



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 744116 - SP (2022/0155532-6)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA PARONETTI SILVA - SP291018

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ITALO ANTONIO BARBOSA (PRESO)

CORRÉU : CLEVERTON GONCALVES DO NASCIMENTO

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESLOCAMENTO DE QUALIFICADORA E MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DO ARTIGO 44, INC. III, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO DEFERIDA DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

I - 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.

II - 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 se se tratar 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).

III - **In casu**, verifica-se que a Corte de origem invocou fundamentos para manter a exasperação da basilar que estão em sintonia com o entendimento deste

Sodalício, que permite o deslocamento de uma qualificadora para outras fase da dosimetria, sendo certo que os maus antecedentes do paciente podem ser invocados para a majoração da pena-base, ainda que atingidos pelo período depurador de cinco anos, que afasta somente os efeitos da reincidência. Precedentes.

IV - Contudo, tem-se que o aumento em dobro em relação ao mínimo se revela desproporcional, notadamente porque não se demonstrou de forma concreta e específica a necessidade do referido aumento de forma a afastar o entendimento deste Tribunal que considera proporcional o aumento de 1/6 por cada circunstância judicial negativa impondo, nesse ponto, a concessão da ordem para reduzir a pena-base. Precedentes.

V - Assim, ainda que a basilar tenha sido reduzida, descabida a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pois, como bem observado pelo acórdão recorrido, ***"há vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal, diante dos maus antecedentes do apelante, não sendo medida socialmente recomendável, afastando-se o pleito Defensivo"*** (fl. 268), notadamente diante da existência de diversas anotações criminais, inclusive pelo mesmo delito versado nestes autos, que torna a medida socialmente não recomendável, conforme folha de antecedentes ínsita às fls. 190-194. Precedentes.

VI - Considerando a nova pena imposta, inferior a quatro anos de reclusão, bem como em face do paciente não ser reincidente, em que pese a existência de maus antecedentes, tenho que resta inviável a manutenção do regime fechado, notadamente por se tratar de crime cometido sem violência ou grave ameaça, pelo que fixo o regime **semiaberto** para início do resgate da reprimenda, **ex vi** do art. 33, § 2º, c e § 3º, do CP. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de junho de 2022.

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 744116 - SP (2022/0155532-6)

RELATOR : MINISTRO JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA PARONETTI SILVA - SP291018
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO ANTONIO BARBOSA (PRESO)
CORRÉU : CLEVERTON GONCALVES DO NASCIMENTO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DESLOCAMENTO DE QUALIFICADORA E MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DO ARTIGO 44, INC. III, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO DEFERIDA DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

I - 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.

II - 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 se se tratar 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).

III - **In casu**, verifica-se que a Corte de origem invocou fundamentos para manter a exasperação da basilar que estão em sintonia com o entendimento deste Sodalício, que permite o deslocamento de uma qualificadora para outras fase da dosimetria, sendo certo que os maus antecedentes do paciente podem ser invocados para a majoração da pena-base, ainda que atingidos pelo período depurador de cinco anos, que afasta somente os efeitos da reincidência. Precedentes.

IV - Contudo, tem-se que o aumento em dobro em relação ao mínimo se revela desproporcional, notadamente porque não se demonstrou de forma concreta e específica a necessidade do referido aumento de forma a afastar o entendimento deste Tribunal que considera proporcional o aumento de 1/6 por cada circunstância judicial negativa impondo, nesse ponto, a concessão da ordem para reduzir a pena-base. Precedentes.

V - Assim, ainda que a basilar tenha sido reduzida, descabida a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pois, como bem observado pelo acórdão recorrido, *“há vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal, diante dos maus antecedentes do apelante, não sendo medida socialmente recomendável, afastando-se o pleito Defensivo”* (fl. 268), notadamente diante da existência de diversas anotações criminais, inclusive pelo mesmo delito versado nestes autos, que torna a medida socialmente não recomendável, conforme folha de antecedentes ínsita às fls. 190-194. Precedentes.

VI - Considerando a nova pena imposta, inferior a quatro anos de reclusão, bem como em face do paciente não ser reincidente, em que pese a existência de maus antecedentes, tenho que resta inviável a manutenção do regime fechado, notadamente por se tratar de crime cometido sem violência ou grave ameaça, pelo que fixo o regime **semiaberto** para início do resgate da reprimenda, **ex vi** do art. 33, § 2º, c e § 3º, do CP. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício.

RELATÓRIO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de **ITALO ANTONIO BARBOSA** contra acórdão proferido pelo **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO** no julgamento da **Apelação n. 1501872-19.2020.8.26.0537**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de **2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão**, em regime **fechado**, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, em seu mínimo legal, por infração ao disposto no art. 155, § 4º, incisos I e IV, cc art. 14, inc. II, ambos do Código Penal (fls. 208-215).

Inconformada, a defesa interpôs recurso e apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, **negou provimento** ao apelo defensivo, em c. acórdão assim ementado (fl. 249):

"APELAÇÃO CRIMINAL Furto qualificado por rompimento de obstáculo e concurso de agentes Materialidade e autoria comprovadas nos autos Qualificadoras demonstradas nos autos Condenação mantida Pena bem fixada Regime prisional inicial fechado que também se mantém, ante as peculiaridades do caso RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO."

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na primeira fase da dosimetria, ao argumento de que a exasperação da basilar carece de fundamentação idônea, além de ser manifestamente desproporcional.

Pondera, nesse sentido, que *"Não há como sustentar a existência de antecedentes criminais. A condenação dos autos n. 1502015-08.2020.8.26.0537 refere-se a FATO POSTERIOR ao ora em apreço. Já os fatos julgados nos autos n. 3000005-74.2012.8.26.0543, ocorreram há mais de dez anos e não poderiam ser considerados em prejuízo do paciente"* (fl. 4), invocando o direito ao esquecimento e vedação ao caráter perpétuo das penas.

Acrescenta que *"não se pode admitir a exasperação da pena com base em MERO CÁLCULO MATEMÁTICO, isto é, considerando unicamente a quantidade de qualificadoras. Era essencial que tal aumento estivesse fundamentado em circunstância*

concreta que demonstrasse maior gravidade da conduta, o que não aconteceu" (fls. 4-5).

Além disso, alega que "O paciente preenche todos os requisitos do art. 44 do CP. A pena aplicada foi inferior a quatro anos e o crime em questão não envolve grave ameaça ou violência. Todas as circunstâncias do art. 44, III, do CP são favoráveis ao paciente. Portanto, conforme expressa disposição legal, não se tratando de reincidência específica, mostrando-se medida socialmente recomendável, era mister a substituição da pena privativa de liberdade por restrição de direitos" (fl. 6).

Requer, ao final, a concessão da ordem, inclusive liminarmente, para reduzir a pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 278-279.

Informações prestadas às fls. 283-326.

O Ministério Público Federal, às fls. 330-334, manifestou-se pela **concessão da ordem**, para reduzir a basilar, em parecer assim ementado:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUSSUBSTITUTIVO DE RECURSO CABÍVEL. TENTATIVA DEFURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DAPENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTOOPERADO NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DAFRAÇÃO ADOTADA. SUBSTITUIÇÃO RESTRITIVA DEDIREITOS. NÃO CABIMENTO. REPRIMENDA BÁSICAFIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PARECER PELO NÃOCONHECIMENTO DO WRIT, MAS PELA CONCESSÃO DAORDEM DE OFÍCIO.

1. Não cabe habeas corpus substitutivo de recurso legalmenteprevisto para a hipótese, impondo-se o seu não conhecimento,salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade noato judicial impugnado, a justificar a concessão da ordem deofício, o que, ao menos em parte, é o caso dos autos;

2. No caso, a pena-base do Paciente foi exasperada de forma idônea, tendo em vista a presença de uma qualificadoraresidual, bem como a presença de maus antecedentes criminais;

3. Por outro lado, não foram apontados fundamentos concretospara a fixação da pena-base no dobro do mínimo legal, de modoque deve ser adotada a fração de 1/6 para cada vetorialnegativada, redimensionando-se a reprimenda básica imposta aoPaciente;

4. Não há que se cogitar a substituição da pena corporal porrestritiva de direitos, uma vez que a pena-base foi fixada acima do

mínimo legal, de forma a não ser recomendável a concessão do benefício;

5. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus, mas pela concessão da ordem de ofício."

É o breve relatório.

VOTO

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**.

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 se se tratar 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).

Para melhor delimitação da questão, colaciono os argumentos invocados pela Corte de origem para desprover o apelo defensivo, **ad litteris** (fls. 260-268 - grifei):

"Por tudo isso, mostra-se inarredável, no caso, a solução condenatória nos termos da r. sentença, não havendo que se falar em absolvição por insuficiência probatória, passando-se a dosimetria da pena. Na primeira fase, o Juízo sentenciante exasperou a pena base no dobro, fundamentando que: “Em atenção às circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, por infração ao artigo 155, parágrafo 4º, incisos I e IV, do Código Penal, em razão da verificação de duas qualificadoras e, ainda, considerando os maus antecedentes do acusado, à vista de condenações anteriores sem força para caracterizar a reincidência, uma delas pela prática do mesmo delito (processos nº 1502015-08.2020.8.26.0537 fato posterior - fls. 187 e nº 3000005-74.2012.8.26.0543 pena extinta em 18/06/2015 fls. 64 e 186), fixo-lhe a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa” (fls. 208), insurgindo-se a Defesa.

Contudo, não deve ser fixada a pena em seu mínimo legal diante exatamente da presença de duas circunstâncias que qualificam o delito ,sendo que uma serve para a configuração do delito e a outra para aumentar a pena-base, procedimento que está de acordo com o melhor e mais apropriado entendimento doutrinário e jurisprudencial.

A propósito, conforme decidiu esta 13ª. Câmara Criminal, no julgamento da Apelação nº 0062233-87.2011.8.26.0506, Ribeirão Preto, relatada pelo eminente Desembargador Roberto Midolla:

[...]

No mesmo sentido é a lição de JULIOFABBRINI MIRABETE. Confira-se:

[...]

Ademais, o apelante possui maus antecedentes. Note-se que a passagem de mais de cinco anos não elimina os maus antecedentes, ao contrário do que ocorre quanto à reincidência.

Aliás, o período depurador do art. 64, inciso I, do Código Penal serve, exatamente, para distinguir as condenações não atingidas por ele, que caracterizam a agravante da reincidência, daquelas por ele atingidas, que passam a configurar apenas maus antecedentes (como no caso em tela), os quais podem e devem ser utilizados como circunstâncias desfavoráveis na fixação da pena-base, afastando-se, assim, a tese da defesa de bis in idem e de desconsideração dos maus antecedentes ou da reincidência, esta última, frise-se, não considerada neste momento da dosimetria, diferentemente do que pretende fazer crer a defesa.

No entanto, diferentemente do quanto pretende fazer crer a defesa, o entendimento que prevalece tanto em sede doutrinária quanto na seara jurisprudencial é de que o Código Penal, quanto aos maus antecedentes, filiou-se ao sistema da perpetuidade, ou seja, o decurso do prazo de cinco anos após o cumprimento ou extinção da pena não elide a circunstância desfavorável em comento.

Vale dizer, ao contrário do que ocorre com a reincidência, os maus antecedentes acompanham o agente por toda a vida, pois atestam sua vida pregressa e sua personalidade orientada ao ilícito.

Nesse sentido, é o entendimento pacífico do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

[...]

Assim, mantém-se a majoração da pena.

Nas segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, inexistem causas de aumento de pena, mas presente a causa de diminuição em razão da forma tentada do delito, sendo diminuída a reprimenda em 1/3 (um terço), insurgindo-se, novamente a Defesa.

Contudo, sem razão.

De fato, o apelante foi detido do lado de fora da empresa vítima na posse de parte dos fios de cobre cortados e subtraídos, sendo surpreendido por policiais. Assim, levando-se em consideração o iter criminis constata-se que o apelante em muito se aproximou da consumação delitiva, merecendo subsistir a fração de um terço, perfazendo a reprimenda final de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 13 (treze) dias multa.

Por fim, o regime mais gravoso deveras se impõe, para que a penalidade tenha contornos de suficiência em face das peculiaridades vislumbradas nos autos.

Não obstante a pena estabelecida, a conduta do acusado deve ser analisada e valorada no contexto específico que emana de sua particular situação em cotejo com os elementos de convicção coligidos.

Com efeito, aqui se cuida de pessoa que apresenta maus antecedentes criminais, com diversas condenações definitivas pela prática de crimes patrimoniais. Ou seja, apresenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, consideradas na fase do art. 59 do Código Penal, o que há de ser levado em consideração para se avaliar o regime prisional cabível, nos termos do art. 33, § 3º, do citado diploma.

Dessa forma, o regime inicial fechado é o que efetivamente se impõe em face dos peculiares contornos do caso concreto e para que a punição fique adequada aos princípios da proporcionalidade e da suficiência. O princípio da suficiência da pena faz com que ela, inclusive quanto ao seu modo de execução (regime prisional), deva ser de molde a afastar qualquer sensação de impunidade e iniba, efetivamente, a reiteração delitiva (na qual, como visto o apelado já incorreu).

Ademais, há vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal, diante dos maus antecedentes do apelante, não sendo medida socialmente recomendável, afastando-se o pleito Defensivo.

Ante o exposto, pelo meu voto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso Defensivo, mantendo a r. sentença de 1º grau por seus próprios e jurídicos fundamentos."

Da análise do excerto colacionado, verifica-se que a Corte de origem invocou fundamentos para manter a exasperação da base que estão em sintonia com o entendimento deste Sodalício, que permite o deslocamento de uma qualificadora para outras fase da dosimetria, sendo certo que os maus antecedentes do paciente podem ser invocados para a majoração da pena-base, ainda que atingidos pelo período depurador de cinco anos, que afasta somente os efeitos da reincidência.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E MAJORADO PELO REPOUSO NOTURNO. DOSIMETRIA DA PENA. DESLOCAMENTO DE DUAS MAJORANTES PARA A PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. Havendo duas ou mais circunstâncias qualificadoras, uma delas deverá ser utilizada para formar o tipo qualificado e as demais poderão ser consideradas como circunstâncias desfavoráveis, seja para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, seja para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo.

2. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ sobre a matéria suscitada.

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n.

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTOS QUALIFICADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES POR FATOS DIVERSOS QUE PODEM SER UTILIZADAS TANTO NA PRIMEIRA QUANTO NA SEGUNDA FASE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES. DESLOCAMENTO DE UMA DAS QUALIFICADORAS DO FURTO PARA A PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ALEGADO REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. AMPLO EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de complementar, aclarar ou corrigir uma decisão ambígua, omissa, obscura ou contraditória, conforme dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal. Na espécie, verifiquei a ocorrência do vício apontado e acolhi os aclaratórios para sanar a omissão apontada, no que tange à análise do desvalor conferido aos antecedentes criminais do paciente, todavia, sem efeitos infringentes.

- A pena-base do paciente foi exasperada em 1/3 (1/6 para cada vetorial negativada), em virtude do desvalor conferido aos seus antecedentes criminais e ao deslocamento de uma das qualificadoras do furto para a primeira fase, inexistindo ilegalidade neste ponto, porquanto o entendimento firmado pelas Corte estadual está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é firme no sentido de ser possível o emprego das majorantes não empregadas para qualificar o delito, para motivar a exasperação da pena-base. Precedentes.

- Quanto aos maus antecedentes, também não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada, porquanto as instâncias de origem consignaram expressamente que o paciente possui mais de uma condenação definitiva, sendo possível utilizar uma delas para considerar negativos os antecedentes e as outras como agravantes da reincidência (e-STJ, fl. 281), o que também está em harmonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça, que é pacífica no sentido de que as condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase quanto para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. In casu, a Corte paulista deixou bem claro se tratar de condenações distintas, razão pela qual não há ilegalidade a ser reconhecida. Precedentes.

- O amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal

estadual, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena, a realizar nova ponderação dos fatos e das circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em reformatio in pejus, desde que não seja agravada a situação do réu, como ocorrido na espécie. Precedentes.

- Agravo regimental não provido" (AgRg nos EDcl no HC n. 670.440/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 21/6/2021).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. FURTO SIMPLES. FURTO TENTADO E RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. ANOTAÇÃO CRIMINAL ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS UTILIZADA COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ANOTAÇÃO CRIMININAL RECONHECIDA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, UTILIZADA COMO MAUS ANTECEDENTES. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA CORTE DE ORIGEM SOBRE TEMA. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO. AGRAVADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - Quanto as anotações criminais configuradoras de maus antecedentes, destaca-se que embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe de 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes -, certo é que, por ora, este Superior Tribunal possui o entendimento consolidado de que "O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes." (HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). Ainda, menciono: HC n. 413.693/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/10/2017.

III - Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos entre a data do

cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes.

IV - Diante da existência de precedentes em ambos os sentidos e tendo em vista a ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não vejo como qualificar de abusiva ou de ilegal a decisão que opta por uma das duas correntes, notadamente porque, conforme anteriormente salientado, esta Corte Superior possui a compreensão, tanto na Quinta quanto na Sexta Turma, de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.

V - No tocante ao segundo ponto (anotação criminal atingida pela prescrição da pretensão punitiva utilizada como maus antecedentes), verifica-se no v. acórdão combatido que a matéria ora suscitada não foi levantada nas razões da defesa, por conseguinte, não foi enfrentada pela eg. Corte de origem, que rejeitou os embargos por inovação recursal.

VI - 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 as matérias, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. (HC n. 480.651/SP, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Laurita Vaz, DJe de 10/04/2019; e HC n. 339.352/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 28/08/2017).

VII - Não é possível acolher a referida argumentação, pois ela diverge frontalmente da premissa posta pela Corte originária. Em verdade, a alteração do julgado, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus.

VIII - A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 714.214/SC, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 5/5/2022, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. NÃO APLICAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS.

1. Conforme a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, as condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, podem ser reconhecidas

como maus antecedentes.

2. A tese do "direito ao esquecimento" não deve ser aplicada em relação a feitos extintos que não possuam lapso temporal significativo em relação à data da condenação, qual seja, menos de 10 anos.

3. Tendo ocorrido a extinção da pena da condenação considerada como maus antecedentes em 2011, há menos de 10 anos da prática do novo delito, cometido em 2020, não se verifica lapso temporal suficiente para a aplicação do direito ao esquecimento. Precedentes.

4. Quanto à terceira fase da dosimetria da pena, constatada pelas instâncias ordinárias a existência de maus antecedentes, fica afastada a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado.

*5. Agravo regimental improvido" (AgRg no AgRg no HC n. 698.747/SC, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Olindo Menezes** (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 1/4/2022, grifei).*

Contudo, tem-se que o aumento em dobro em relação ao mínimo se revela desproporcional, notadamente porque não se demonstrou de forma concreta e específica a necessidade do referido aumento de forma a afastar o entendimento deste Tribunal que considera proporcional o aumento de 1/6 por cada circunstância judicial negativa impondo, nesse ponto, a concessão da ordem para reduzir a pena-base.

Quanto ao tema, confirmam-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESAFORÁVEIS. QUANTUM ACRÉSCIMO.

*1. Na esteira da jurisprudência formada nesta Corte, "a exasperação da pena basilar, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve seguir o parâmetro de 1/6 (um sexto) para cada vetorial valorada negativamente, fração esta que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, salvo a apresentação de elementos concretos, suficientes e idôneos que justifiquem a necessidade de elevação em patamar superior" (AgRg no AREsp n. 1.816.037/GO, relatora Ministra LAURITA VAZ, **SEXTA TURMA**, julgado em 21/9/2021, DJe 30/9/2021).*

2. No caso, o aumento da pena-base revelou flagrante desproporcionalidade, sem motivação específica suficiente para justificar a fração de exasperação aplicada nas instâncias ordinárias.

*3. Agravo regimental desprovido."(AgRg no REsp n. 1.970.791/RN, relator Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**, **Sexta Turma**, julgado em 26/4/2022, DJe de 2/5/2022, grifei)*

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE PELO RECONHECIMENTO DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PATAMAR SUPERIOR A UM SEXTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE DEMONSTRAM A MAIOR GRAVIDADE DA CONDUTA CRIMINOSA. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A majoração da pena na primeira fase de dosimetria deve seguir, em regra, a fração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial considerada desfavorável. A eleição de patamar superior a esse quantum exige que o Órgão Judiciário decline fundamentos idôneos e concretos capazes de demonstrar que o contexto na hipótese exorbita a gravidade inerente àquela vetorial. Precedentes.

2. Nessa linha de intelecção, é possível, inclusive, "estabelecer a pena-base no patamar máximo com fundamento em apenas uma circunstância judicial desabonadora" (STJ, AgRg no AREsp 1445055/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 21/05/2019), caso sejam apontados fundamentos concretos para tanto.

3. No caso em apreço, as instâncias ordinárias motivaram adequadamente a exasperação da reprimenda básica, porquanto ressaltaram que a vítima foi mantida em cativeiro (restrição de liberdade) por longo período (cerca de sete horas), sendo que durante esse lapso temporal sofreu ameaças de morte mediante o uso de arma de fogo. Tais circunstâncias evidenciam que o quantum de 1/3 (um terço) utilizados para a majoração da sanção penal foi proporcional à maior gravidade da conduta.

4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 711.280/MS, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 4/4/2022, grifei)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 121, § 2.º, INCISOS II, III E IV, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FRAÇÃO DE INCREMENTO PUNITIVO RELATIVA A CADA VETORIAL DESFAVORECIDA NO PATAMAR JURISPRUDENCIALMENTE RECOMENDADO. 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL, PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVADA. CONDUTA SOCIAL. USO DE DROGAS PELO APENADO, COM PREJUÍZO PARA O CONVÍVIO FAMILIAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUALIFICADORA DO ART. 121, § 2.º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE AFASTAMENTO.

INVIÁVEL. A VERSÃO DOS FATOS QUE RESPALDA O RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA NÃO É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. SOBERANIA DOS VEREDITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n.º 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes.

- O entendimento desta Corte firmou-se também 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 (um sexto) sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. 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.

[...]

- Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 696.947/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/10/2021, grifei).

Por fim, ainda que a basilar tenha sido reduzida, descabida a pretensão de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos pois, como bem observado pelo acórdão recorrido, **"há vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base no disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal, diante dos maus antecedentes do apelante, não sendo medida socialmente recomendável, afastando-se o pleito Defensivo"** (fl. 268), notadamente diante da existência de diversas anotações criminais, inclusive pelo mesmo delito versado nestes autos, que torna a medida socialmente não recomendável, conforme folha de antecedentes ínsita às fls. 190-194.

Nesse sentido, ilustrativamente:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS PENAL-BASE. MAJORAÇÃO. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO INDICATIVAS DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. REGIME PRISIONAL. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDAS SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEIS. 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. A pena-base foi aumentada com fundamento na quantidade, natureza e diversidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, e a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 desta Lei deixou de ser aplicada em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação do réu em atividade criminosa, inviabilizando a concessão do benefício. A reforma desse entendimento constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito.

3. Ainda que assim não fosse, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem.

4. Trata-se de hipótese diversa daquela versada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014).

5. A quantidade e/ou natureza dos entorpecentes (art. 42 da Lei n. 11.343/06) é fundamentação idônea para justificar a imposição

de regime inicial mais gravoso que o quantum da pena autoriza, bem como para a vedar à substituição da pena por medidas restritivas de direitos, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 e inciso III do art. 44, ambos do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 405.667/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 4/9/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. INCÊNDIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I - 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.

II - As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo, bem como o réu não for reincidente em crime doloso, e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, além dos motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

III - Na hipótese, o Tribunal de origem bem fundamentou a não substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que "os fatos ocorreram de madrugada, enquanto a vítima Wagner e o filho do casal, de apenas 3 anos de idade, dormiam, não tendo ocorrido maiores consequências, devido à pronta ação daquele, que conseguiu apagar o fogo."

IV - Assim, considerando o quantum de pena estabelecido, e a fundamentação concreta levada a efeito pelo Tribunal de origem, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do writ, nos termos do artigo 44, incisos I e III do Código Penal.

V - Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Precedente.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 536.632/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Leopoldo de Arruda Raposo** (Desembargador Convocado do TJ/PE), DJe de 20/11/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INEXISTÊNCIA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A prolação de decisão monocrática pelo Ministro Relator está autorizada não apenas pelo RISTJ, mas também pelo CPC. Nada obstante, como é cediço, os temas decididos monocraticamente sempre poderão ser levados ao colegiado, por meio do controle recursal, o qual foi efetivamente utilizado no caso dos autos, com a interposição do presente agravo regimental.

2. No caso dos autos, ainda que o paciente seja primário e a pena arbitrada seja inferior a 4 anos, as penas-base não foram fixadas no mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Dessa forma, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, o regime inicial semiaberto é o adequado para o paciente.

3. Também não há se falar em substituição da pena, tendo em vista que o Tribunal local entendeu que a medida não era socialmente recomendável, em razão do não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

4. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 512.273/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 2/9/2019, grifei).

Por oportuna, invoco como razões complementares de decidir os judiciosos argumentos invocados pelo Ministério Público Federal que, em seu parecer, assentou, **verbis** (fls. 332-334 - grifei):

"O presente habeas corpus não dever ser conhecido.

*Essa Colenda Corte Superior de Justiça, em consonância com o Excelso Supremo Tribunal Federal, pacificou orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o seu não conhecimento, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado, a justificar a concessão da ordem de ofício, **medida que, em parte, se mostra necessária no presente caso.***

[...]

Na hipótese dos autos, o Tribunal a quo, sobre os pontos ora alegados, assim pontuou (e-STJ fls. 260/268):

[...]

Diante do assinalado, observa-se que pena-base do Paciente foi exasperada diante da presença de uma qualificadora, utilizada de maneira residual, bem como a presença de maus antecedentes criminais, o que resultou na aplicação de uma reprimenda básica em 04 (quatro) anos de reclusão, ou seja, dobro do mínimo legal.

Quanto aos fundamentos relativo à qualificadora residual, vê-se que posição adotada pela Corte de origem alinha-se à jurisprudência desse e. Sodalício, no sentido de que, “Na hipótese de existência de pluralidade de qualificadoras, é possível utilizar uma a fim de qualificar o delito, e as demais, na segunda fase da dosimetria, como agravantes genéricas, desde que haja previsão legal expressa; ou, de forma residual, na primeira etapa dosimétrica, como circunstâncias judiciais negativas a fundamentar a majoração da pena-base” (AgRg no AREsp n. 1.570.541/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 29/10/2020 – grifos adicionados).

No tocante aos maus antecedentes, embora as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos (art. 64, I, do Código Penal) não possam ser utilizadas para fins de reconhecimento de reincidência, tais condenações podem configurar maus antecedentes e, assim, justificar o aumento da pena-base, segundo a jurisprudência pacífica dessa c. Corte Superior.

Noutro giro, quanto ao aumento operado, a legislação pátria não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias do caso concreto e quantificar apenas, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Como parâmetro a ser seguido, esse e. Superior Tribunal de Justiça estabelece que, “Na ausência de previsão legal, a exasperação da pena-base na fração de 1/6 para cada circunstância judicial valorada negativamente atende os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade”(AgRg no HC637.320/RO, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quinta Turma, julg. 19/10/2021, DJe 25/10/2021 – grifos adicionados).

Ainda assim, as frações acima indicadas servem apenas como parâmetro a ser observado, sendo possível ao Juízo sentenciante, desde que de maneira fundamentada e em consideração às particularidades do caso concreto, adotar fração distinta, ante a necessidade de maior reprovação e prevenção do delito.

Nesse sentido: “A exasperação superior à referida fração deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teorda circunstância judicial” (AgRg no AREsp 1769665/RN, Rel. Min. REYNALDOSOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julg. 22/06/2021, DJe 28/06/2021 – grifos adicionados).

No caso, contudo, não foram apontados fundamentos concretos para a fixação da pena-base no dobro do mínimo legal, de modo que deve ser adotada a fração de 1/6 para cada vetorial negativada, redimensionando-se a reprimenda básica imposta ao Paciente.

Por fim, não há que se cogitar a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, uma vez que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, de forma a não ser recomendável a concessão do benefício.

Nessa linha de entendimento: “Nos termos dos arts. 33, § 3º, e 44, III, ambos do Código Penal, o afastamento da pena-base do mínimo legal constitui não só fundamento idôneo a justificar a imposição de regime prisional mais severo como também configura óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos” (AgRg no HC n. 668.086/SP, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 12/8/2021 – grifos adicionados).

Pelo exposto, o parecer é pelo NÃO CONHECIMENTO do habeas corpus,

mas pela CONCESSÃO DA ORDEM, de ofício, nos termos da fundamentação acima declinada."

Dessarte, para a refazer a dosimetria da pena, atento às diretrizes dos arts. 59 e 68, ambos do CP. Na primeira fase, fixo a pena-base em **2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão**, além de 13 (treze) dias-multa. Na segunda, ausentes agravantes ou atenuantes, permanece a **pena intermediária inalterada**. Por fim, reduzo a pena em 1/3 na terceira etapa dosimétrica, em virtude da tentativa, perfazendo a pena definitiva de **1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias reclusão**, além de 8 (oito) dias-multa.

Considerando a nova pena imposta, inferior a quatro anos de reclusão, bem como em face do paciente não ser reincidente, em que pese a existência de maus antecedentes, tenho que resta inviável a manutenção do regime fechado, notadamente por se tratar de crime cometido sem violência ou grave ameaça, pelo que fixo o regime **semiaberto** para início do resgate da reprimenda, **ex vi** do art. 33, § 2º, c e § 3º, do CP.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 C/C 297, AMBOS DO CP). ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS. SÚMULA 284/STF. INDEFERIMENTO DE PERÍCIA. PEDIDO CONSIDERADO DESNECESSÁRIO PELO JULGADOR. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. SÚMULA 7/STJ. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal quando a arguição de ofensa ao dispositivo de lei federal é genérica, sem demonstração efetiva da contrariedade.

2. Segundo pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o deferimento de realização de diligência e de produção de provas é faculdade do Magistrado, no exercício da sua discricionariedade motivada, cabendo ao órgão julgador desautorizar a realização de providências que considerar protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a sua instrução. No caso em tela, o juiz sentenciante considerou como prova da materialidade o laudo de perícia papiloscópica e o laudo de exame de documento.

3. A questão relativa da desclassificação da conduta não prescinde do revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos. Incidência do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal.

4. Apesar do quantum da pena imposta ser inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a presença de circunstância judicial desfavorável autoriza a fixação do regime inicial mais gravoso e obsta a substituição das penas, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. os arts.

59 e 44, inciso III, todos do Código Penal.

5. *Agravo regimental improvido*" (AgRg no AREsp n. 1.737.521/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 21/6/2021, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FAVORECIMENTO PESSOAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO PELA PRESENÇA DA REINCIDÊNCIA E DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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.

II - A despeito do montante final da pena autorizar, a princípio, o regime aberto, depreende-se da dosimetria realizada que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao paciente, que possui maus antecedentes, o que justifica o agravamento do regime prisional, para o semiaberto, consoante orientação do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

III - Mantida a pena-base acima do mínimo legal, e presente a agravante da reincidência, mostra-se adequado o estabelecimento do regime inicial semiaberto, ainda que a pena seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 430.248/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 1/8/2018, grifei).

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

Contudo, concedo a ordem de ofício, para redimensionar a pena para **1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias reclusão**, em regime inicial **semiaberto**, além de 8 (oito) dias-multa.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2022/0155532-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 744.116 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15018721920208260537 22585542020 27352020

EM MESA

JULGADO: 14/06/2022

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA PARONETTI SILVA - SP291018
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ITALO ANTONIO BARBOSA (PRESO)
CORRÉU : CLEVERTON GONCALVES DO NASCIMENTO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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 João Otávio de Noronha, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.