as condenações penais transitadas em julgado há mais de 5 anos não prevalecem para fins de reincidência, em observância à previsão do art. 64, inciso I, do Código Penal, contudo, podem ser consideradas como maus antecedentes, nos termos do art. 59 do Código Penal.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados de ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Sodalício:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, INCISOS I, IV, E V, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESENÇA DE QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DE OUTRAS COMO*



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

*CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO. PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS CAPAZ DE ALTERAR O ENTENDIMENTO ANTERIORMENTE FIRMADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.*

*II - Como destacado na decisão agravada, à culpabilidade está devidamente fundamentada pela instâncias ordinárias, haja vista que o réu vitimou pessoa mediante 14 (quatorze) disparos de arma de fogo, o que evidencia periculosidade e violência exacerbadas do agente no cometimento do crime. Ademais, é* ***portador de maus antecedentes, onde a jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo, assim, o aumento da pena-base acima do mínimo legal.*** *As consequências do crime, entendo que a fundamentação é idônea, haja vista que a vítima deixou uma mulher gravida.*

*III - Não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada, uma vez que há motivação particularizada, em obediência aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, ausente, portanto, notória ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.*

*IV - As agravantes genéricas, em se tratando de crime de homicídio, com pluralidade de qualificadoras, uma poderá qualificar o delito, enquanto as demais poderão caracterizar circunstância agravante, se forem previstas como tal ou, residualmente, circunstância judicial, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior. Além disso, a dosimetria operado-se dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, no caso, inexiste flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício. Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no HC 482.076/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, Dje de 01/03/2019; sem grifos no original.)

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (574 G DE COCAÍNA). DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE AFASTADA PELA CORTE A QUO. CONDENAÇÕES DO AGRAVANTE. TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS. RESTABELECIMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA E DO REGIME PRISIONAL DETERMINADOS NA SENTENÇA.*

*1. Na análise das circunstâncias judiciais, assim se pronunciou o Magistrado singular: o réu ostenta antecedentes criminais, porquanto definitivamente condenado, por três vezes, consoante certidões de fls. 44, 50 e 53 do apenso específico. [...] Ainda que tais*



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

> *condenações superem o chamado período depurador, previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal, tal lapso refere-se especificamente ao instituto da reincidência.*
> *2. Conforme disposto no decisum ora recorrido, para elevação da pena-base, segundo o entendimento desta Corte, o período depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal afasta a reincidência, mas não retira os maus antecedentes (HC n. 281.051/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/11/2013).*
> *3.* ***A jurisprudência desta Corte é orientada no sentido de que as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreu há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes (REsp n. 1.741.828/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/9/2018).***
> *4. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, a princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes (AgInt no AREsp n. 1.065.282/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 2/5/2018).*
> *5. Agravo regimental improvido.*
> (AgRg no REsp 1740662/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe de 14/03/2019; sem grifos no original.)

Desse modo, em que pese a ter decorrido o prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, as condenações criminais com extinção de pena há mais de 5 (cinco) anos podem ser consideradas para sopesar negativamente a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes e para justificar a elevação da pena-base, não havendo nenhuma ilegalidade a ser sanada.

Por outro lado, a circunstância judicial da **culpabilidade** está relacionada ao grau de censurabilidade da conduta do agente e à reprovação social que o crime e seu autor merecem no caso concreto.

Na espécie, observa-se que o Tribunal de origem asseverou que a premeditação do crime demonstra concretamente o maior grau de reprovabilidade do comportamento do réu, ultrapassando a reprovação inerente ao tipo penal em análise, devendo ter reflexos na fixação da pena.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DOS DELITOS. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> [...]
> *3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito.* ***No caso, a premeditação do crime, assim***



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

> ***como a frieza dos agentes, justificam, a toda evidência, o incremento da reprimenda a título de culpabilidade.***
> *Além disso, a restrição de liberdade das vítimas, a qual não restou valorada na terceira fase da dosimetria, permite a exasperação das básicas, sem que se possa falar em bis in idem.*
> [...]
> *6. Writ não conhecido.* (HC 494.559/AC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019, grifou-se.)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVADA. CULPABILIDADE. FUNDAMENTOS CONCRETOS. PREMEDITAÇÃO E PRESENÇA DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A TERCEIRA SEÇÃO DO STJ.*
> *1. Conforme disposto na decisão ora recorrida, quanto à culpabilidade, - conduta do réu extremamente reprovável, porquanto mostrou ter uma conduta premeditada e fria ao abordar a vítima em plena via pública e em horário de grande movimentação - tem-se que o fundamento apresentado é idôneo, pois houve a apresentação de elementos atinentes ao caso em concreto aptos a justificar a negativação de tal circunstância.*
> *2. Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito.* ***No caso dos autos, a premeditação do crime permite, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior (HC n. 413.618/AP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 3/9/2018).***
> ***3. A culpabilidade foi corretamente avaliada como desfavorável, isso porque a jurisprudência desta Corte é pacífica em afirmar que "a premeditação e o preparo do crime são fundamentos válidos a exasperar a pena-base, especialmente no que diz respeito à circunstância da culpabilidade (HC n. 413.372/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 15/2/2018) - (AgRg no AREsp n. 1.279.221/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 15/8/2018).***
> [...]
> *6. Agravo regimental improvido.*
> (AgRg no REsp 1753304/PA, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 13/11/2018, grifou-se.)

Em outra vertente, no tocante às circunstâncias do crime, que se referem ao *modus operandi* empregado na prática do delito, e ultrapassando o resultado inerente ao tipo penal incriminador, observa-se que, no caso dos autos, os aspectos ressaltados pelo sentenciante, ou seja, "*atraíram a vítima que era 'motorista de aplicativo' até o*



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

*local onde impiedosamente a mataram, quando ela já estava subjugada, com envolvimento de menor e superioridade numérica"*, representam elementos que ultrapassam ao inerente do tipo penal em tela e merecem reflexos mais gravosos na fixação da pena.

A respeito das consequências do delito, que se referem aos efeitos da conduta do agente, ou seja, o maior ou menor dano causado pela ação criminosa, seja em relação à vítima, seja em relação à coletividade, ultrapassando o resultado inerente ao tipo penal incriminador, observa-se que a morte precoce da vítima, representa, de fato, efeitos graves da conduta praticada e denota maior intensidade da lesão jurídica causada.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO CONSIDERADAS COMO VETORES NEGATIVOS. ELEMENTOS CONCRETOS. POSSIBILIDADE. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
> *1. No delito de homicídio, havendo pluralidade de qualificadoras, uma delas indicará o tipo qualificado, enquanto as demais poderão indicar uma circunstância agravante, desde que prevista no artigo 61 do Código Penal, ou, residualmente, majorar a pena-base, como circunstância judicial.*
> *2. As consequências do crime estão ligadas à extensão do dano produzido pela prática criminosa. A repercussão do ilícito para a vítima, seus parentes e para a própria comunidade. No caso, a morte da vítima é elementar do tipo, no entanto, ao deixar uma viúva e dois filhos pequenos, ultrapassa-se as consequências normais do delito, justificando o recrudescimento da pena.*
> *3. Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1695310/PA, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 21/11/2017, grifei.)
>
> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.*
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*
> *2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório.*



**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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB**

> *3. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, foi ressaltada a morte precoce da vítima, pai de família e responsável por sua subsistência, tendo deixado seus filhos e esposa desamparados financeiramente, estando justificada, portanto, a exasperação da pena-base.*
> *4. Writ não conhecido.* (HC 451.624/SC, relator Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 15/08/2018, grifei.)
>
> *PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1) OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VERIFICAÇÃO. 2) VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO IDÔNEA. 3) HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. ART. 121, § 1º, DO CP. MONTANTE DE REDUÇÃO DE PENA. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. SÚMULA 7/STJ. 4) JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. VIOLAÇÃO AO ART. 593, III, D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.*
> *[…]*
> *2. A desvaloração de circunstância judicial que acarreta exasperação da pena-base deve estar fundada em elementos concretos, não inerentes ao tipo penal.*
> *3. In casu, o desvalor das circunstâncias do crime foi justificado na maior reprovabilidade da conduta do réu que cometeu o delito em meio a aglomerado de pessoas. Por sua vez, o desvalor das consequências do delito foi justificado na privação de dois filhos menores do convívio com o pai, vítima do delito.*
> *[…] 6. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 1041612/PR, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 16/03/2018, grifei.)

No que se refere à **personalidade**, verifica-se que não foram utilizados motivos aptos para justificar o incremento na primeira fase da dosimetria.

Isso porque, de acordo com entendimento jurisprudencial assentado nesta Corte, a existência de condenações definitivas na folha de antecedentes criminais não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade e a conduta social do agente, sob pena de *bis in idem*, tendo em vista que a presença das referidas máculas já foi empregada para avaliar negativamente os antecedentes do acusado.

Acerca do tema, cumpre destacar que é assente na doutrina que, na análise da personalidade, o magistrado deve verificar *"sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu*" (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 776).

Na mesma esteira, Guilherme de Souza Nucci esclarece que é imprescindível "*haver uma análise do meio e das condições onde o agente se formou 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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

*vive, pois o bem-nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável que tenha praticado uma infração penal para garantir a sua sobrevivência*" (Código Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 427).

Nesse aspecto, firmou-se a compreensão neste Sodalício de que *"a existência de condenação definitiva* [...] *não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de bis in idem. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente* [...]*"* (HC 388.034/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 09/06/2017).

Assim, mostra-se incorreta a valoração negativa da personalidade com fundamento nos antecedentes criminais do réu a fim de supedanear o aumento da pena-base.

A propósito:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL E CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO. CONDUTA SOCIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA CORTE QUANTO AO TEMA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[…]**4. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente** (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017).*[...]
>
> *6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir as penas-base pelo delito de tráfico de drogas e associação para o tráfico, resultando a pena definitiva do paciente em 13 anos de reclusão.* (HC 399.444/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 28/08/2017, grifei.)

> *HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. BIS IN IDEM. ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. DOCUMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MOTIVOS DO CRIME. FUTILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MÚLTIPLOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO. MORTE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.[…]*
>
> ***4. A existência de condenações definitivas anteriores já foi devidamente sopesada na primeira etapa da dosimetria, a título de maus antecedentes, razão pela qual não poderia ser novamente***



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

> ***valorada, também para fins de exasperação da pena-base, como personalidade desajustada ou voltada para a prática de crimes, sob pena de incorrer-se no inadmissível bis in idem.***
> [...] *9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente e, consequentemente, tornar a sua reprimenda definitiva em 13 anos e 2 meses de reclusão.* (HC 253.035/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 27/10/2015, grifei.)

Contudo, mesmo verificada a inadequação da consideração negativa da personalidade, o *quantum* da pena fixado deve ser mantido.

Isso porque, considerando que a pena prevista para o delito de latrocínio é de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos de reclusão, o incremento de 10 (dez) anos na reprimenda básica mostra-se proporcional e devidamente fundamentado com base elementos concretos da conduta imputada ao paciente, perfeitamente aptos a negativar as circunstâncias judiciais relativas às circunstâncias, consequências do crime, antecedentes e culpabilidade, não merecendo ser acolhida a insurgência.

Ademais, no tocante ao incremento da pena-base, é necessário enfatizar que esta Corte Superior possui o entendimento jurisprudencial no sentido de a dosimetria da pena estar atrelada a um juízo discricionário do julgador, o qual, baseado nas circunstâncias judiciais, bem como em todo o conjunto fático-probatório, encontra respaldo suficiente para a fixação do *quantum* necessário da pena.

Nesse sentido, este Sodalício entende que a revisão da quantidade da pena firmada pela instância ordinária só é cabível quando ficar devidamente demonstrada a afronta aos parâmetros legais, bem como manifesta desproporcionalidade.

A propósito, confiram-se:

> *HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE. PENA MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A FRAÇÃO ESCOLHIDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. INCONTÁVEIS DELITOS DURANTE LONGO PERÍODO DE TEMPO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
> *- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.*
> ***- 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***



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

> ***legais ou de flagrante desproporcionalidade.***
> *- No caso, a pena-base afastou-se de 1/3 do mínimo legal com lastro em fundamentação idônea, diante da valoração desfavorável das circunstâncias e das consequências do crime, às quais foi empregado maior rigor, pelo fato de os abusos feitos pelo próprio genitor terem ocasionado a gravidez da vítima, à época com 13 anos de idade, e posterior colocação da criança em programa de adoção, com a ida da ofendida para outra unidade da federação, decorrente do trauma, da humilhação e do bullyng escolar sofridos, demonstrando que a conduta do agente extrapolou o tipo penal violado, merecendo, portanto, maior repreensão. Precedentes.*
> [...]
> *- Habeas corpus não conhecido.*
> (HC 412.651/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe de 24/11/2017; sem grifos no original.)

> *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.*
> ***1.Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório***
> [...]
> *4.Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no HC 380.383/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe de 14/11/2017; sem grifos no original.)

Desse modo, no caso dos autos, **embora a negativação do vetor personalidade mereça ser revalorado, verifica-se a inexistência de desproporcionalidade na pena-base fixada, porquanto negativados outros quatro vetores, visto que o aumento desta em metade revela-se proporcional**.

Por outro lado, a defesa requer, ainda, a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, ou, ao menos, a redução do patamar de aumento na segunda fase da dosimetria.

Cumpre asseverar que o entendimento firmado nessa Corte Superior é o de que, se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP deve ser aplicada, sendo irrelevante se a confissão foi espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houve retratação posterior.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LATROCÍNIO TENTADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. ATENUANTE RECONHECIDA. ITER CRIMINIS.*



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

*FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

***- "Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial, ou mesmo se foi realizada só na fase policial com posterior retratação em juízo" (AgRg no REsp 1412043/MG, Rel.***

***Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015). Inteligência da Súmula n. 545 desta Corte Superior de Justiça.***

*- Hipótese em que a confissão extrajudicial do paciente, apesar de retratada em juízo, embasou a condenação, tanto que mencionada no curso da sentença e do voto condutor do acórdão recorrido, circunstância que possui relevância para fins de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do CP.*

[...]

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.*

(HC 376.920/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017, grifei.)

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. TESES DE VIOLAÇÃO DO ART. 93, IX, DA CF E DO ART. 381, III DO CPP. PLEITO DE PROGRESSÃO DE REGIME (ART. 112 DA LEP). REITERAÇÃO DE PEDIDOS. NÃO CABIMENTO. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTARES DO DELITO NÃO EXTRAPOLADAS. PERSONALIDADE DO PACIENTE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTOS UTILIZADOS EM MAIS DE UMA FASE. BIS IN IDEM. VEDAÇÃO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. MULTIRREINCIDÊNCIA. PREVALÊNCIA. DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 6.368/76. PLEITO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI N. 11.343/2006. LEI NOVA MAIS GRAVOSA, NA ESPÉCIE.*

*COMBINAÇÃO DE LEIS. VEDAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO APENAS QUANDO INCIDENTE A MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.*

*11.343/2006. SÚMULA 501/STJ. INAPLICABILIDADE. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

*4. Não se presta à valoração negativa das circunstâncias do crime a citação de fatores que não extrapolam as elementares dos delitos em que condenado o paciente.*

*5. A consideração de reincidências para a exasperação 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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

> *pena-base, já devidamente sopesadas na segunda-fase da dosimetria da pena configura indevido bis in idem.*
> ***6. Nos termos do entendimento pacífico desta Corte, [s]e a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação (HC 310.019/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015).***
> [...]
> *11. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir a pena reclusiva do paciente a 7 anos, em regime fechado.*
> (HC 352.575/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 11/11/2016, grifei.)

Desse modo, necessário afastar o fundamento no qual o Tribunal *a quo* se baseou para impedir a incidência da confissão espontânea, concedendo a ordem de ofício a fim de que seja reconhecida a referida atenuante.

Quanto à possibilidade de compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a circunstância atenuante da confissão espontânea, a matéria foi dirimida no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS pela Terceira Seção desta Corte Superior. A propósito, eis a ementa do julgado:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.*
> *1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.*
> *2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.*
> *3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local."* (EREsp-1.154.752/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 3ª Seção, julgado em 23/5/12.)

Desta feita, sedimentou-se o entendimento de que a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

Contudo, no caso dos autos, o paciente é multirreincidente, ostentando várias condenações definitivas. Veja-se o seguinte excerto do acórdão impetrado (e-STJ, fls. 52-53):

> *"O acusado é multirreincidente (fls. 261, 262/263, 271/273, 282).*



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

> *Ressalto que, embora os crimes constantes das certidões acima mencionadas tenham tido seu trânsito em julgado há bastante tempo, as penas privativas de liberdade tiveram seu cumprimento finalizado apenas em 24/02/2017, conforme consta às fls. 201.*
> *Não há que se falar em confissão espontânea, uma vez que o acusado admitiu apenas sua intenção de subtrair os pertences da vítima, alegando ter atirado contra ela em legítima defesa, uma vez que esta "partiu para cima dele", sendo certo que "atirou sem prestar atenção". Além disso, afirmou ter agido sozinho, negando a participação do corréu e da menor Regina.*
> *Vê-se, assim, que em momento algum o acusado se mostrou arrependido do crime cometido ou teve a intenção de colaborar para a elucidação dos fatos, motivos pelos quais não se aplica a atenuante em questão.*
> *Ocorre, porém, que, nessa fase de fixação da pena, consoante consolidado entendimento jurisprudencial, impossível a fixação da pena em patamar superior ao máximo de pena cominada, motivo pelo qual mantenho a pena privativa de liberdade em 30 (trinta) anos de reclusão".*

Ressalta-se que o entendimento pacificado desta Corte Superior é no sentido de que a multireincidência do condenado exige uma maior reprovação, em respeito ao princípio da individualização da pena e da proporcionalidade.

Portanto, não há falar em compensação total entre as referidas agravante e a atenuante, em estrito atendimento à peculiaridade do caso, considerando-se preponderante um aumento proporcional na pena, haja vista a reincidência em razão da prática do mesmo delito.

Nesse sentido, confira-se:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA BASE. CIRCUNSTÂNCIA DO DELITO ("DISQUE-DROGA") E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
> *[...]*
> *4. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, integrar o acervo probatório e fundamentar a condenação. (HC 237.252/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 26/2/2014.)*
> *5. A Terceira Seção, em 10/4/2013, no julgamento do Recurso*



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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB

> *Especial Representativo de Controvérsia 1.341.370/MT, de Relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, 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 espontânea com a agravante da reincidência".*
> *6. In casu, a confissão do paciente, ainda que retratada em juízo, compôs o acervo probatório, bem como foi utilizada para fundamentar a sua condenação, o que impõe o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal.*
> ***7. Tratando-se de réu multireincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Assim, mostra-se razoável a exasperação da pena em 1/8 na segunda fase da dosimetria.***
> *8. Mantido o quantum da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos e não superior a 8 anos e considerando a reincidência do réu, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", do CP, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal).*
> *9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena final para 6 anos e 9 meses de reclusão, mais 675 dias-multa, mantido o regime inicialmente fechado.*
> (HC 316.354/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 22/06/2016, grifei.)

No caso dos autos, verifica-se que não houve nenhum aumento em razão da reincidência, razão pela qual não há vantagem nos autos em proceder com a compensação e o consequente aumento em razão da multireincidência, porém em patamar menor, razão pela qual deve ser mantida a dosimetria tal qual realizada pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, não se conhece do *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI
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: BB07D92F-2BE5-40A2-8E79-4C7CA20358DB**