



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.457 - SP (2018/0318933-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNA GONÇALVES DA SILVA LOUREIRO - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CICERO BEZERRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DELITO DE ROUBO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE ANTE O USO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ERRÔNEO DESVALOR DA CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE DO AGENTE. AFERIÇÃO A PARTIR DE ELEMENTOS CONCRETOS DOS AUTOS. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

3. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal – CP, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

4. A jurisprudência deste Tribunal Superior é reiterada no sentido de que a utilização de simulacro de arma de fogo não é justificativa para majorar a pena-base, pois já inerente ao tipo penal do roubo. Precedentes.

5. Relativamente à circunstância judicial da conduta social, é certo que *"refere-se ao estilo de vida do réu e o seu comportamento perante a sociedade, a família, o ambiente de trabalho, a vizinhança, dentre outros aspectos de interação social"* (HC 298.130/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/8/2017), e, nesse limite, nada se apontou de reprovável nos presentes autos.

6. Correta a valoração negativa referente à circunstância judicial da personalidade, tendo em vista que a existência de caráter voltado à prática de infrações penais do paciente foi aferida com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de acordo com o livre convencimento motivado. Assegurou o magistrado sentenciante que *"conjugando o documento de fls. 128 com outras peças constantes dos autos, conclui-se que estava o acusado ainda em cumprimento de pena em razão de condenação anterior pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 126/127), em livramento condicional (fls. 124 e 162), quando foi preso em flagrante pela suposta prática de furto qualificado, pelo qual já foi condenado em primeiro grau (fls. 158), sendo que, após obter o direito de apelar em liberdade naquele processo, foi preso em flagrante pelo crime ora apurado."*

7. Embora o *quantum* da pena permita, em tese, a fixação do regime semiaberto, a existência de circunstância judicial desfavorável utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal, bem como o fato do paciente ser reincidente, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 4 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 9 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de março de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.457 - SP (2018/0318933-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNA GONÇALVES DA SILVA LOUREIRO - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CICERO BEZERRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de JOSE CICERO BEZERRA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0010643-62.2017.826.0635).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal – CP (roubo), à pena de 5 anos de reclusão em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso nos termos do acórdão que restou assim ementado:

Roubo simples - Recurso defensivo requerendo a fixação da pena-base no mínimo legal e a fixação de regime diverso do fechado para o início de cumprimento da pena imposta - Provas francamente incriminadoras dando conta de que o apelante foi o autor do delito, consubstanciadas nas declarações da vítima, no depoimento do policial militar e na própria confissão judicial do réu - Pena-base fixada em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal de maneira adequada, considerando a utilização de simulacro de arma de fogo, a conduta social reprovável e a personalidade deturpada do réu, voltada ao cometimento de infrações criminais - Reincidência comprovada - Regime fechado mantido - Negado provimento (fl. 47).

No presente *mandamus*, alega que a pena-base foi exasperada em 1/4 em virtude do emprego de simulacro de arma de fogo, fundamento inidôneo para agravar a reprimenda, uma vez que a grave ameaça atrelada ao artefato constitui elemento do tipo penal.

Sustenta que o aumento da pena decorrente apenas da utilização de arma de brinquedo na perpetração do delito ofende o princípio da individualização da pena. Assevera que o magistrado sentenciante deve avaliar as condições pessoais do réu e a conduta efetivamente adotada em relação à vítima durante o crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca inexistir condenação transitada em julgado decorrente do delito de furto em tese praticado anteriormente pelo paciente e, por tal motivo, não há que se falar em avaliação negativa da personalidade do agente sob pena de violação do princípio da presunção de inocência.

Aduz que a condenação anterior por tráfico de entorpecentes foi utilizada na segunda fase da dosimetria para caracterizar a reincidência, logo, constitui indevido *bis in idem* sua valoração também para ensejar o recrudesimento da pena-base.

Por fim, alega ausência de fundamentação idônea na fixação de regime inicial fechado, porquanto a reprimenda final não ultrapassou o patamar de oito anos. Novamente indica *bis in idem* na utilização da reincidência para agravar a pena e, ainda, impor regime mais gravoso ao paciente.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução da pena-base e abrandamento do regime inicial para o aberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 57/59. Informações devidamente prestadas às fls. 67/75 e 77/83.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 85/86).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 481.457 - SP (2018/0318933-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Inicialmente, é certo que o refazimento da dosimetria da pena em *habeas corpus* tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.

Conforme relatado, a primeira controvérsia diz respeito à majoração da pena-base. As instâncias ordinárias assim fundamentaram a dosimetria da pena do paciente:

Sentença:

[...]

Passo, no mais, à fixação das penas.

*Na primeira fase do cálculo, em atenção ao disposto no artigo 59, do Código Penal, deve a pena-base do réu ser fixada um pouco acima do mínimo legal, **em atenção às circunstâncias do crime**, mais graves do que o comum para a espécie, na medida em que teria **contado com a utilização de simulacro de arma de fogo**, o qual foi, inclusive, devidamente apreendido.*

Frise-se que, por ser a arma utilizada mero simulacro de arma de fogo, não pode ser reconhecida a causa de aumento de pena do § 2º, inciso I, do artigo 157, do Código Penal, não impedindo tal fato, porém, de ser considerada sua utilização como circunstância judicial desfavorável, já que a utilização de arma, seja ela verdadeira ou de brinquedo, e esteja municiada ou não, impõe no momento do delito maior temor à vítima, que desconhece tais circunstâncias, diminuindo em muito qualquer possibilidade de reação.

Ademais, conjugando o documento de fls. 128 com outras peças constantes dos autos, conclui-se que estava o acusado ainda em cumprimento de pena em razão de condenação anterior pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 126/127), em livramento condicional (fls. 124 e 162), quando foi preso em flagrante pela suposta prática de furto qualificado, pelo qual já foi condenado em primeiro grau (fls. 158),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo que, após obter o direito de apelar em liberdade naquele processo, foi preso em flagrante pelo crime ora apurado (fls. 128), **o que indica conduta social de todo desfavorável, além de personalidade desajustada e voltada à prática de cometimento de delitos, indicando ele com sua conduta que faz do crime seu meio de vida**. Por outro lado, as condenações anteriores constantes das certidões de fls. 159 e 160 não podem ser consideradas como Maus antecedentes, eis que as penas privativas de liberdade respectivas foram extintas há mais de 10 (dez) anos, em 18/08/2006 e 20/06/2007 (fls. 124), sendo que as condenações remanescentes constantes às fls. 126 e 160 configuram reincidência e serão consideradas na fase seguinte da dosimetria da pena.

Assim, considerando os fundamentos acima expostos, entendo necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime sub judice o aumento da reprimenda do acusado em 1/4 (um quarto), perfazendo reprimenda de 05 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 12 (doze) dias-multa, arbitrados no valor unitário mínimo legal, à minguia de maiores informações sobre a capacidade econômica do réu.

Na segunda fase do cálculo, de rigor o reconhecimento da agravante da reincidência, eis que o réu, quando do cometimento do delito, já ostentava duas condenações definitivas, conforme fls. 117/118, 126 e 160), nos termos do artigo 63, do Código Penal, bem como o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, eis que admitiu nesta data amplamente a prática do crime. Assim, nesta fase, possível a compensação de ambas as circunstâncias, ficando as penas aplicadas nos patamares acima fixados.

Por fim, na terceira fase da dosimetria, não há causas de aumento ou de diminuição de pena a serem consideradas, razão pela qual ficam mantidas as penas acima fixadas.

O acusado é reincidente e deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, considerando o montante da pena aplicada e as graves circunstâncias concreta do delito em testilha, cometido mediante grave ameaça com emprego de simulacro de arma de fogo, tendo ainda as circunstâncias judiciais sido consideradas desfavoráveis quando da fixação da pena base, de modo que não se mostraria indicada a imposição de regime diverso, com fundamento no art. 33, §§2º e 3º, do Código Penal.

Considerando o montante da pena privativa de liberdade fixada e que foi o crime cometido mediante grave ameaça, inviável a substituição da reprimenda privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos, conforme regra constante do artigo 44, do Estatuto Repressor, não se mostrando igualmente adequada a aplicação do sursis (fls. 25/27).

Acórdão:

[...]

As penas foram criteriosamente fixadas.

A pena-base foi fixada em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, diante da maior gravidade da conduta, notadamente o cometimento do crime utilizando-se de simulacro de arma de fogo, que gerou maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

temor na vítima, possibilitando assim ser considerada para exasperá-la.

Ademais, considerou para exasperar a pena-base o fato de que ainda estava em cumprimento de pena cf. fls. 128 dos autos e estava em livramento condicional cf. fls. 124 e 162 dos autos quando praticou crime, para então, novamente em liberdade, cometer o crime destes autos. Por essas razões, justificada a sua conduta social desfavorável e a sua personalidade deturpada, voltada ao cometimento de infrações criminais.

Diante disso, a exasperação da pena em 1/4 (um quarto) foi bem justificada e atendeu aos critérios da suficiência e reprovabilidade na apenação.

Na segunda fase, presente a circunstância agravante da reincidência cf. fls. 117/118, 126 e 160 dos autos.

Frise-se que não ocorreu bis in idem como alegado pela defensoria, porquanto a douta magistrada a quo se utilizou da condenação para comprovar a sua reincidência, enquanto que para exasperar a pena-base considerou a sua conduta social e personalidade deturpada, voltada ao cometimento de infrações penais, mormente ter cometido outros crimes enquanto cumpria pena e estava em livramento condicional.

Por fim, por ser o crime de roubo de extrema gravidade, que gera imenso desassossego na sociedade, o que denota a atividade criminosa, e demonstra a periculosidade do réu que, aliás, possui conduta social reprovável e personalidade deturpada, voltada ao cometimento de infrações penais e ser reincidente, mostra-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

(...).

Acrescente-se ainda que o regime mais severo melhor atende a finalidade da pena, ou seja, possibilitando de modo mais efetivo alcançar o caráter especial negativo da pena, que justamente consiste na intimidação do réu para que não volte a delinquir, evitando-se, conseqüentemente, a prática de novos delitos, reafirmando assim a existência e eficiência do Direito Penal o que, neste prisma, confirma o seu caráter geral positivo, outra finalidade que a pena visa estabelecer.

Em face dos argumentos acima elencados, a r. sentença acertadamente condenou o apelante pela prática do crime de roubo simples, devendo ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos (fls. 49/51).

É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

Vê-se que as instâncias ordinárias justificaram que a utilização de simulacro de arma de fogo permite o aumento da pena-base, *pois impõe no momento do delito maior temor à vítima*. Entretanto, a jurisprudência deste Tribunal Superior é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reiterada no sentido de que essa circunstância não é fundamentação idônea para majorar a reprimenda, pois já inerente ao tipo penal do roubo.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA O INCREMENTO DA PENA-BASE A TÍTULO DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. SÚMULA 545/STJ. MANIFESTAÇÃO VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. DUPLA REINCIDÊNCIA DO RÉU. COMPENSAÇÃO PARCIAL NA SEGUNDA FASE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...).

2. Hipótese na qual o acórdão fixou a pena-base acima do mínimo legal a título de circunstâncias do crime, sem que tenha sido declinado elemento concreto da conduta a demonstrar a sua maior gravidade e, por consectário, a necessidade de resposta penal mais severa, baseando-se, exclusivamente, no emprego de simulacro de arma de fogo na senda criminosa. Por certo, conforme o reconhecido na manifestação ministerial, a simulação de arma de fogo foi valorada para a tipificação da conduta como crime de roubo, caracterizando a elementar da grave ameaça, não podendo ser, pois, novamente utilizada para exasperar a pena-base, tendo o acórdão ora impugnado incorrido em indevido bis in idem. Precedente.

[...]

9. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda a 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, permanecendo inalterado, no mais, o teor do acórdão ora hostilizado (HC 374.363/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 7/3/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO EM RAZÃO DE USO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 174/STJ CANCELADA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. REPRIMENDA INICIAL REDUZIDA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte superior, desde o cancelamento da Súmula 174/STJ, não admite mais a exasperação da pena-base com fundamento em simulacro de arma de fogo, o qual é apto para caracterizar apenas a grave ameaça, circunstância inerente ao tipo penal de roubo.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 401.040/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 24/11/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO TENTADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA NA UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. ILEGALIDADE. PENA QUE JÁ HAVIA SIDO RECONDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA 231/STJ. DESNECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS, CONDENADOS A PENAS NÃO SUPERIORES A 4 ANOS E AFASTADA A ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 440/STJ. ADEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o uso de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito, razão pela qual a Súmula 174/STJ foi cancelada.

3. No caso, as penas dos réus foram reconduzidas ao mínimo legal em virtude da existência de circunstância atenuante, razão pela qual, em face do óbice da Súmula 231/STJ, o reconhecimento de ilegalidade na exasperação da pena-base não enseja o redimensionamento das respectivas penas.

4. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (Súmula 440/STJ).

5. Hipótese em que os pacientes, primários, foram condenados a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e a única circunstância judicial desfavorável foi reconhecida como inidônea, razão pela qual fazem jus ao regime inicial aberto.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto (HC 326.778/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2015)

Do mesmo modo, da análise da dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, verifico flagrante ilegalidade, passível de concessão da ordem de ofício, no tocante à valoração negativa da circunstância judicial da conduta social.

Vale ressaltar que, relativamente à circunstância judicial da **conduta social**, segundo a doutrina "*deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora*" (Código Penal Comentado, Guilherme de Souza Nucci, 11ª edição, RT, pg. 427).

Na mesma linha se encontra a jurisprudência desta Corte Superior, na qual é firme no sentido de que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A circunstância judicial da conduta social compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos" (HC 358.951/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 5/5/2017);

"A circunstância da conduta social, por sua vez, refere-se ao estilo de vida do réu e o seu comportamento perante a sociedade, a família, o ambiente de trabalho, a vizinhança, dentre outros aspectos de interação social" (HC 298.130/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 14/8/2017);

"Não obstante, é a vetorial conduta social aferida pela inserção do agente em seu grupo social (família, vizinhança, trabalho, escola etc.) e nesse limite nada se apontou de reprovável" (HC 31.218/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 4/12/2014).

No caso em apreço, entendo que a conduta social foi considerada negativa sem que fosse apresentada fundamentação apta a justificar a medida.

Por outro lado, correta a valoração negativa referente à circunstância judicial da personalidade, posto que a existência de caráter voltado à prática de infrações penais do paciente foi aferida com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado. Assegurou o magistrado sentenciante que *"conjugando o documento de fls. 128 com outras peças constantes dos autos, conclui-se que estava o acusado ainda em cumprimento de pena em razão de condenação anterior pela prática de tráfico ilícito de entorpecentes (fls. 126/127), em livramento condicional (fls. 124 e 162), quando foi preso em flagrante pela suposta prática de furto qualificado, pelo qual já foi condenado em primeiro grau (fls. 158), sendo que, após obter o direito de apelar em liberdade naquele processo, foi preso em flagrante pelo crime ora apurado."*

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. ELEMENTOS CONCRETOS DEVIDAMENTE INDICADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VÍTIMA JOVEM. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MESMA FUNDAMENTAÇÃO PARA VALORAR NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. BIS IN IDEM CONFIGURADO. MOTIVOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DECOTE DOS REFERIDOS VETORES. REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

- 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.

- Na hipótese, a culpabilidade foi valorada negativamente pelos vários disparos de arma de fogo desferidos contra a vítima, o que imprimiu ao delito maior grau de reprovabilidade. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte, tal fundamento é idôneo, pois remonta às particularidades do caso concreto, isto é, ao modo especialmente grave como agiu o paciente, nada havendo de abstrato ou genérico na mencionada fundamentação. Precedentes.

- **Quanto ao desvalor da personalidade do agente, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que o magistrado deve utilizar-se de elementos concretos inseridos nos autos, justificantes da exasperação da pena-base cominada, sendo prescindível a realização de laudo pericial para tal constatação (AgRg no REsp 1406058/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 27/04/2018).**

- Quanto às consequências do crime, esta Corte entende que a idade da vítima é fundamento que justificam o aumento da pena-base. Precedentes. - Contudo, impossível utilizar apenas este fundamento para considerar desabonadoras as circunstâncias e as consequências do delito, sob pena de indevido bis in idem, em razão do que mantenho o desvalor apenas das consequências.

- Os motivos, por sua vez, foram tidos por desfavoráveis, porquanto não foram devidamente esclarecidos. Ora, somente é possível valorar negativamente alguma circunstância judicial quando há elementos concretos que o autorizem. No caso, a pena do acusado foi exasperada, quanto à referida circunstância, sem a indicação de elementos concretos para tanto. Por conseguinte, de rigor o decote do aumento efetuado.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente para 15 anos e 4 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação (HC 429.419/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2018).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. EXASPERAÇÃO DEVIDA PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E PELA PERSONALIDADE. TORTURA. PENA-BASE. AUMENTO EM RAZÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS COMUNS À ESPÉCIE. FUNDAMENTO INVÁLIDO. ART. 1º, § 4º, III, DA LEI 9.455/97 (CAUSA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE AUMENTO RELATIVA AO DELITO DE TORTURA - DELITO PRATICADO MEDIANTE SEQUESTRO). CONDENAÇÃO CONCOMITANTE PELO DELITO DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. INAPLICABILIDADE. BIS IN IDEM CARACTERIZADO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...).

2. Justifica-se o aumento da pena-base no crime de extorsão mediante sequestro, tendo em vista que a pluralidade de vítimas, o fato de serem mãe e filho, sendo, este último, menor de idade, denotam maior gravidade delito.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, constitui motivação idônea para a valoração negativa da personalidade, a qual pode prescindir de laudos técnicos de especialistas, a presença nos autos de elementos que demonstrem a má índole do agente, sua frieza, seu comportamento perverso e/ou voltado à criminalidade. Precedentes.

4. O *modus operandi* empregado pelo agente no delito de tortura, com o fim de obter informação patrimonial da vítima, bem como os choques aplicados pelo contato dos pés da vítima com o piso molhado exposto à corrente elétrica, ou mesmo as ameaças de que iriam jogar seu filho em um poço não constituem fundamentos idôneos à exasperação da pena-base, na medida em que não extrapolam a conduta abstratamente prevista no art. 1º, I, da Lei 9455/97.

5. Ainda que correta a maior gravidade da conduta do paciente quanto ao delito de tortura - uma vez que praticada mediante sequestro -, na espécie, diante da condenação concomitante do paciente pelo delito de extorsão mediante sequestro, reputa-se indevida a aplicação da referida causa de aumento de pena, prevista no § 4º, III, do art. 1º, da Lei 9.455/97 (se o crime é cometido mediante seqüestro), sob pena de *bis in idem*.

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 18 anos e 8 meses de reclusão (HC 213.488/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 7/12/2015)

Dessa forma, impõe-se proceder à nova dosimetria da pena. Na fase inicial, as instâncias ordinárias majoraram a pena-base em 1/4 com base em três circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, diante do exposto acima, afasto a valoração negativa das circunstâncias do crime e da conduta social e mantenho o aumento apenas quanto à personalidade, fixando a pena-base em 4 anos e 4 meses de reclusão, mais 9 dias-multa.

Adotados os demais parâmetros utilizados pelas instâncias ordinárias nas fases seguintes, a reprimenda resta definitiva em 4 anos e 4 meses de reclusão, mais 9 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim quanto ao regime prisional, embora o *quantum* da pena permita, em tese, a fixação do regime semiaberto, a existência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP) utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal, bem como o fato do paciente ser reincidente, justificam a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o fechado.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça refutam a imposição do regime mais gravoso quando fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito.

3. Da leitura dos autos, verifica-se que houve fundamentação concreta para se fixar o regime mais gravoso que a pena comporta, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 376.226/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017).

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, no entanto, concedo a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 4 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 9 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0318933-7

HC 481.457 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00106436220178260635 106436220178260635 20180000683175

EM MESA

JULGADO: 21/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNA GONÇALVES DA SILVA LOUREIRO - RJ142665
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSE CICERO BEZERRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.