

HABEAS CORPUS Nº 561.111 - SP (2020/0032435-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : MARCOS ROBERTO LOPES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : MARCOS ROBERTO LOPES DE OLIVEIRA - SP269918
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURO JOSE DE ANDRADE (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado em favor de MAURO JOSÉ DE ANDRADE contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0002202-72.2012.8.26.0278.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de **2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa**, mais o pagamento de 168, § 2º, do Código Penal (fls. 25-27).

Inconformada, a defesa interpôs **apelação** perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 13-24.

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, pois a pena aplicada foi elevada e destituída de elementos concretos aptos a justificar a sua exasperação.

Expõe que, na primeira instância, a pena-base foi exasperada em 1/3 (um terço), tendo em vista os maus antecedentes.

Menciona que “*e. Tribunal a quo, ao deparar-se com a ilegalidade, ainda que em Recurso exclusivo da defesa, **data venia**, efetuou um “malabarismo jurídico”, separando o aumento que na Sentença era apenas na primeira etapa de fixação da pena, transformando-a em maus antecedentes e, na segunda fase, em causa agravante consistente na reincidência*” (fl. 7).

Superior Tribunal de Justiça

Sustenta que “o aumento de 1/3 foi todo praticado na primeira fase de fixação da pena, levando em consideração por duas vezes a mesma circunstância, causa de se apontar o *bis in idem*” (fl. 8).

Aduz que “o efeito devolutivo não tem o condão de consertar eventual equívoco praticado pelo Magistrado de piso, especialmente em caso que o Recurso é exclusivo da defesa” (fl. 8).

Assere que o aumento na primeira fase deve ficar adstrito a 1/6 (um sexto).

Defende a aplicação do art. 16 do Código Penal, porquanto o paciente devolveu todo dinheiro.

Indica que o regime inicial foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, em franco descompasso com as Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Requer, assim, a concessão da ordem.

A liminar foi **indeferida** (fls. 472-474).

Informações prestadas às fls. 478-499.

O Ministério Público Federal, às fls. 509-515, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

- É necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e em dados concretos presentes nos autos. No caso, a pena-base acima do mínimo foi fundamentada nos maus antecedentes (utilização de uma das duas condenações pretéritas e definitivas pela prática de delito idêntico), bem como pela elevada

culpabilidade do paciente, em face da sua condição de advogado, extrapolando, inclusive, a gravidade da majorante prevista no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, e também por ter se apropriado de quantia destinada a pessoa portadora de doença de Parkinson.

- Na fixação do regime inicial de cumprimento de pena pelo condenado, deve o julgador, de forma motivada (Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ), observar os critérios do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em atenção aos vetores do art. 59 do Código Penal.

No caso, ao ser fixado o regime inicial fechado, foi considerado que, apesar de o quantum da pena ser inferior a 4 anos de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo em face da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes e elevada culpabilidade) e foi reconhecida a reincidência do paciente.

*- Parecer pelo não conhecimento do **habeas corpus**.” (fl. 509).*

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração: i) a fixação da pena-base no mínimo legal; ii) subsidiariamente, a limitação da exasperação em 1/6 (um sexto); iii) a aplicação do arrependimento posterior; e iv) o estabelecimento de regime inicial mais brando.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária

uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado:

“Assim, delineada a materialidade e apurada a autoria do crime à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo o Assim, delineada a materialidade e apurada a autoria do crime à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base em um terço (1/3) acima do mínimo legal, vale dizer, um (1) ano e quatro (4) meses de reclusão, mais treze (13) dias-multa em face de circunstância judicial desfavorável representada por antecedente desabonador.

Pontue-se que o acusado ostenta em sua folha de antecedentes duas condenações pretéritas e definitivas pela prática de delito idêntico (fls. 68 e 74), ambas delineando a reincidência, porquanto não atingidas pelo quinquênio depurador previsto no artigo 64, inciso I, do Código Penal (informes constantes da folha de antecedentes a fls. 50).

Diante de tal quadro, nada impede considerar uma das decisões condenatórias anteriores para delinear a circunstância adversa na primeira fase da individualização do “castigo”, de modo a sopesar a remanescente na etapa seguinte ou intermediária, sem se deparar com violação ao princípio do “ne bis in idem”, algo até mesmo lógico.

[...]

Registre-se que a terceira condenação mencionada pelo magistrado (fls. 60) é posterior ao fato em testilha, de modo a ser aqui desconsiderada. Todavia, o acréscimo conferido à basilar não comporta reparo.

É que, primeiro, a condição de advogado extrapola a gravidade ínsita à majorante prevista no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, cuidando-se de atividade profissional disciplinada por minucioso Código de Ética a exigir especial decoro e dedicação na persecução dos direitos.

Importa anotar que a situação não traduz violação ao princípio do ne bis in idem, isso porque a causa de aumento aludida considera de

forma genérica a condição do agente, representando a circunstância especial relativa ao exercício da advocacia um munus ou plus apto a intensificar a culpabilidade e a impor incremento da pena básica como forma de se conferir adequada reprovação à conduta de profissional qualificado.

Tenha-se em mente que a “qualificadora” sob análise enseja único aumento, cabendo ao julgador considerar, na primeira etapa da individualização, a posição social do sujeito ativo e peculiaridades de sua profissão ou atividade (exercício da advocacia, cuja imprescindibilidade encontra previsão até mesmo na Constituição Federal, artigo 133), na hipótese indissociável da lisura e comportamento exigidos por legislação própria (artigos 31, 32 e 33 da Lei nº. 8.906/94).

Num segundo ângulo, o agente apropriou-se de quantia destinada a pessoa portadora de doença de Parkinson, quadro apto a evidenciar ousadia e perversidade atreladas a personalidade potencialmente perniciosa, a par de desnudar dolo exacerbado a exigir resposta estatal mais severa.

Realce-se que “2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida. 3. Inexistência de reformatio in pejus” (STF, HC 106113/MT, Relatora Ministra CÁRMEN LÚCIA).

“Com efeito, esta Suprema Corte possui precedentes no sentido de que o reajustamento da pena-base, ainda que em sede recurso exclusivo da defesa, não caracteriza reformatio in pejus quando mantida a pena aplicada em primeiro grau, porquanto o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória, desde que a Corte se adstrinja aos limites da acusação e da prova produzida” (STF, HC 139100/SP, Relator Ministro LUIZ FUX, julgado 13-12-2016), deparando-se com variegados precedentes da mais Alta Corte a respeito (RHC 129811/ES, Recurso Ordinário em Habeas Corpus, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI).

Acrescente-se que a condenação anterior por crime da mesma espécie considerada como antecedente negativo, por si só, já exigia o incremento aplicado na sentença, de modo a desestimular a recalcitrância à emenda, mormente porque igual acréscimo se afigura condizente com a recidiva específica, consoante a seguir se esmiuçar.

Por isso, na etapa intermediária da dosimetria, tem-se como correta a exasperação de um terço (1/3) em razão da reincidência específica, resultando em um (1) ano, nove (9) meses e dez (10) dias de reclusão, mais dezessete (17) dias-multa.

Saliente-se que a recidiva decorrente do cometimento de crime idêntico evidencia a necessidade de exasperação mais severa do “castigo” como forma de desestimular a persistência na senda do crime, indicando a agravante não haver MAURO notado as consequências de seus atos, tanto

que voltou a delinquir de maneira análoga.

[...]

Na derradeira fase do artigo 68 do Código Penal, exasperou-se a sanção de um terço (1/3) em razão da causa de aumento prevista no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, perfazendo o patamar definitivo de dois (2) anos, quatro (4) meses e treze (13) dias de reclusão, mais vinte e dois (22) dias-multa, unidade no piso, à míngua de outras causas modificadoras.

De resto, respeitado o entendimento da ilustrada Procuradoria de Justiça, o regime fechado para início de cumprimento da corporal é o único adequado diante do antecedente, demais circunstâncias judiciais adversas e da reincidência, servindo o quadro para delinear dolo exacerbado e odiosa recalcitrância à emenda inconciliáveis com retiro menos severo (artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal)” (fls. 17-21, grifei).

Com efeito, em recurso exclusivo da defesa, quando houver piora da situação do acusado, como, por exemplo, **se o Tribunal aplicar agravante ou causa de aumento que não tenha sido objeto da sentença ou as fazer incidir em fração mais gravosa**, entende-se configurada a **reformatio in pejus**, ainda que a pena definitiva tenha, ao final, restado diminuída.

Isso porque a inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe ao Tribunal **ad quem** agravar a pena quando somente o réu houver apelado da sentença, aplica-se **não** apenas à pena final ou global; mas, também, a cada uma das etapas da dosimetria tomadas isoladamente.

Nesse sentido, colaciono, exemplificativamente, os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ACÓRDÃO QUE REDUZIU A PENA-BASE MAS AUMENTOU A FRAÇÃO DE AGRAVAMENTO PELA REINCIDÊNCIA. PENA DEFINITIVA INFERIOR À ESTABELECIDNA NA SENTENÇA. NECESSIDADE DE CONSIDERAR CADA ETAPA DOSIMÉTRICA ISOLADAMENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONCEDIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

II - Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que é possível, ainda que no âmbito de recurso exclusivo da defesa, a revisão dos fundamentos apresentados na

dosimetria da pena, desde que não seja modificada a quantidade de sanção imposta em primeiro grau, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus.

III - Contudo, tratando-se de recurso exclusivo da defesa, quando houver piora da situação do acusado em qualquer etapa dosimétrica, como, por exemplo, se o Tribunal aplicar agravante ou causa de aumento que não tenha sido objeto da sentença ou as fazer incidir em fração mais gravosa, entende-se configurada a reformatio in pejus, ainda que a pena definitiva tenha, ao final, restado diminuída.

IV - In casu, o eg. Tribunal de origem, com base na reincidência, agravou a pena em patamar superior ao estabelecido na sentença condenatória. Dessa forma, à luz do princípio do ne reformatio in pejus, está configurado constrangimento ilegal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformular a dosimetria da pena” (HC n. 476.419/MG, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 14/12/2018, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA, REDUZIU A PENA-BASE MAS AGRAVOU NA SEGUNDA FASE. SITUAÇÃO DO PACIENTE AGRAVADA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. REGIME FECHADO MANTIDO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Em se tratando de recurso exclusivo da defesa, não pode o Tribunal, quando do seu julgamento, agravar a situação do acusado, definida pela sentença, sob pena de indevida reformatio in pejus. Inteligência do art. 617 do CPP.

3. Hipótese em que o Tribunal local reduziu a

pena-base, mas agravou em 1/6 a pena na segunda fase, em razão do reconhecimento da agravante da reincidência.

4. Apesar de o acórdão recorrido não ter agravado o montante final da pena do paciente, a situação fático-processual do paciente foi agravada, de modo que o constrangimento ilegal encontra-se evidenciado, pois, na análise dos limites que permeiam a vedação da reformatio in pejus, é necessário verificar item por item do dispositivo da pena, e não apenas o montante final da sanção. Precedentes.

5. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

6. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de três majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

7. Não há se falar em regime inicial diverso do fechado, tendo em vista que a pena arbitrada é superior a 4 anos e a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença proferida pelo juízo de primeiro grau" (HC n. 384.699/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 27/04/2017, grifei).

"[...]

DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. RECONHECIMENTO PELA CORTE ORIGINÁRIA EM SEDE DE APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Evidenciado que o Tribunal, julgando apelação exclusiva da defesa, a despeito de desclassificar um delito mais grave (art. 183 da Lei n.º 9.472/97) para outro cuja pena cominada é mais branda (art. 70 da Lei nº 4.117/62), reconheceu circunstância agravante não considerada no édito condenatório, resta demonstrada a reforma a pior nesse ponto, em nítida ofensa ao art. 617 do Código de Processo Penal, que proíbe a reformatio in pejus.

2. Afastada a agravante prevista na alínea b do inciso II do artigo 61 do Código Penal quanto ao delito tipificado no art. 70 da Lei nº 4.117/62, a reprimenda deve ser reduzida para 1 (um) ano de detenção.

3. *Agravo regimental a que se nega provimento, concedido, no entanto, habeas corpus de ofício, a fim de, em relação à condenação pela prática do crime previsto no art. 70 da Lei nº 4.117/62, afastar o aumento levado a efeito na segunda fase da dosimetria, mantidos os demais termos do aresto recorrido*" (AgRg no AREsp n. 753.006/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 21/10/2015, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENA ELEVADA NA TERCEIRA FASE EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Em recurso exclusivo da defesa, ainda que a pena global sofra redução quando comparada com a sanção aplicada pelo julgador de 1º grau, não se admite que em qualquer das etapas da dosimetria _ isoladamente consideradas _, a sanção seja elevada, sob pena de configuração de vedada reformatio in pejus.

2. Situação em que elevou-se a pena na terceira fase da dosimetria, conferindo às majorantes aumento não mais de 1/3, mas sim de 5/12.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no AREsp n. 500.611/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 23/10/2017, grifei).

Na hipótese em foco, como relatado pela Corte de origem, o Juízo de Direito de primeiro grau exasperou a pena-base em 1/3 (um terço), tendo em vista a existência de **três maus antecedentes**. O Tribunal local, por sua vez, a analisar recurso exclusivo da defesa, **desconsiderou um dos antecedentes**, e **manteve o aumento de 1/3 (um terço)**, ao fundamento de que uma condenação específica configuraria maus antecedentes e a outra condenação, também, específica caracterizaria reincidência.

Neste contexto, observa-se que **a agravante da reincidência só foi reconhecida em segunda instância**, por ocasião de apreciação de recurso exclusivo da defesa, situação a configurar **reformatio in pejus**. **Portanto, deve ser afastada da dosimetria da pena a condição de reincidente do paciente e seus consectários legais.**

Quanto à pena-base, é oportuna a menção de que a jurisprudência da **Quinta Turma** deste Tribunal Superior se firmou no sentido de que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, **a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena**, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial.

No ponto, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação, sem que se incorra em **reformatio in pejus**, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Sobre o tema, colaciono os seguintes precedentes desta Quinta Turma:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MANTIDA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[..]

III - Mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.” (HC n. 427.418/MS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe 05/04/2018, grifei).

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ARTIGO 33 PARA O ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006.

DESCCLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS DE POSSUIR E MANTER EM DEPÓSITO ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES PARA A MAJORANTE DO ARTIGO 40, IV, DA LEI DE DROGAS. DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. VALORAÇÃO OBRIGATÓRIA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA DIVERSIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES POR NÃO CONSTAREM DO LAUDO DEFINITIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA PENAL E REGIME INICIAL. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. QUANTIDADE DE MUNIÇÕES APREENDIDAS. MODO DE EXECUÇÃO. VALORAÇÃO DEVIDA. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. FRAÇÃO DE REDUÇÃO E REGIME INICIAL. VALORAÇÃO. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

3. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação autoriza ao Tribunal ad quem, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção ou redução da pena ou do regime inicial; não havendo falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada, como na espécie, em que a reprimenda imposta ao paciente foi reduzida e mantido o modo fechado de execução.

[...]

6. *Habeas Corpus* não conhecido." (HC n. 358.518/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/2/2017, grifei).

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às

peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Habeas corpus não conhecido.” (HC n. 368.323/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 29/11/2016).

“REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE ALTERAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO RECORRENTE INALTERADA.

1. Sabe-se que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o Tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar novas fundamentações, desde que não agrave a situação do recorrente.

2. No presente caso, o Tribunal estadual, afastando algumas circunstâncias judiciais negativas, manteve o reconhecimento dos maus antecedentes e a quantidade e a natureza da droga apreendida, sem alterar a pena-base fixada pelo juiz sentenciante, inexistindo, portanto, o alegado reformatio in pejus.

REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na hipótese, a Corte de origem seguiu a jurisprudência reiterada deste Sodalício, ao confirmar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, aliada à reincidência, justificando a imposição de regime prisional mais severo.

2. Agravo regimental improvido” (AgRg no AREsp n. 904.283/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 7/10/2016).

“PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. CORRUPÇÃO PASSIVA. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA NO SEGUNDO GRAU. DOSIMETRIA. NOVA PENA. REDUÇÃO. PERCENTUAL DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO. EFEITO

DEVOLUTIVO DO APELO. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

[...]

4. O efeito devolutivo amplo da apelação autoriza o Tribunal a quo, ainda que em recurso exclusivo da defesa, a proceder à revisão das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a fim de reestruturar a pena-base, não havendo que se falar em reformatio in pejus se a situação do sentenciado não foi agravada.

5. Caso em que a desclassificação para o delito de corrupção passiva impôs ao paciente pena menor do que a aplicada na sentença por concussão - alterando-a de 3 anos para 2 anos e 6 meses -, embora a Corte estadual, mediante a valoração das circunstâncias judiciais, tenha dosado a nova sanção em percentual maior do que aquele definido pelo sentenciante para o crime desclassificado, postura que, sem denotar arbitrariedade ou desproporcionalidade, não macula a vedação da reforma em prejuízo.

6. **Habeas corpus não conhecido**” (HC n. 279.080/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 3/2/2016).

In casu, a Corte de origem justificou a exasperação da pena, haja vista: i) a reiteração delitiva em crime da mesma espécie; ii) o fato ter se praticado o delito em razão de sua atividade profissional – advogado, condição que lhe impõe maior desvelo e probidade no exercício de seu mister; e iii) o fato de ser a vítima portadora de doença de Parkinson.

Ciente disso, verifica-se existir motivos concretos e idôneos a justificar a exasperação da pena-base em 1/3 (um terço).

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

Nesse sentido o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REDUÇÃO DA PENA-BASE, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada. Precedentes.

3. No caso, a redução da pena-base em 3 meses, pela atenuante da menoridade, foi menor que a fração comumente usada de 1/6 e sem a apresentação de qualquer fundamentação, o que demonstra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o semiaberto" (HC n. 386.005/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/3/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ATENUANTE DA MENORIDADE. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA ESCOLHA DE FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 (UM SEXTO). PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada

do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

II - No presente caso, há flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, pois não houve fundamentação idônea para desabonar a culpabilidade e os antecedentes. Ademais, o comportamento da vítima é circunstância judicial neutra, não podendo ser valorada em desfavor do réu, mas em seu benefício quando ela, de alguma forma, contribui para o cometimento do crime.

III - De igual modo, mostra-se flagrantemente desproporcional a redução da pena pela menoridade do paciente em apenas 6 (seis) meses - o que representava 1/37 (um trinta e sete avos) da pena-base -, devendo ser fixada a fração paradigma de 1/6 (um sexto), ante a ausência de motivação para a incidência em patamar inferior.

IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado. Precedentes.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 370.184/RS, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 22/5/2017).

Ademais, é cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, **dentro da discricionariedade juridicamente vinculada**, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no **caput** do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; **antecedentes**; conduta social;

personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e 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.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REAL ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS, INCLUSIVE AS CRIANÇAS. TERCEIRA FASE. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

*1. Não há ilegalidade na fixação da pena-base se o Juiz justificou concretamente a medida em razão das consequências do delito, dado o abalo emocional sofrido pelas vítimas, inclusive as crianças, mantidas sob a mira de revólver municiado, engatilhado e manuseado pelo agente com dedo no gatilho. Não se trata de presunção ou motivação abstrata, mas de concreta justificativa. O Tribunal de origem inclusive destacou que a família submete-se a tratamento psiquiátrico desde os fatos até a atualidade, indicando os reflexos no cotidiano das crianças, que sofrem dificuldade de sono e sensação de medo constante. Considerando o mínimo e o máximo previsto para o tipo penal, não se constata desproporcionalidade. **Esta Corte já decidiu que o quantum de acréscimo não depende da quantidade de circunstâncias judiciais, mas sim de adequada motivação. Não se trata de critério matemático.***

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais

de uma causa de aumento, o acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria requer a devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.

3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reduzir a pena aplicada aos pacientes para 8 (oito) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão" (HC n. 387.992/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 15/5/2017 - grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R\$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido" (AgInt no HC n. 377.446/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 20/4/2017 - grifei).

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Os artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil/73, aplicável subsidiariamente na área penal, autorizam

ao relator apreciar de forma unipessoal recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que se negou provimento ao agravo em recurso especial pois a pretensão recursal exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inexistindo, portanto ofensa ao princípio da colegialidade.

HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTE DOS AUTOS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO EXPLICITADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Na condenação, atento às peculiaridades do caso, deve o magistrado sentenciante guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no "caput" do artigo 59 do Código Penal, inexistindo critério puramente objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador.

2. Utilizada fundamentação concreta para a majoração da pena-base a título de culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime, não há irregularidade na dosimetria da pena.

3. Não há vício no acórdão recorrido que explicita os fundamentos adotados na sentença condenatória ensejadores da majoração da pena-base.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 759.277/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/8/2016 - grifei).

No que concerne ao arrependimento posterior, observa-se que a referida tese não foi enfrentada pela eg. Corte de origem.

Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre **o referido tema** exposto na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em **indevida supressão de instância**.

Perfilhando esse entendimento, trago os seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES.

DETRAÇÃO (ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). MATÉRIA NÃO SUSCITADA PERANTE A CORTE A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA. FATOR DETERMINANTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A tese relativa à aplicação do instituto da detração não foi suscitada perante o Tribunal a quo, o que impede a sua apreciação diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido.” (HC n. 480.651/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe 10/04/2019, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESCRÉDITO NO SERVIÇO REGISTRÁRIO MAIOR DO QUE A LESÃO INERENTE AO FALSO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440 E 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 2. O capítulo da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito não foi devolvido para o Tribunal a quo, nem por ele apreciado. Como não há decisão de órgão colegiado, é inviável a apreciação do tema por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância e alargamento inconstitucional da hipótese de competência do Superior Tribunal de Justiça para julgamento de habeas corpus, constante no art. 105, I, "c", da Constituição da República, que exige decisão de Tribunal.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido.” (HC n. 339.352/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 28/08/2017).

Por fim, em relação ao regime inicial, uma vez afastada a condição de reincidente, e existindo circunstâncias judiciais desfavoráveis,

Superior Tribunal de Justiça

atento ao quantum de pena aplicado, o regime inicial semiaberto é o que melhor se coaduna com as disposições do art. 33, §§, 2º, “b”, 3º, do Código Penal.

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

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão somente, fixar o regime inicial semiaberto ao paciente.

P. e I.

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator