

HABEAS CORPUS Nº 408.538 - RS (2017/0173411-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GABRIEL ANTONIO SOUZA DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por **GABRIEL ANTONIO SOUZA DA SILVA**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II, III e IV c/c art. 14, inciso II do Código Penal, à pena de 15 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação defensiva, para reduzir a pena do paciente para 12 anos e 8 meses de reclusão, nos termos da ementa do referido julgado:

"JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INEXISTENTE. ÍNTIMA CONVICÇÃO DOS JURADOS. CONDENAÇÕES MANTIDAS.

Como é do conhecimento geral, os jurados julgam por íntima convicção, sem a necessidade de fundamentar suas decisões. Deste modo, podem utilizar, para seus convencimentos, quaisquer provas contidas nos autos, ainda que não sejam as mais verossímeis. Só se pode falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando o conjunto probatório não trazer nenhum elemento a embasar a tese aceita no julgamento, constituindo ela numa aberração, porque divorciada daquele (conjunto probatório). Não é o caso em julgamento, porque a Câmara, examinando recurso em sentido estrito proposto pelos apelantes, entendeu que existiam indícios do crime e de seus autores. Por este motivo, mantém-se a decisão condenatória, porque ela tem amparo na prova.

DECISÃO: Apelos defensivos parcialmente providos, por maioria." (e-STJ, fl. 608)

Neste *writ*, sustenta, em síntese, que "o peso de um vetor da pena-base não pode ser maior ou igual ao peso de uma agravante ou de uma majorante, sob pena de comprometer a coerência do sistema trifásico. No caso concreto, tal coerência não foi observada" (e-STJ, fl. 3). Nesse sentido, aduz que "valorando negativamente a culpabilidade do agente, as consequências, os motivos e as circunstâncias do delito, optou por aumentar a pena do paciente em 08 anos o quê equivale a 1/6 da pena mínima prevista para o crime de homicídio qualificado para cada vetor negativo. Tal valoração se mostra excessiva" (e-STJ, fl. 3).

Aponta, finalmente, equívoco do Tribunal *a quo* em "optar por reconhecer a atenuante da menoridade ao paciente em patamar de 01 ano de redução. Ou seja, após elevar a pena em 02 anos para cada vetor do artigo 59 valorado negativamente, aplicou a atenuante em apenas 01 ano de redução, em flagrante constrangimento ilegal ao paciente (e-STJ, fl. 3).

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que seja reduzida a pena-base e aumentado o *quantum* de atenuação da menoridade relativa.

Requerimento de tutela provisória indeferido (e-STJ, fls. 627-630)

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou, se conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 653-657).

É o relatório.

Decido.

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.

Para analisar os capítulos relativos à fixação da pena-base e da menoridade relativa, faz-se necessário expor excertos do acórdão:

“Admite-se, como exceção, a utilização das qualificadoras remanescentes como circunstâncias judiciais, sopesando-as, nos exatos moldes do artigo 59 do Código Penal.

Com estas considerações, mantendo as circunstâncias judiciais negativadas pelo Magistrado (culpabilidade e consequências) e considerando duas qualificadoras como circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 20 anos de reclusão para ambos os réus.

Mantenho a redução em 01 ano pela menoridade para o réu Gabriel na segunda fase.

Também vai mantida a minoração de 1/3 pela tentativa para ambos os réus, culminando na pena definitiva de 12 anos e 08 meses de reclusão para o réu Gabriel, e de 13 anos e 04 meses de reclusão para o réu Andrei, mantidas as demais disposições sentenciais.

Pelo exposto, voto no sentido de prover parcialmente os recursos para reduzir as penas dos acusados.” (e-STJ, fl. 630)

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. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

No que tange à pena-base, percebe-se que as instâncias inferiores consideraram como circunstâncias judiciais desfavoráveis culpabilidade, consequências e duas qualificadoras remanescentes, não tendo o impetrante impugnado a incidência de nenhuma delas, apenas os critérios dosimétricos quantitativos.

Há, portanto, quatro circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de homicídio qualificado (18 anos), resulta no

acréscimo de 9 anos à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena base em 21 anos de reclusão. Entrementes, haja vista a vedação da *non reformatio in pejus*, de rigor a manutenção da dosimetria da pena base mais favorável das instâncias inferiores em 20 anos de reclusão.

Passa-se à análise da proporcionalidade do critério de agravamento da pena, utilizado pelas instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria da pena.

Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é uma absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DO INSTITUTO DA CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS. REVOLVIMENTO. FÁTICO-PROBATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA 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 - A exacerbação da pena-base com fundamento nas consequências do delito, é suficiente para justificar e embasar o aumento realizado pelo magistrado, agindo com acerto o Tribunal de origem ao mantê-lo.

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

III - Para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no caput do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os

motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis, pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal. Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade, como ocorreu no presente caso.

IV - Para se concluir pela suficiência ou não da prova produzida em juízo, a fim de se verificar se as provas, depoimentos, perícias, laudos e documentos produzidos nos autos são aptos a comprovar a materialidade e a autoria delitivas, e se o ora paciente faz jus ao pleiteado instituto da consunção, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado na estreita via do mandamus.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 122.370/PA, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 02/03/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO EM CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA DAS PENAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DAS PENAS-BASE E DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE CONFIGURADA ANTE A AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA PARA JUSTIFICAR OS INCREMENTOS EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. PRECEDENTES. NOVO MONTANTE DAS SANÇÕES ESTABELECIDO EM 12 ANOS, 8 MESES E 13 DIAS DE RECLUSÃO E 1.903 DIAS-MULTA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Apesar de a legislação brasileira não prever um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tampouco de circunstâncias agravantes ou atenuantes, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias e quantificar a pena, observadas as peculiaridades do caso concreto; a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve, em média, seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa; no mesmo sentido em relação à agravante da reincidência, fração esta que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedentes.

- Ao compulsar os autos, verifiquei a patente ilegalidade apontada pela impetrante, porquanto não foi apresentada motivação concreta e idônea que justificasse tanto a exasperação das penas-base (pelos maus antecedentes configurados na Ação Penal n. 006.09.002806-6),

quanto da agravante da reincidência (por sentença transitada em julgado na Ação Penal n. 0004198-44.2015.8.08.0006), em fração superior a 1/6.

- Nova dosimetria das penas realizada, ficando as sanções estabelecidas em 7 anos, 11 meses e 8 dias de reclusão, além de 793 dias-multa - tráfico de drogas -, e 4 anos, 9 meses e 5 dias de reclusão, e 1.110 dias-multa - associação para o tráfico -, totalizando 12 anos, 8 meses e 13 dias de reclusão, além de 1.903 dias-multa, em virtude do concurso material de crimes.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 552.023/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020)

Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base.

Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica

Nesse sentido entende consagrada doutrina especializada na dosimetria da pena:

"Aparentemente, ao analisarmos sem maiores cuidados, estaríamos concluindo que o patamar ideal imaginário de 1/6 para cada atenuante ou agravante, de forma isolada, deveria sempre incidir sobre a pena-base, pois já existe uma pena em concreto dosada.

No entanto, chamamos atenção porque nem sempre esta será a solução adequada, sob pena de ferirmos o próprio sistema hierárquico da pena, consagrado pela forma trifásica.

[...]

O patamar ideal imaginário de 1/6, usado para atenuante e agravante, isoladamente, deverá sempre incidir sobre o que for maior, intervalo de pena em abstrato ou pena-base.

Com adoção deste critério, resolvemos qualquer problema, senão vejamos na solução da questão debatida anteriormente: o intervalo de pena em abstrato corresponde a 8 anos, a pena-base corresponde a 2 anos, logo, concluímos que o maior é o intervalo de pena, razão pela qual este será usado como parâmetro para a incidência do patamar ideal imaginário de 1/6 na segunda fase. Com isso não mais teremos um acréscimo de apenas 4 meses em decorrência da existência de uma agravante ($1/6$ de 2 anos = 4 meses), mas teremos um acréscimo de 1 ano e 4 meses por força da agravante ($1/6$ de 8 anos = 1 ano e 4 meses), conduzindo a pena na segunda fase ao quantitativo de 3 anos e 4 meses de reclusão, ou seja, patamar superior ao que chegaríamos À hipótese de valoração do motivo do crime como circunstância judicial desfavorável (3 anos).

O que queremos deixar esclarecido é que se existe uma

circunstância judicial desfavorável que será valorada na primeira etapa do processo de dosimetria, apena-base resultante não poderá ser superior à hipótese de postergarmos esta valoração para a segunda etapa, que é hierarquicamente superior, sob pena de ferirmos o próprio sistema trifásico.

E para conseguirmos neutralizar qualquer possibilidade de erro durante o processo de cálculo da pena, na segunda fase devemos sempre atuar com o patamar ideal imaginário de 1/6 sobre o que for maior, pena-base ou intervalo de pena em abstrato, independente de se tratar de atenuante ou agravante, porque assim como devemos atenuar a pena ao máximo, também devemos agravar a pena no patamar máximo possível, em observância a proporcionalidade necessária durante o processo de dosimetria." (SCHMITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 9ª ed. - Salvador: Juspodvm, 2015. pp. 201-203)

Quanto ao tema, os seguintes julgados de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção:

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESCAMINHO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES. ACORDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL. DESCAMINHO. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. AUMENTO NA SEGUNDA FASE. PROPORCIONALIDADE. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR EVADIDO. EXASPERAÇÃO. VALIDADE. ART. 62, I E III, DO CÓDIGO PENAL.

FRAÇÃO DE AUMENTO. RAZOABILIDADE.

1. O acórdão embargado dirimiu, clara e fundamentadamente, a controvérsia, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração.

2. Na espécie, as provas que alicerçaram a condenação pela prática do crime de descaminho não são propriamente oriundas de quebra de sigilo fiscal, mas, sim, de compartilhamento de informações entre a Receita Federal e o Ministério Público Federal. A atuação desse órgão, portanto, limitou-se a "consignar divergências encontradas entre faturas comerciais entregues à autoridade aduaneira e o conteúdo dos contêineres, circunstância esta já conhecida do órgão acusatório".

3. O TRF da 4ª Região deixou explícito que as aludidas provas compartilhadas são resultado de requerimento de quebra de sigilo bancário promovido pela autoridade policial, via tratado de mútua assistência em matéria penal ("Mutual Legal Assistance Treaty - MLAT"), referente a vinte e cinco contas mantidas em bancos nos Estados Unidos, as quais "teriam recebido recursos provenientes das contas investigadas na agência do Banestado em Nova York".

4. A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou

imposto devido no momento da entrada, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.

5. O resultado necessário para a consumação do crime é a ausência do pagamento do imposto ou direito no momento do desembaraço aduaneiro, quando exigível.

6. No caso dos autos, o fato de estarem os ora recorrentes resguardados, quando proferida a sentença, por liminar concedida nos autos do MS n. 2003.70.08.003532-5, com o fim de liberar as mercadorias, não tem o condão de afastar a antijuridicidade do fato tido como criminoso, uma vez que sua consumação foi anterior à concessão da medida de urgência - lembre-se, de natureza precária, e que tratou tão somente da cautelaridade da situação patrimonial da parte interessada, no sentido de que os custos de armazenagem e de retenção da mercadoria não se somassem. O decisum, a propósito, foi revertido em posterior julgamento do mérito pelo TRF da 4ª Região, pouco importando, para a configuração do delito, se depois da prolação da sentença.

7. Não se pode exigir do julgador um valor fixo, pré-definido, para o quantum de aumento na segunda fase. No caso, o critério adotado pela instância de origem mensurou de forma proporcional a circunstância judicial remanescente (consequências), diante da particularidade apresentada pelo caso concreto.

8. Em relação aos crimes de falsidade e descaminho, conquanto haja sido exasperada a pena-base um pouco acima do patamar de 1/8, entendo não haver majoração excessiva que implique violação do art.

59 do Código Penal.

9. Na espécie, o montante evadido evidencia maior reprovabilidade dos agentes pela conduta delituosa praticada, pois não há que se falar em ausência de risco excessivo ao sistema financeiro ou às reservas cambiais brasileiras, para avaliar o prejuízo causado ao sistema financeiro nacional.

10. O valor ilegalmente remetido ao exterior, US\$ 318.440,00, é suficiente para a elevação da pena-base acima do mínimo legal, pois revela a magnitude do esquema criminoso contra o sistema financeiro nacional, que exigiu, para sua deflagração, o trabalho de complexa operação perpetrada pelas instituições envolvidas.

11. O patamar utilizado na segunda fase foi de, aproximadamente, 1/8 para cada agravante, inferior, portanto, ao coeficiente de 1/6 aceito como razoável e proporcional pela jurisprudência deste Tribunal Superior, bem como do Supremo Tribunal Federal. Não é muito lembrar, inclusive, que a fração eleita pode ter como base o intervalo da pena abstratamente cominada, em vez da pena-base concretamente aplicada, dada a possibilidade de o patamar aplicado na segunda fase suplantarem o da primeira (art. 59 do Código Penal), nos termos do sistema trifásico de dosimetria da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal.

12. A irresignação resume-se a mero inconformismo dos embargantes com o resultado do julgamento, desfavorável à sua pretensão, tenho que não existe nenhum fundamento que justifique a oposição destes embargos.

13. A decisão da lavra desta Sexta Turma, no multicitado HC n. 76.686/PR, dissocia-se da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, onde esta mesma 6ª Turma já teve oportunidade de decidir, por mais de uma vez, pela legalidade de sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, mediante, por óbvio, devida motivação judicial.

14. Embargos de declaração rejeitados"

(EDcl no REsp 1497041/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016, grifou-se)

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. DOENÇA INCURÁVEL. LESÃO CORPORAL GRAVE. DEBILIDADE PERMANENTE. PTOSE PALPERAL. ATRIBUIÇÃO DE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DIVERSAS AOS FATOS VALORADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO FORMAL DE CRIMES. CRIME ÚNICO. CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA. CONSUNÇÃO. POST FACTUM IMPUNÍVEL. VALORAÇÃO NEGATIVA NAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAIS GRAVE. DOSIMETRIA. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONCURSO ENTRE AGRAVANTES E ATENUANTES. MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA SOBRE AGRAVANTES DOS MOTIVOS DETERMINANTES. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DA MENORIDADE REDUZIDA. CONFRONTO COM A MOTIVO TORPE. FRAÇÃO IDEAL DE 1/12. PARÂMETRO MERAMENTE INDICATIVO. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO CRIME LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA EX OFFICIO.

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. Veda-se o revolvimento de conclusões das instâncias ordinárias acerca do arcabouço fático-probatório na via estrita do habeas corpus, entretantes, adotadas essas premissas fáticas, é plenamente possível conferir-lhes consequências jurídicas diversas. No caso, infere-se que a qualificadora da debilidade permanente (CP, art.

129, § 1º, III) e a de enfermidade incurável (CP, art. 129, § 2º, II) fundaram-se exclusivamente na ptose palpebral superior esquerda, causada pelo trauma decorrente dos golpes desferidos pelo paciente, por meio de uma barra de metal.

3. Como cediço, tanto a lesão corporal grave em sentido estrito como a gravíssima constituem crimes preterdolosos qualificados pelo resultado, objetivamente descritos no Código Penal. Nada impede a ocorrência de concurso formal impróprio de crimes de lesão corporal, em um mesmo contexto fático, por meio de uma conduta, composta por diversos atos, desde que haja pluralidade de lesões

apreciáveis e desígnios autônomos para a execução de cada uma das lesões.

4. As premissas fáticas das instâncias ordinárias não permitem concluir pela existência de concurso de crimes, mas apenas de crime único. A ptose palpebral superior esquerda foi a única lesão considerada para o embasamento de ambos os crimes qualificados pelos resultados, sendo, pois, a gênese de ambos resultados: a enfermidade incurável da ptose palpebral tem como consequência necessária a diminuição da função visual, haja vista o caimento da pálpebra, que causa a oclusão total ou parcial do eixo visual.

5. O crime de lesão corporal grave estrita de debilidade permanente é postfactum impunível do crime mais grave de lesão corporal gravíssima, por enfermidade incurável, sendo irrelevante a conclusão das instâncias ordinárias acerca da autonomia de desígnios para produzir ambos os resultados, porquanto um é mero exaurimento do outro. Nesse passo, inviável a condenação pelo crime de lesão corporal grave estrito, ressaltando-se, contudo, que, para efetivar a devida individualização da pena, de rigor a valoração negativa da pena-base pelas consequências danosas à vítima, decorrente da diminuição da capacidade visual causada pela ptose palpebral.

6. A dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias ordinárias mostrou-se bastante benevolente com o réu, ao fixa-la em 3 (três) anos de reclusão. Como o juízo sentenciante valorou negativamente personalidade, circunstâncias do crime e suas consequências para a vítima, aplicado-se o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada umas das três circunstâncias desfavoráveis, fazendo-o incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de lesão corporal gravíssima (6 anos), resultaria no acréscimo total de 2 (dois) anos e 3 (três) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão.

7. Na dosimetria da pena intermediária, deveras, conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entre as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação às decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência.

8. A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressaltada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação. In concreto, a atenuante da menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a

agravante do motivo torpe, sendo proporcional e equânime a atenuação de 1/12 (um doze avos) desse concurso.

9. As agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica.

10. A fração de 1/12 (um doze avos), resultante da preponderância da atenuante da menoridade relativa dentro do concurso de circunstâncias na segunda etapa da dosimetria, incidirá sobre o intervalo de pena em abstrato do crime de lesão corporal gravíssima (6 anos), pois superior à pena-base fixada de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses. Nesse diapasão, o atenuação da pena-base consiste em 6 (seis) meses, culminado, pois, na pena intermediária de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, que, diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torna-se definitiva.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o afastamento do crime de lesão corporal grave estrito e, em decorrência disso, fixar a pena definitiva em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

(HC 325.961/RJ, da minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016, grifou-se).

In casu, incide a atenuante da menoridade relativa e a pena-base foi estabelecida em 20 anos. Fazendo incidir o consagrado critério de aumento de 1/6 (um sexto) para a referida atenuante sobre a pena base fixada, porquanto superior ao intervalo de pena em abstrato de 18 anos, culmina na pena intermediária de 16 anos e 20 dias de reclusão. Tendo em vista a minorante da tentativa de 1/3 aplicada, fixa-se a pena definitiva do paciente em 11 anos e 1 mês e 10 dias de reclusão.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem de ofício para reduzir a pena do paciente para 11 anos e 1 mês e 10 dias de reclusão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 23 de março de 2020.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator