

**HABEAS CORPUS Nº 534.234 - SC (2019/0279789-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
RONALDO FRANCISCO - SC036396  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : ALAIR PINHEIRO  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ALAIR PINHEIRO apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 0005322-34.2017.8.24.0075).

Os autos dão conta de que o paciente foi condenado, por infração ao art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 20 dias-multa (e-STJ fls. 240/247).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento para "*afastar as circunstâncias judiciais negativas referentes à conduta social e à personalidade e, por conseguinte, fixar a reprimenda ao ora apelante em 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 19 (dezenove) dias-multa*" (e-STJ fl. 305). Eis a ementa do referido acórdão (e-STJ fl. 306):

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES (ART. 155, CAPUT, CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. INSURGÊNCIA CONTRA A DOSIMETRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DOS VETORES CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE. VIABILIDADE. MOTIVOS INIDÔNEOS. ADEMAIS, PRETENDIDA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E PRESENÇA DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADORA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.*

*1. A valoração desfavorável dos vetores conduta social e personalidade do agente se afigura ilegal quando fundada em conceitos e expressões vagas e genéricas, que não denotem elementos concretos que possam ser objetivamente extraídos dos*

*autos. Recurso provido no ponto para afastar a análise negativa de tais vetores.*

*2. O regime inicial semiaberto permanece inalterado por se tratar de réu reincidente específico e por ter sido valorada desfavorável uma circunstância judicial (maus antecedentes), estando em conformidade com o disposto no art. 33, §3º, do Código Penal.*

*3. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas, pois não se encontram preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, além de não ser socialmente recomendável por ser o réu contumaz em delitos contra o patrimônio.*

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, conforme a seguinte ementa (e-STJ fl. 331):

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA OMISSÃO INDIRETA NO ACÓRDÃO. SUPOSTA ILEGALIDADE NA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO À APLICAÇÃO DE FRAÇÃO EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) NAS PRIMEIRA E SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA. TESE NÃO VENTILADA A TEMPO E MODO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. HIPÓTESES DO ART. 619 DO CPP NÃO EVIDENCIADAS. ADEMAIS, CRITÉRIO DE AUMENTO NÃO TARIFADO. ÂMBITO DE DISCRICIONARIEDADE MOTIVADA DO JUIZ. RECURSO NÃO CONHECIDO.*

*- Inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual oportuno, porquanto é vedado à parte inovar quando da oposição de embargos de declaração.*

No presente writ, a defesa afirma que "o Juízo de origem, na primeira fase da dosimetria penal, exasperou a pena-base em 1/3, com base em três condenações pretérita. E apesar de aplicar a fração superior a 1/6, sequer fundamentou o emprego da fração mais gravosa" (e-STJ fl. 7).

Aduz que "a fração de aumento a ser empregada há de ser a de 1/6 sobre a pena mínima, de modo que, em homenagem à proporcionalidade e aos parâmetros doutrinários e jurisprudenciais de aplicação da pena, a pena-base deve ser reduzida" (e-STJ fl. 8).

Alega, ainda, que houve uma exasperação desproporcional na segunda fase da dosimetria em razão da agravante da reincidência, sustentando que "a fração empregada no caso concreto pelo TJSC (1/2) não é adequada, já que apenas uma

*condenação foi valorada a título de reincidência"* (e-STJ fl. 10).

Defende, por fim, o cabimento do regime inicial aberto em razão das peculiaridades do caso.

Por isso, requer, inclusive liminarmente, a *"readequação da fração utilizada para exasperar a pena-base em razão dos maus antecedentes e para exasperar a pena intermediária em razão da reincidência e a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta"* (e-STJ fl. 12).

A medida liminar foi indeferida (e-STJ fls. 344/347).

Informações prestadas às e-STJ fls. 351/354 e 358/406.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 408/412).

É o relatório. **Decido.**

Sobre os temas, o acórdão impugnado consignou (e-STJ fls. 312/313):

*Passa-se à nova dosimetria da pena:*

*Atendendo aos parâmetros dosimétricos estabelecidos pelo Juízo de origem (fração de 1/3 para o vetor antecedentes), fixo a pena-base em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão. Tendo em vista a agravante da reincidência (aumento aplicado em 8 meses), majoro a reprimenda para 2 (dois) anos de reclusão, a qual torno definitiva à múnua de causas de aumento e de diminuição de pena na derradeira fase.*

*Necessário readequar, de ofício, a pena de multa de acordo com o critério trifásico recentemente adotado pelo Segundo Grupo de Direito Criminal do qual faço parte (Revisão Criminal n. 4017504-78.2018.8.24.0000).*

*Dessa forma, considerando que a pena-base foi exasperada em 1/3 (um terço) e a pena intermediária em 8 (oito) meses, o que corresponde à fração de 1/2 (um meio), e inexistindo causas de aumento ou de diminuição na terceira etapa, a sanção acessória perfaz um quantum final de 19 (dezenove) dias-multa.*

*Permanece inalterado o valor do dia multa à razão unitária mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.*

## *2. Do regime prisional*

*Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no art. 33, §3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do quantum da reprimenda, bem como das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal.*

*No caso, além do apelante ser reincidente específico, ostenta uma circunstância judicial negativa (maus antecedentes), sendo aplicável, destarte, o regime mais gravoso sequente, qual seja, o semiaberto, no moldes do art. 33, §2º, alínea 'b', do Código Penal.*

*Ao ensejo: "A reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis são fundamentos idôneos a justificar a imposição da fixação de regime prisional mais gravoso, inexistindo ilegalidade a ser sanada" (STJ, AgRg no HC 494.790/SP, Rei. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2019).*

*Assim, inviável o abrandamento do regime inicial semiaberto fixado sentencialmente.*

Preliminarmente, cumpre ressaltar que, 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.

**Pena-base. Aumento. Proporcionalidade.**

No que diz respeito ao *quantum* de aumento da pena-base, segundo a jurisprudência desta Corte, em razão da inexistência de determinação legal específica, é razoável e proporcional a fração de 1/6 (um sexto) calculada a partir da pena mínima abstratamente prevista para cada vetorial negativa. O aumento superior a tal *quantum* necessita de fundamentação concreta.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. RES FURTIVA. VALOR SUPERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ARTIGO 155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 511 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO USUAL DE 1/6. CABIMENTO. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.*

[...]

*IV - A jurisprudência dominante desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro*

*prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.*

*V - Na hipótese, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 apenas pelo emprego da qualificadora do rompimento de obstáculo para fundamentar a negatização da vetorial circunstância do crime, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.*

[...]

*Agravo regimental parcialmente provido apenas para aplicar o aumento da pena-base na fração de 1/6 (um sexto), em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, e redimensionar a pena do agravante para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 9 (nove) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*

(AgRg no HC 471.157/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018)

Todavia, *"a existência de duas condenações anteriores justifica a fixação da pena-base em 1/3 acima do mínimo legal para a circunstância judicial dos antecedentes"* (AgRg no HC n. 446.455/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 6/2/2020, DJe de 20/2/2020).

Na hipótese, a sentença condenatória destacou que *"o réu possui 4 condenações com trânsito em julgado conforme certidão de antecedentes criminais"* (e-STJ fl. 245), o que demonstra que a fração de aumento de 1/3 é proporcional.

**Agravantes e atenuantes. Aumento e diminuição. Proporcionalidade.**

Além disso, o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou de redução de pena em razão da incidência das agravantes e das atenuantes genéricas. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos postulados da

razoabilidade e da proporcionalidade. Para a jurisprudência desta Corte, é razoável e proporcional o aumento de 1/6.

A propósito:

*PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELAS ATENUANTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA ANALISADA NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ATENUANTES RECONHECIDAS NA ORIGEM. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO FIXADA APROXIMADAMENTE EM 1/10. DESPROPORCIONALIDADE. MODIFICADA PARA 1/6. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

*1. Não há falar em ausência de prequestionamento quando a matéria foi devidamente analisada pelo Tribunal de Justiça durante o julgamento dos embargos declaratórios, que, inclusive, afastou a redução da pena em 1/6 pelas atenuantes reconhecidas na origem.*

*2. Mostra-se claramente desproporcional a redução, na segunda fase da dosimetria, pelas atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa em aproximadamente 1/10, devendo, pois, ser aumentada a fração redutora para 1/6, quantum considerado razoável pela jurisprudência desta Corte. Precedentes.*

*3. Agravo regimental improvido.*

(AgRg no REsp 1687259/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 26/03/2018, grifei)

*HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVAS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E ROUBOS MAJORADOS. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NEGATIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. MAJORANTES. ART. 654, § 2º, DO CPP. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 443/STJ. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE RECRUDESCIMENTO. CRITÉRIO OBJETIVO. NÚMERO DE INFRAÇÕES.*

*1. A culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime foram sopesadas em desfavor do paciente, sem que o Magistrado sentenciante demonstrasse a existência de elementos concretos a justificar o recrudesimento da reprimenda. Ademais, o interesse em auferir vantagem econômica no crime de roubo configura elemento inerente ao próprio tipo penal e, por isso, inadmissível para justificar o recrudesimento da pena.*

*2. Quanto à segunda fase de aplicação da reprimenda, em razão da ausência de previsão no Código Penal do patamar de aumento ou de diminuição, a jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que a fração de 1/6 para cada agravante ou atenuante*

**atende ao critério da proporcionalidade.**

3. Com fundamento no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, que autoriza a concessão de habeas corpus de ofício, deve ser reconhecida a existência de ilegalidade flagrante na terceira fase da fixação da reprimenda, pela prática dos delitos de roubo, tendo em vista o enunciado da Súmula 443/STJ, bem como na fração de aumento aplicada decorrente do reconhecimento da continuidade delitiva, que deve atender ao critério objetivo referente ao número de infrações.

4. Ordem de habeas corpus concedida nos termos em que pleiteada e, presente ilegalidade manifesta, concedida, também, de ofício, a fim de redimensionar a pena do réu para 12 anos, 10 meses e 9 dias de reclusão, e pagamento de 16 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão proferido pelo Tribunal a quo.

(HC 269.768/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017, grifei)

**PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. QUANTUM DE AUMENTO. AGRAVANTES GENÉRICAS. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.**

1. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Destarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

2. 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.

3. Mantida a incidência de duas agravantes (CP, art. 61, II, "d" e "h"), o aumento da pena em 2/6 é de rigor, não sendo razoável a redução do aumento a 1/6, patamar cabível caso fosse reconhecida apenas uma circunstância legal desabonadora (Precedentes).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1221591/PI, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 19/12/2018, grifei)

No caso, a sentença menciona apenas uma condenação capaz de fundamentar a agravante da reincidência, razão pela qual deve ser modificada a fração de exasperação.

**Dosimetria.**

A pena-base de 1 ano e 4 meses de reclusão, aumentada em 1/6 na segunda fase pela agravante da reincidência, resulta na sanção definitiva de **1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão**, haja vista a falta de causas de aumento ou diminuição.

**Regime prisional.**

De acordo os §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal, tendo em vista a pena estabelecida, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência do réu, o regime inicial para cumprimento de pena é o fechado.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PISO LEGAL. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. DESPROPORCIONALIDADE NA FRAÇÃO DE AUMENTO OPERADA. REDUÇÃO PARA 1/3. MONTANTE DA REPRIMENDA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

[...]

*- Apesar de alterado o montante da sanção para patamar inferior 4 anos de reclusão, foi mantido o regime inicial fechado, por expressa previsão legal, em virtude da reincidência e das circunstâncias judiciais negativas, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e da Súmula n. 269 do STJ.*

*- Agravo regimental não provido.*

(AgRg no HC 529.912/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 04/11/2019)

Ante o exposto, **concedo parcialmente a ordem** para reduzir a pena



# *Superior Tribunal de Justiça*

para 1 ano, 6 meses e 20 dias de reclusão.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator