



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.852 - RS (2014/0332153-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : RONALDO CARDOSO DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : ALEXANDRE PEREIRA MONTEIRO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL OU AGRAVANTES. POSSIBILIDADE. TRÊS AGRAVANTES VALORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA ABSTRATA DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA HIERÁRQUICO DE DOSIMETRIA TRIFÁSICO. PENA INTERMEDIÁRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES MAIS FAVORÁVEL. MANUTENÇÃO. OBEDIÊNCIA À REGRA *NE BIS IN IDEM*. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "*mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei*" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013). Precedentes.
3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.
4. No caso, o Conselho de Sentença reconheceu a incidência de três qualificadoras no crime de homicídio, utilizando-se todas elas como agravantes genéricas o Juiz Presidente. Há evidente *bis in idem*, porquanto uma necessariamente qualificou o crime, estabelecendo novo intervalo de pena em abstrato, entretanto, repercutiu negativamente, mais uma vez, na fixação da pena intermediária. Por conseguinte, somente duas qualificadoras podem ser valoradas como agravantes genéricas.
5. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas.

6. Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base.

7. Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica. Precedentes.

8. *In casu*, incidem três agravantes genéricas: a reincidência e as duas agravantes, decorrentes das qualificadoras remanescentes; a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, 12 (doze) anos. Fazendo incidir o consagrado critério de aumento de 1/6 (um sexto) para cada agravante sobre o intervalo da pena *in abstrato* do crime de homicídio qualificado (18 anos), porquanto superior à pena-base fixada, haveria acréscimo de 9 (nove) anos, que somada à pena-base, culminaria na pena intermediária de 21 (vinte e um) anos, que se torna definitiva, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição. Percebe-se, pois, que, malgrado ilegalidade cometida pelas instâncias ordinárias, a pena definitiva foi benevolmente fixada em 20 (vinte) anos, motivo pelo qual deve ser mantida, em observância à regra do *ne bis in idem*.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 13 de setembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.852 - RS (2014/0332153-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : RONALDO CARDOSO DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ALEXANDRE PEREIRA MONTEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de **ALEXANDRE PEREIRA MONTEIRO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I, III e IV, do Código Penal, e levado a julgamento pelo Tribunal do Júri, condenado à pena de 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprido inicialmente em regime fechado.

Irresignado, interpôs apelação perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento ao recurso, nos seguintes termos:

"JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INEXISTENTE. INTIMA CONVICÇÃO. CONDENAÇÕES MANTIDAS. PENA. PUNIÇÕES APLICADAS DEFORMA ADEQUADA. CONFIRMADAS.

1 - Como ó do conhecimento geral, os jurados julgam por íntima convicção, podendo, desta forma, utilizar quaisquer provas contidas nos autos, esteja ela na fase inquisitorial ou judicial. Mesmo aquelas que não sejam as mais verossímeis. O Júri é livre em sua escolha na solução que lhe pareça justa, ainda que, repetindo, não seja melhor sob a ótica técnico-jurídica. Só se pode falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando o conjunto probatório não trouxer nenhum elemento a embasar a tese aceita no julgamento, sendo ela aberrante e divorciada daquele (conjunto probatório). A situação citada acima está amparada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXVIII, letra c, e não pode a Câmara usurpar desta competência, anulando soberana decisão do Conselho de Sentença, quanto não tiver amparada na hipótese referida. Não é o caso dos autos, motivo pelo qual se mantém a decisão condenatória.

II - Diante da enorme carga de subjetivismo na aplicação da pena-base e acréscimos ou reduções face às agravantes e atenuantes, deve-se, tanto quanto possível, aceitar aquela fixada na sentença. A alteração só deve acontecer, quando se verificar grave erro na fixação da punição. Deve-se sempre ter em mente o que estipula o artigo 59 do Código Penal em seu final: 'estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.' Este deve ser o limite na aplicação da reprimenda. Situação aplicada no caso em julgamento, razão pela qual são mantidas as punições dos recorridos. DECISÃO: Apelos defensivos e ministerial desprovidos. Unânime." (e-STJ, fl. 13)

No presente *writ*, sustenta o impetrante, em síntese, que a reincidência é inconstitucional. Aduz que, tendo como base a fixação da pena-base no mínimo legal, não poderia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a reprimenda ser majorada em 02 (dois) anos para cada circunstância.

Postula, assim, a concessão da ordem, para que seja reduzida a pena imposta e afastada a agravante de reincidência.

Não há requerimento de tutela provisória.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ, fls. 66-77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.852 - RS (2014/0332153-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : RONALDO CARDOSO DE SOUZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : ALEXANDRE PEREIRA MONTEIRO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. UTILIZAÇÃO DE QUALIFICADORAS REMANESCENTES COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL OU AGRAVANTES. POSSIBILIDADE. TRÊS AGRAVANTES VALORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DE PENA ABSTRATA DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONFORMIDADE COM O SISTEMA HIERÁRQUICO DE DOSIMETRIA TRIFÁSICO. PENA INTERMEDIÁRIA DAS INSTÂNCIAS INFERIORES MAIS FAVORÁVEL. MANUTENÇÃO. OBEDIÊNCIA À REGRA *NE BIS IN IDEM*. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a "*mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei*" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013). Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

4. No caso, o Conselho de Sentença reconheceu a incidência de três qualificadoras no crime de homicídio, utilizando-se todas elas como agravantes genéricas o Juiz Presidente. Há evidente *bis in idem*, porquanto uma necessariamente qualificou o crime, estabelecendo novo intervalo de pena em abstrato, entretanto, repercutiu negativamente, mais uma vez, na fixação da pena intermediária. Por conseguinte, somente duas qualificadoras podem ser valoradas como agravantes genéricas.

5. Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é uma absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas.

6. Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base.

7. Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica. Precedentes.

8. *In casu*, incidem três agravantes genéricas: a reincidência e as duas agravantes, decorrentes das qualificadoras remanescentes; a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, 12 (doze) anos. Fazendo incidir o consagrado critério de aumento de 1/6 (um sexto) para cada agravante sobre o intervalo da pena *in abstrato* do crime de homicídio qualificado (18 anos), porquanto superior à pena-base fixada, haveria acréscimo de 9 (nove) anos, que somada à pena-base, culminaria na pena intermediária de 21 (vinte e um) anos, que se torna definitiva, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição. Percebe-se, pois, que, malgrado ilegalidade cometida pelas instâncias ordinárias, a pena definitiva foi benevolmente fixada em 20 (vinte) anos, motivo pelo qual deve ser mantida, em observância à regra do *ne bis in idem*.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para apreciar a impugnação da valoração da pena-base, com a pretensão de redução da pena-base ao mínimo legal, e das causas de aumento aplicadas, faz-se necessário, inicialmente, expor, respectivamente, excertos da sentença condenatória e do acórdão impugnado:

"O réu é reincidente, motivo pelo qual tal vetor será apreciado na segunda fase de aplicação da pena. A conduta social e personalidade não foram auferidas no decorrer do processo. O motivo do delito qualifica o crime. Quanto às circunstâncias, o Conselho de Sentença reconheceu as qualificadoras do meio cruel, do meio que resultou perigo comum, bem como do recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa do ofendido (emboscada), razão pela qual este vetor será apreciado na segunda fase de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação da pena, eis que o motivo já qualificou o crime. Com relação as consequências do crime, estas integram o tipo. A vítima não contribuiu para a prática delitiva.

Assim, diante das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 12 (doze) anos de reclusão.

Por conta da reincidência, aumento a pena em 02 (dois) anos, restando provisória em 14 (quatorze) anos de reclusão.

O Conselho de Sentença reconheceu que o crime foi praticado por meio cruel, motivo pelo qual aumento a pena em 02 (dois) anos, restando provisória em 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

O Conselho de Sentença também reconheceu que o crime foi praticado mediante meio que resultou perigo comum, motivo pelo qual aumento a pena em 02 (dois) anos, restando provisória em 18 (dezoito) anos de reclusão.

Por fim, igualmente reconheceu o Conselho de Sentença que o crime foi cometido mediante recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa do ofendido (emboscada), razão pela qual aumento a pena em 02 (dois) anos, restando provisória em 20 (vinte) anos de reclusão.

Não havendo outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem analisadas, resta a pena provisória em 20 (vinte) anos de reclusão.

Por fim, não havendo causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, torno a pena definitiva em 20 (vinte) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, conforme o disposto no artigo 33, §2º, alínea "a", do Código Penal." (e-STJ, fls. 10-11)

O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade. Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de *habeas corpus* se nele a parte objetivar a *"mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei"* (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. MINISTRO TEORI ZAVASCKI, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015).

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal admite "o agravamento da pena em razão da reincidência, não entendendo haver ilegalidade ou inconstitucionalidade a ser reconhecida" (HC 108331, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 12-06-2014 PUBLIC 13-06-2014).

Ainda, nos termos da jurisprudência desta Corte, de rigor a utilização de circunstâncias qualificadoras remanescentes àquela que qualificou o tipo como causas de aumento, agravantes ou circunstâncias judiciais desfavoráveis, respeitada a ordem de prevalência, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

A respeito:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. FURTO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. DOSIMETRIA DA PENA E REGIME PRISIONAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

5. As circunstâncias e consequências do delito foram graves, valendo anotar que já decidiu esta Corte que presente mais de uma circunstância que qualifique o furto, é possível utilizar uma delas para configurar a forma qualificada do delito e a outra como circunstância judicial desfavorável para exasperar a pena-base (REsp. 1.395.088/RS, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJ 2/2/2016).

6. Não há se falar em regime semiaberto, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são favoráveis.

7. Habeas Corpus não conhecido." (HC 349.050/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRESENÇA DE QUATRO QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DE OUTRAS TRÊS PARA EXASPERAR A REPRIMENDA NA SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL.

IMPOSSIBILIDADE.

1. Reconhecida a incidência de quatro qualificadoras, relativamente a todas as imputações realizadas em desfavor do paciente, o sentenciante utilizou-se de 3 delas como agravantes genéricas e de apenas uma para qualificar o delito, não havendo, portanto, que se falar em *bis in idem*, uma vez que não se verifica dupla valoração de uma mesma qualificadora em diferentes fases de dosimetria da pena.

2. É incabível o exame de tese não exposta no habeas corpus e invocada apenas no agravo regimental, pois configura indevida inovação recursal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 339.393/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 06/06/2016)

No caso, o Conselho de Sentença reconheceu a incidência de três qualificadoras no crime de homicídio, utilizando-se todas elas como agravantes genéricas o Juiz Presidente. Há evidente *bis in idem*, porquanto uma necessariamente qualificou o crime, estabelecendo novo intervalo de pena em abstrato, entretanto, repercutiu negativamente, mais uma vez, na fixação da pena intermediária. Por conseguinte, somente duas qualificadoras podem ser valoradas como agravantes genéricas.

Passa-se à análise da proporcionalidade do critério de agravamento da pena, utilizado pelas instâncias ordinárias, na segunda fase da dosimetria da pena.

Dentro do sistema hierárquico da dosimetria da pena, consagrado pela forma trifásica, as agravantes são circunstâncias de gravidade intermediária, haja vista sua subsidiariedade em relação às qualificadoras e causas de aumento, preponderando apenas sobre as circunstâncias judiciais. Não é por outra razão que doutrina e jurisprudência consagraram o parâmetro indicativo mínimo de valoração de cada agravante em 1/6 (um sexto), porquanto corresponde ao menor valor fixado pelo legislador para as causas de aumento, que são preponderantes àquelas e superior ao parâmetro de 1/8 (um oitavo) das circunstâncias judiciais. Ressalta-se que a fração de 1/6 das agravantes não é absoluta, sendo possível sua exasperação em patamar superior desde que seja fundada em circunstâncias concretas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO RELATIVA À EXCLUSÃO DA REINCIDÊNCIA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. AUMENTO DE PENA SUPERIOR A 1/6 SEM MOTIVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. TRÊS INFRAÇÕES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/5. EXCESSO EVIDENCIADO. [...]

4. A jurisprudência desta Corte Superior já firmou o entendimento de que, embora a legislação não estabeleça frações específicas para o aumento ou diminuição em razão das circunstâncias agravantes e atenuantes, a fração de 1/6 (um sexto) deve ser considerada razoável, sendo que o acréscimo superior a esse patamar exige motivação específica.

5. O aumento de pena em face da continuidade delitiva, de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), deve ser calculado em função do número de delitos praticados, sendo que, no caso de três infrações, deve ser aplicada a fração de 1/5 (um quinto).

6. Hipótese em que as instâncias ordinárias não fundamentaram o aumento de 1/4 (um quarto) da pena em face da reincidência e elevaram a reprimenda em 1/2 (um meio) em razão das três infrações em continuidade delitiva.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para ajustar o aumento de pena em face da reincidência e da continuidade delitiva e, por conseguinte, redimensionar as reprimendas impostas aos pacientes." (HC 197.680/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 29/09/2015)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CITAÇÃO DO CONCEITO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS DA UTILIZADA, NA SEGUNDA FASE, COMO REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. MOTIVOS. CUPIDEZ E LUCRO FÁCIL. RAZÕES INERENTES AOS DELITOS PATRIMONIAIS. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RECUPERAÇÃO PARCIAL DA RES FURTIVA. DECORRÊNCIA COMUM AOS DELITO DE FURTO. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

3. A valoração negativa dos antecedentes e da personalidade, à míngua de condenações definitivas diversas da utilizada na segunda fase como reincidência configura constrangimento ilegal, nos termos da Súmula 444/STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

4. Não constitui fundamento válido para o aumento da pena-base como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivos do delito a cupidez e o lucro fácil, por se tratarem de circunstâncias que não exorbitam das comuns à espécie (furto), enquanto delito de cunho patrimonial. Precedentes.

5. A recuperação parcial da res furtiva - sem maiores implicações - constitui decorrência comum dos delitos patrimoniais. Precedentes.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, em patamar superior a 1/6 (um sexto), requer fundamento concreto e idôneo. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente a 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa"

(HC 152.311/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/09/2015)

Conclui-se, pois, que, havendo circunstância judicial desfavorável cuja valoração é passível de ocorrer em etapas posteriores da dosimetria, porquanto prevista igualmente como agravante ou causa de aumento, mostrar-se-ia antissistêmico chegar, nas etapas seguintes, a acréscimos de pena inferiores àquele fixado por ocasião da pena-base.

Por essas razões, as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica

Nesse sentido entende consagrada doutrina especializada na dosimetria da pena:

"Aparentemente, ao analisarmos sem maiores cuidados, estaríamos concluindo que o patamar ideal imaginário de 1/6 para cada atenuante ou agravante, de forma isolada, deveria sempre incidir sobre a pena-base, pois já existe uma pena em concreto dosada.

No entanto, chamamos atenção porque nem sempre esta será a solução adequada, sob pena de ferirmos o próprio sistema hierárquico da pena, consagrado pela forma trifásica.

[...]

O patamar ideal imaginário de 1/6, usado para atenuante e agravante, isoladamente, deverá sempre incidir sobre o que for maior, intervalo de pena em abstrato ou pena-base.

Com adoção deste critério, resolvemos qualquer problema, senão vejamos na solução da questão debatida anteriormente: o intervalo de pena em abstrato corresponde a 8 anos, a pena-base corresponde a 2 anos, logo, concluímos que o maior é o intervalo de pena, razão pela qual este será usado como parâmetro para a incidência do patamar ideal imaginário de 1/6 na segunda fase. Com isso não mais teremos um acréscimo de apenas 4 meses em decorrência da existência de uma agravante ($1/6$ de 2 anos = 4 meses), mas teremos um acréscimo de 1 ano e 4 meses por força da agravante ($1/6$ de 8 anos = 1 ano e 4 meses), conduzindo a pena na segunda fase ao quantitativo de 3 anos e 4 meses de reclusão, ou seja, patamar superior ao que chegaríamos. À hipótese de valoração do motivo do crime como circunstância judicial desfavorável (3 anos).

O que queremos deixar esclarecido é que se existe uma circunstância judicial desfavorável que será valorada na primeira etapa do processo de dosimetria, a pena-base resultante não poderá ser superior à hipótese de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

postergarmos esta valoração para a segunda etapa, que é hierarquicamente superior, sob pena de ferirmos o próprio sistema trifásico.

E para conseguirmos neutralizar qualquer possibilidade de erro durante o processo de cálculo da pena, na segunda fase devemos sempre atuar com o patamar ideal imaginário de 1/6 sobre o que for maior, pena-base ou intervalo de pena em abstrato, independente de se tratar de atenuante ou agravante, porque assim como devemos atenuar a pena ao máximo, também devemos agravar a pena no patamar máximo possível, em observância a proporcionalidade necessária durante o processo de dosimetria." (SCHMITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática. 9ª ed. - Salvador: Juspodvm, 2015. pp. 201-203)

Quanto ao tema, os seguintes julgados de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção:

"PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EVASÃO DE DIVISAS. DESCAMINHO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES. ACORDO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL. DESCAMINHO. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. AUSÊNCIA DE ANTIJURIDICIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. AUMENTO NA SEGUNDA FASE. PROPORCIONALIDADE. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALOR EVADIDO. EXASPERAÇÃO. VALIDADE. ART. 62, I E III, DO CÓDIGO PENAL. FRAÇÃO DE AUMENTO. RAZOABILIDADE.

1. O acórdão embargado dirimiu, clara e fundamentadamente, a controvérsia, não tendo incorrido em nenhum vício que desse ensejo aos embargos de declaração.
2. Na espécie, as provas que alicerçaram a condenação pela prática do crime de descaminho não são propriamente oriundas de quebra de sigilo fiscal, mas, sim, de compartilhamento de informações entre a Receita Federal e o Ministério Público Federal. A atuação desse órgão, portanto, limitou-se a "consignar divergências encontradas entre faturas comerciais entregues à autoridade aduaneira e o conteúdo dos contêineres, circunstância esta já conhecida do órgão acusatório".
3. O TRF da 4ª Região deixou explícito que as aludidas provas compartilhadas são resultado de requerimento de quebra de sigilo bancário promovido pela autoridade policial, via tratado de mútua assistência em matéria penal ("Mutual Legal Assistance Treaty - MLAT"), referente a vinte e cinco contas mantidas em bancos nos Estados Unidos, as quais "teriam recebido recursos provenientes das contas investigadas na agência do Banestado em Nova York".
4. A descrição típica do descaminho exige a realização de engodo para supressão (no todo ou em parte) do pagamento de direito ou imposto devido no momento da entrada, saída ou consumo da mercadoria. Impõe, portanto, a ocorrência desse episódio, com o efetivo resultado ilusório, no transpasse das barreiras alfandegárias.
5. O resultado necessário para a consumação do crime é a ausência do pagamento do imposto ou direito no momento do desembarque aduaneiro,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando exigível.

6. No caso dos autos, o fato de estarem os ora recorrentes resguardados, quando proferida a sentença, por liminar concedida nos autos do MS n. 2003.70.08.003532-5, com o fim de liberar as mercadorias, não tem o condão de afastar a antijuridicidade do fato tido como criminoso, uma vez que sua consumação foi anterior à concessão da medida de urgência - lembre-se, de natureza precária, e que tratou tão somente da cautelaridade da situação patrimonial da parte interessada, no sentido de que os custos de armazenagem e de retenção da mercadoria não se somassem. O decisum, a propósito, foi revertido em posterior julgamento do mérito pelo TRF da 4ª Região, pouco importando, para a configuração do delito, se depois da prolação da sentença.

7. Não se pode exigir do julgador um valor fixo, pré-definido, para o quantum de aumento na segunda fase. No caso, o critério adotado pela instância de origem mensurou de forma proporcional a circunstância judicial remanescente (consequências), diante da particularidade apresentada pelo caso concreto.

8. Em relação aos crimes de falsidade e descaminho, conquanto haja sido exasperada a pena-base um pouco acima do patamar de 1/8, entendo não haver majoração excessiva que implique violação do art.

59 do Código Penal.

9. Na espécie, o montante evadido evidencia maior reprovabilidade dos agentes pela conduta delituosa praticada, pois não há que se falar em ausência de risco excessivo ao sistema financeiro ou às reservas cambiais brasileiras, para avaliar o prejuízo causado ao sistema financeiro nacional.

10. O valor ilegalmente remetido ao exterior, US\$ 318.440,00, é suficiente para a elevação da pena-base acima do mínimo legal, pois revela a magnitude do esquema criminoso contra o sistema financeiro nacional, que exigiu, para sua deflagração, o trabalho de complexa operação perpetrada pelas instituições envolvidas.

11. O patamar utilizado na segunda fase foi de, aproximadamente, 1/8 para cada agravante, inferior, portanto, ao coeficiente de 1/6 aceito como razoável e proporcional pela jurisprudência deste Tribunal Superior, bem como do Supremo Tribunal Federal. Não é muito lembrar, inclusive, que a fração eleita pode ter como base o intervalo da pena abstratamente cominada, em vez da pena-base concretamente aplicada, dada a possibilidade de o patamar aplicado na segunda fase suplantar o da primeira (art. 59 do Código Penal), nos termos do sistema trifásico de dosimetria da pena, estabelecido no art. 68 do Código Penal.

12. A irresignação resume-se a mero inconformismo dos embargantes com o resultado do julgamento, desfavorável à sua pretensão, tenho que não existe nenhum fundamento que justifique a oposição destes embargos.

13. A decisão da lavra desta Sexta Turma, no multicitado HC n.

76.686/PR, dissocia-se da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, onde esta mesma 6ª Turma já teve oportunidade de decidir, por mais de uma vez, pela legalidade de sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, mediante, por óbvio, devida motivação judicial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14. Embargos de declaração rejeitados"

(EDcl no REsp 1497041/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016, grifou-se)

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. DOENÇA INCURÁVEL. LESÃO CORPORAL GRAVE. DEBILIDADE PERMANENTE. PTOSE PALPERAL. ATRIBUIÇÃO DE CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DIVERSAS AOS FATOS VALORADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CONCURSO FORMAL DE CRIMES. CRIME ÚNICO. CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA. CONSUNÇÃO. POST FACTUM IMPUNÍVEL. VALORAÇÃO NEGATIVA NAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME MAIS GRAVE. DOSIMETRIA. TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO PRECEITO SECUNDÁRIO. CONCURSO ENTRE AGRAVANTES E ATENUANTES. MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA SOBRE AGRAVANTES DOS MOTIVOS DETERMINANTES. FRAÇÃO DE ATENUAÇÃO DA MENORIDADE REDUZIDA. CONFRONTO COM A MOTIVO TORPE. FRAÇÃO IDEAL DE 1/12. PARÂMETRO MERAMENTE INDICATIVO. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO DO CRIME LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA EX OFFICIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Veda-se o revolvimento de conclusões das instâncias ordinárias acerca do arcabouço fático-probatório na via estrita do habeas corpus, entretantes, adotadas essas premissas fáticas, é plenamente possível conferir-lhes consequências jurídicas diversas. No caso, infere-se que a qualificadora da debilidade permanente (CP, art.

129, § 1º, III) e a de enfermidade incurável (CP, art. 129, § 2º, II) fundaram-se exclusivamente na ptose palpebral superior esquerda, causada pelo trauma decorrente dos golpes desferidos pelo paciente, por meio de uma barra de metal.

3. Como cediço, tanto a lesão corporal grave em sentido estrito como a gravíssima constituem crimes preterdolosos qualificados pelo resultado, objetivamente descritos no Código Penal. Nada impede a ocorrência de concurso formal impróprio de crimes de lesão corporal, em um mesmo contexto fático, por meio de uma conduta, composta por diversos atos, desde que haja pluralidade de lesões apreciáveis e desígnios autônomos para a execução de cada uma das lesões.

4. As premissas fáticas das instâncias ordinárias não permitem concluir pela existência de concurso de crimes, mas apenas de crime único. A ptose palpebral superior esquerda foi a única lesão considerada para o embasamento de ambos os crimes qualificados pelos resultados, sendo, pois, a gênese de ambos resultados: a enfermidade incurável da ptose palpebral tem como consequência necessária a diminuição da função visual, haja vista o caimento da pálpebra, que causa a oclusão total ou parcial do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eixo visual.

5. O crime de lesão corporal grave estrita de debilidade permanente é postfactum impunível do crime mais grave de lesão corporal gravíssima, por enfermidade incurável, sendo irrelevante a conclusão das instâncias ordinárias acerca da autonomia de desígnios para produzir ambos os resultados, porquanto um é mero exaurimento do outro. Nesse passo, inviável a condenação pelo crime de lesão corporal grave estrito, ressaltando-se, contudo, que, para efetivar a devida individualização da pena, de rigor a valoração negativa da pena-base pelas consequências danosas à vítima, decorrente da diminuição da capacidade visual causada pela ptose palpebral.

6. A dosimetria da pena-base realizada pelas instâncias ordinárias mostrou-se bastante benevolente com o réu, ao fixa-la em 3 (três) anos de reclusão. Como o juízo sentenciante valorou negativamente personalidade, circunstâncias do crime e suas consequências para a vítima, aplicado-se o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada uma das três circunstâncias desfavoráveis, fazendo-o incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de lesão corporal gravíssima (6 anos), resultaria no acréscimo total de 2 (dois) anos e 3 (três) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão.

7. Na dosimetria da pena intermediária, deveras, conforme o entendimento consolidado desta Corte, a atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação às demais agravantes.

Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entre as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência.

8. A aplicação de circunstâncias atenuantes ou agravantes, isoladamente, enseja a incidência da fração paradigma de 1/6 (um sexto) para o devido ajuste da pena na segunda fase. Entrementes, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância (CP, art. 67), aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á, contudo, com força de atuação reduzida, haja vista a inevitável força de resistência oriunda da circunstância em sentido contrário. Portanto, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) para valoração da atenuante ou agravante preponderante, ressalvada sempre a possibilidade de adequação ao caso concreto nessa estipulação. In concreto, a atenuante da menoridade relativa deve prevalecer de forma ordinária sobre a agravante do motivo torpe, sendo proporcional e equânime a atenuação de 1/12 (um doze avos) desse concurso.

9. As agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10. A fração de 1/12 (um doze avos), resultante da preponderância da atenuante da menoridade relativa dentro do concurso de circunstâncias na segunda etapa da dosimetria, incidirá sobre o intervalo de pena em abstrato do crime de lesão corporal gravíssima (6 anos), pois superior à pena-base fixada de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses. Nesse diapasão, a atenuação da pena-base consiste em 6 (seis) meses, culminado, pois, na pena intermediária de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, que, diante da ausência de circunstâncias a serem valoradas na terceira fase de dosimetria, torna-se definitiva.

11. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar o afastamento do crime de lesão corporal grave estrito e, em decorrência disso, fixar a pena definitiva em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

(HC 325.961/RJ, da minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016, grifou-se).

In casu, incidem três agravantes genéricas: a reincidência e as duas agravantes decorrentes das qualificadoras remanescentes; a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, ou seja, 12 (doze) anos. Fazendo incidir o consagrado critério de aumento de 1/6 (um sexto) para cada agravante sobre o intervalo da pena *in abstrato* do crime de homicídio qualificado (18 anos), porquanto superior à pena-base fixada, haveria acréscimo de 9 (nove) anos, que somada à pena-base, culminaria na pena intermediária de 21 (vinte e um) anos, que se torna definitiva, ante a ausência de causas de aumento ou diminuição. Percebe-se, pois, que, malgrado ilegalidade cometida pelas instâncias ordinárias, a pena definitiva foi benevolmente fixada em 20 (vinte) anos, motivo pelo qual deve ser mantida, em observância à regra do *ne bis in idem*.

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0332153-8

HC 311.852 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00908125320108210010 0102100009081 102100009081 1021000090814 70049702236
908125320108210010

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: RONALDO CARDOSO DE SOUZA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: ALEXANDRE PEREIRA MONTEIRO
CORRÉU	: JOHN DA ROSA MACEDO
CORRÉU	: RAFAEL MARTINS DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio 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."

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