

**HABEAS CORPUS Nº 566.209 - SC (2020/0064430-0)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**RENATA MOURA TUPINAMBÁ - RJ196895**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**  
**PACIENTE : CESAR DOS SANTOS (PRESO)**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de **CESAR DOS SANTOS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional fechado, além de 16 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV e § 6º, do Código Penal e do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (e-STJ, fls. 213-227).

Irresignadas, as partes apelaram ao Colegiado de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, a fim de aumentar a fração de aumento na segunda fase da dosimetria pelo reconhecimento da agravante da reincidência e redimensionar a reprimenda a 4 anos, 9 meses e 22 dias de reclusão, mais 21 dias-multa, nos moldes da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO (CP. ART. 155, § 4º, INCISO I). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DA DEFESA E DA ACUSAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA FRAÇÃO RELATIVA À REINCIDÊNCIA DO AGENTE. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE SEIS CONDENAÇÕES APTAS A CARACTERIZAR A AGRAVANTE EM QUESTÃO. FRAÇÃO DE 1/2 QUE SE MOSTRA MAIS ADEQUADA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- O conjunto formado pela palavra da vítima, pelo depoimento dos policiais militares que participaram da prisão em flagrante dos acusados e da apreensão da *res furtiva* na posse deles é suficiente para comprovar a autoria delitiva.

- A fração de 1/2 é proporcional para o acréscimo decorrente da reincidência quando o agente registra seis condenações aptas a configurar a referida agravante.

- Recurso da defesa desprovido; recurso da acusação provido." (e-STJ, fl. 326)

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública sustenta ser desproporcional a fração de aumento adotada na segunda fase pelo reconhecimento da agravante da reincidência. Afirma que a fração de 1/2 pelo reconhecimento de uma única agravante é

exagerado e o fato do paciente ser multirreincidente não equivale à existência de três circunstâncias agravantes autônomas. Assevera que seria o caso de aplicar a fração intermediária de 1/3.

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja readequada a fração utilizada para exasperar a pena intermediária do paciente em razão da reincidência.

Indeferido o pedido de liminar (e-STJ, fl. 346), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo denegação da ordem (e-STJ, fls. 421-423).

**É o relatório.**

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 permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos do acórdão ora impugnado:

"O Juízo *a quo* reconheceu a reincidência do agente e aplicou aumento pouco superior a fração 1/6, que resultou da majoração das penas base (de 2 anos e 9 meses para 3 anos e 3 meses de reclusão em relação ao crime de furto e de 1 ano e 2 meses para 1 ano e 5 meses para o crime de corrupção de menores).

Conquanto não exista parâmetro legal a respeito de quanto o magistrado pode acrescentar à reprimenda em função de cada circunstância negativa ou agravante, esta Corte tem recomendado majoritariamente a fração de 1/6. A elucidar, cita-se a Revisão Criminal 4014775-50.2016.8.24.0000, desta Seção Criminal, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 30-11-2016. v. u.

Não se olvida, contudo, do que se extrai do inteiro teor do acórdão em destaque, no sentido de que 'a fixação da pena não se deve pautar em percentuais fixos e critérios matemáticos, mas na análise das peculiaridades do caso concreto, devendo ser observados os princípios da proporcionalidade e individualização da reprimenda', de modo a ser reservado ao magistrado certa dose de discricionariedade sobre o montante de aumento e/ou redução, desde que exercida, é claro, mediante fundamentação idônea, indicando os elementos concretos constantes nos autos.

Com esse pensamento, tendo o Juiz utilizado o patamar de 1/6 para a agravante da reincidência na segunda fase, o cálculo da pena efetivamente deve ser reformado, na medida que não se mostra proporcional frente ao extenso rol de antecedentes do acusado César dos Santos, a saber:

- 1) Ação Penal 0003199-44.2004.8.24.0067 (condenação por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal); trânsito em julgado em 01/06/2004, extinção da pena em 11/10/2013 - fls. 58 e 197;
- 2) Ação Penal 0002510-34.2003.8.24.0067 (condenação por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, IV c/c artigo 14, *caput*, ambos do Código Penal); trânsito em julgado em 1/3/2006, extinção da pena em 8/11/2013 - fls. 56-57 e 194;
- 3) Ação Penal 0000313-72 2004 8.24.0067 (condenação por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal); trânsito em julgado em 1/6/2004, extinção da pena em 8/11/2013 - fl. 53;
- 4) Ação Penal 0000194-38.2009.8.24.0067 (condenação por infração ao artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal); trânsito em julgado em 18/5/2009, extinção da pena em 8/11/2013 - fls. 53 e

199;

5) Ação Penal 0002251-29 2009 8 24 0067 (condenação por infração ao artigo 180, *caput*, do Código Penal); trânsito em julgado em 7/10/2015, sem informações quanto a extinção da pena - fls 56;

6) Ação Penal 0003596-20.2015.8.24.0067 (condenação por infração ao artigo 244, *caput*, do ECA e artigo 163, parágrafo único, inciso I, do Código Penal); trânsito em julgado em 3/3/2017, sem informações quanto a extinção da pena - fl. 59;

7) Ação Penal 0003734-84 2015.8.24.0067 (condenação por infração ao artigo 28 da Lei 11.343/06); trânsito em julgado em 31/3/2017, extinção da pena em 21/3/2017-fls. 60 e 198.

Como bem apontado nas razões recursais, apenas uma dessas condenações foi valorada na primeira fase da dosimetria a título de maus antecedentes, de modo que todas as demais deveriam ser sopesadas na segunda fase, a denotar a multirreincidência do agente. A propósito, destaca-se o precedente desta Primeira Câmara Criminal, da lavra deste relator, em hipótese que a fração de 1/2 foi considerada proporcional haja vista a existência de seis condenações transitadas em julgado:

[...]

Assim, diante da maior reprovabilidade da conduta do recorrido, entende-se que o aumento em 1/6 da pena na segunda fase da dosimetria foi desproporcional, de modo que a fração de 1/2 guarda maior razoabilidade e proporcionalidade ante o grau de censura que a conduta e o histórico do agente merecem, que é vezeiro na prática de crimes contra o patrimônio, sendo, portanto, multireincidente específico." (e-STJ, fls. 334-336)

A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Quanto à segunda fase da dosimetria, razão não assiste ao impetrante.

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

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. MULTIRREINCIDÊNCIA. AUMENTO DA PENA EM 1 (UM) ANO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, embora tenha adotado o patamar de 1/6 (um sexto) como parâmetro geral para a exasperação da pena em razão das circunstâncias agravantes, admite que seja aplicada fração mais gravosa quando houver fundamentação concreta, como nos casos de multirreincidência ou de reincidência específica.

2. Não há flagrante desproporcionalidade se o Tribunal local, com

fundamento na multirreincidência do Recorrente (três condenações), majora a pena no patamar de 1/3 (um terço) do interregno existente entre as penas mínima e máxima cominadas ao delito.

3. Para se discutir de maneira aprofundada a correção da fração de majoração utilizada pelas instâncias ordinárias, seria necessário o reexame dos fatos e provas da situação concreta, o que não é possível no recurso especial, conforme se extrai da Súmula n.º 7/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1780947/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 23/04/2019);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIRREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO DA PENA. SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DE 1/6 USUALMENTE ADOTADA PELAS CORTES SUPERIORES. RESSALVA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. Muito embora esta Corte tenha firmado jurisprudência no sentido de ser possível, na segunda fase da dosimetria 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 - CP, recentes julgados de ambas as Turmas que julgam matéria penal têm ressaltado seu posicionamento, quando tratar-se de apenados multirreincidentes. 3. **Não obstante a fração de 1/6 (um sexto) tenha sido a usualmente adotada pela jurisprudência deste Tribunal Superior, para majorar a pena, na segunda fase da dosimetria, a hipótese dos autos traz fundamentação concreta que justifica o aumento em patamar superior, pois o paciente é triplamente reincidente, inclusive, por uma das vezes, na forma específica.**

*Habeas corpus* não conhecido."

(HC 462.924/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 12/09/2018, grifou-se);

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE EM TELA DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4 (UM

QUARTO) PARA 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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 legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação dos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *ne bis in idem*.

- 'A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido' (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

- Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte inclina-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, é devida e concretamente fundamentada.

- Hipótese em que remanescendo duas condenações definitivas aptas a serem consideradas como reincidência, e não três, como dito na sentença, o aumento na fração de 1/5 (um quinto) mostra-se proporcional ao caso em tela. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 322.902/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016);

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. *QUANTUM* DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. APENAS UMA COM TRÂNSITO EM JULGADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

JUSTIFICATIVA IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

No caso, o acréscimo da pena pela reincidência se deu em 1/4, sob o argumento de ser o paciente birreincidente específico. Todavia, tendo em vista que uma das condenações não possui indicação de trânsito em julgado, de rigor seja reduzida a mencionada fração de aumento, de 1/4 para 1/5, em razão de permanecer o paciente como reincidente específico.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço (crime cometido com emprego de pelo menos duas armas de fogo e mediante comparsaria entre cinco a oito agentes).

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente Rodrigo de Souza Lima para 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias, mais 17 (dezessete) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 336.635/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015)

Na segunda fase de dosimetria, a Corte local, ao aplicar a fração de 1/2, destacou que o réu ostenta sete registros de condenações definitivas, tendo uma sido considerada para macular os antecedentes do réu.

Muito embora a última condenação da lista se refira ao crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o que impede sua utilização para a configuração da reincidência, ainda restam cinco condenações anteriores com trânsito em julgado aptas a configurar a recidiva, o que caracteriza a multirreincidência do paciente, além da reincidência específica.

Nesse contexto, verifica-se que o *quantum* de agravamento da pena está fundamentado, não se mostrando desproporcional o acréscimo adotado na segunda fase, ante o elevado número de condenações com trânsito em julgado ostentado pelo paciente.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator