



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.013 - SP (2017/0098038-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : GUSTAVO ADOLFO LEMOS PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : GUSTAVO ADOLFO LEMOS PEREIRA DA SILVA - SP158938
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO HENRIQUE SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. CULPABILIDADE. QUALIFICADORA DESLOCADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE. QUANTUM DE REDUÇÃO PELA ATENUANTE. MENORIDADE RELATIVA. FRAÇÃO JURISPRUDENCIALMENTE FIXADA DE 1/6. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. PENA MENOR DO QUE QUATRO ANOS. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

- 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.

- É possível que "*o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto*" (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2015).

- O envolvimento de adolescente no delito patrimonial reflete a sua especial gravidade, justificando a valoração negativa da circunstância



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das consequências do crime, tendo-se em vista que o réu não foi condenado por corrupção de menores.

- *"Reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, apenas uma delas será utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais deverão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial na primeira fase da etapa do critério trifásico, se não for prevista como agravante"* (HC 427.179/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 05/03/2018).

- Não há que se falar em flagrante constrangimento ilegal, na exasperação da sanção básica em 1/2 sobre o mínimo legal, considerando que as instâncias ordinárias motivaram adequadamente o *quantum* de elevação da reprimenda em dados concretos extraídos dos autos que desbordam das elementares do tipo.

- A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador na segunda fase da dosimetria da pena, de modo que, apenas em situações específicas, e desde que haja fundamentação concreta, que não houve no caso, é possível se afastar desse patamar na diminuição de pena decorrente do reconhecimento de atenuante genérica.

- A presença de vetoriais negativas legitima a fixação de regime mais rigoroso do que originariamente previsto para a quantidade de pena aplicada, nos termos do art. 33, § § 2.º e 3.º, do Código Penal.

- *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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.013 - SP (2017/0098038-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : GUSTAVO ADOLFO LEMOS PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : GUSTAVO ADOLFO LEMOS PEREIRA DA SILVA - SP158938
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO HENRIQUE SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 1/9), com pedido liminar, impetrado em benefício de DIEGO HENRIQUE SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0000054-10.2007.8.26.0587 - fls. 14/19).

Depreende-se dos autos que o Juiz singular condenou o ora paciente, pela prática do crime previsto no artigo 155, § 4.º, incisos I e IV, do Código Penal, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 25 dias-multa, no valor mínimo legal (fls. 10/13).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte estadual, que a desproveu (fls. 14/19).

No presente *writ*, o impetrante alega, em síntese, constrangimento ilegal, na dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, pois:

O rompimento de obstáculo e o concurso de agentes a que se referiu a decisão de solo para valorar negativamente a culpabilidade constituem duas das quatro modalidades de furto qualificado, não podendo servir - ao menos da forma simplista como anotada no decisum - para aumentar a pena-base.

Além disso, a culpabilidade em nada se relaciona à maior ou menor eficiência da ação criminosa, como deu a entender o magistrado monocrático, de modo que também por esta razão deve ser afastada a indevida valoração negativa referente à vetorial culpabilidade.

Outra justificativa empregada para aumentar a pena base foi assim apontada, de forma indevida, no édito condenatório: 'o crime envolveu a participação de agente menor de idade, prejudicando a formação do adolescente'.

Ora, a sentença não faz qualquer menção acerca do papel ou da atuação do menor na empreitada criminosa, como ainda não indica se, efetivamente, tal participação prejudicou a formação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adolescente ou em que medida o prejuízo teria ocorrido.

Dessa forma, essa suposta consequência do crime a que faz alusão a sentença de primeiro grau não pode ser considerada como desfavorável ao paciente, pois além de carente de motivação concreta, apoiou-se apenas em referências vagas e em dados não explicitados, o que não se pode admitir.

Aponta a defesa, ainda, exasperação excessiva da pena-base, na fração de 1/2, em razão da valoração negativa da culpabilidade e das consequências do crime.

Aduz, de outro lado, que a atenuante de menoridade foi considerada para reduzir a pena na fração de 1/6, a despeito de ser preponderante em relação às demais, a demonstrar a discrepância dos critérios utilizados.

Por fim, consigna que *"não se pode atribuir como desfavoráveis ao paciente as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, de modo que a fixação do regime mais rigoroso do que o permitido legalmente demandaria, necessariamente, motivação idônea, que inexiste no caso em debate"* (fl. 7).

Aponta serem aplicáveis os enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, pede, liminarmente, a concessão do regime aberto e, no mérito, a redução da pena aplicada ao paciente, tendo em vista os argumentos acima mencionados, com a confirmação do pedido liminar.

A liminar foi indeferida, às fls. 26/28.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (fls. 67/75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 398.013 - SP (2017/0098038-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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

Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 01/08/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/05/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 02/09/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 27/05/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 03/12/2013, DJ 28/02/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

O impetrante se insurge, primeiramente, contra a exasperação da pena-base do paciente, que teria sido feita sem motivação idônea e em *quantum* desproporcional.

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. 304083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, 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.

O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser o necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

Assim, é possível que *"o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2015).

Examinando a pena aplicada na primeira etapa dosimétrica, vê-se que a sanção básica foi exasperada, na fração de 1/2 sobre o mínimo legal. Para a adequada delimitação da *quaestio*, colaciono os excertos seguintes dos títulos judiciais das instâncias ordinárias:

1ª fase - Para o crime previsto no artigo 155, parágrafo quarto, I e IV, do Código penal é prevista a pena de 2 a 8 anos de reclusão e multa.

A análise dos elementos do artigo 59 do Código Penal é desfavorável.

A culpabilidade do delito é superior à normal, pois o réu conjugou o rompimento de obstáculo ao concurso de pessoas, aumentando a eficiência da ação criminosa.

Além disso, o crime envolveu a participação de agente menor de idade, prejudicando a formação do adolescente.

Fixo a pena base em 3 anos de reclusão e 30 dias-multa. (fl. 11).

*No mais, verifico que penas básicas impostas aos apelantes foram fixadas acima do mínimo legal, ou seja, 3 anos de reclusão, mais o pagamento de 30 dias-multa, no piso, posto que, **além das***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias desfavoráveis que ambos ostentam (DIEGO fls. 180/182 e PEDRO fls. 183/192), também foram consideradas as qualificadoras e o envolvimento do menor na prática delitiva. Portanto, não há se falar na fixação da pena-base no mínimo legal, como pretende a defesa de DIEGO. (fl. 18)

Foi fornecida fundamentação idônea para o desfavorecimento de ambas as vetoriais: as consequências do delito e a culpabilidade do agente.

De fato, o envolvimento de adolescente no delito patrimonial reflete a sua especial gravidade, justificando a valoração negativa da circunstância das consequências do crime, tendo-se em vista que o réu não foi condenado por corrupção de menores.

Sobre o tema:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. CRIME PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ÓBICE À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. AUMENTO EXCESSIVO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 545/STJ. REDUÇÃO DA PENA AO PISO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. DOSIMETRIA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. Embora o simples fato de a conduta ter sido perpetrada em estabelecimento comercial não permita a exasperação da reprimenda a título de circunstâncias, a participação de dois adolescentes no crime, sem que o réu tenha sido condenado pelo delito de corrupção de menores, revela o maior grau de censurabilidade da ação e a sua gravidade concreta, e, por consectário, a necessidade de resposta penal mais significativa, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

[...]

8. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais de 13 (treze) dias-multa, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC 395.469/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO CONSUMADOS (TRÊS VEZES) E TENTADO (UMA VEZ) E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL: PACIENTE CONDENADO A 51 ANOS E 2 MESES DE RECLUSÃO. REDUÇÃO. PENA-BASE. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE. REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONDUTA SOCIAL. AMEAÇA E VIOLÊNCIA CONTRA AS PESSOAS QUE NÃO OBEDECIAM ÀS REGRAS DO GRUPO CRIMINOSO. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- No tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do habeas corpus, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade sobre a conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu.

- Na espécie, o acórdão recorrido apreciou concretamente a intensidade da reprovação penal, minudenciando a maior reprovabilidade da conduta praticada, evidenciada pelo fato de o acusado e seus comparsas terem se organizado e unido para o fim praticar as condutas delitivas, tanto que criaram o grupo 'PCP' - Primeiro Comando dos Primos, liderado pelo ora paciente, além do fato de ter ficado comprovado o envolvimento de adolescentes nas empreitadas criminosas, elementos que denotam maior censura à ação, destoando das circunstâncias normais do tipo penal violado. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. (HC 358.951/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 05/05/2017)

Outrossim, tendo o réu sido condenado pela prática do delito previsto no art. 155, § 4.º, incisos I e IV, do Código Penal, nada impede que uma das circunstâncias qualificadoras - rompimento de obstáculo ou concurso de pessoas - seja deslocada para a primeira etapa dosimétrica, ensejando a valoração negativa da culpabilidade do agente.

A respeito, vejam-se os julgados a seguir:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EMENDATIO LIBELLI. QUALIFICADORA DESCRITA NA DENÚNCIA. **DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DAS DUAS QUALIFICADORAS. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO.** VÍTIMA IDOSA. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE MANTIDA. PROPORCIONALIDADE DA PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO CABÍVEL. RÉU REINCENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. Descabe falar em bis in idem no reconhecimento das duas qualificadoras do crime de furto, pois o acervo probatório dos autos indicou que o agente valeu-se da credibilidade nele depositada pela vítima, oriunda de relações de amizade anteriores, para praticar as condutas criminosas (CP, art. 155, § 4º, II), em comparsaria com a corré (CP, art. 155, § 4º, IV).

5. **Reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, apenas uma delas será utilizada para tipificar a conduta como furto qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais deverão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes, ou como circunstância judicial na primeira fase da etapa do critério trifásico, se não for prevista como agravante.**

[...]

11. Writ não conhecido. (HC 427.179/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 05/03/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E ESCALADA. AFASTAMENTO. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. FURTO PRIVILEGIADO. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE REPARAÇÃO DO DANO. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. **QUALIFICADORA UTILIZADA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL.** APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

4. 'Cuidando-se de crime duplamente qualificado, uma das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias justifica o deslocamento do preceito sancionador para o tipo derivado, podendo a outra figurar como agravante ou circunstância judicial' (HC 104.071/MS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 25/5/09).

[...]

6. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 10 meses de reclusão, no regime inicial aberto, além do pagamento de 4 dias-multa. (HC 158.887/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

Assim, no ponto, não há que se falar em flagrante constrangimento ilegal na exasperação da sanção básica em 1/2 sobre o mínimo legal, considerando que as instâncias ordinárias motivaram adequadamente o *quantum* de elevação da reprimenda em dados concretos extraídos dos autos que desbordam das elementares do tipo.

O impetrante aponta discrepância entre o aumento em 1/2 sobre o mínimo legal, na primeira fase da dosimetria, e a redução das penas do paciente em apenas 1/6, na segunda etapa dosimétrica, ante o reconhecimento da atenuante genérica preponderante da menoridade relativa.

Não lhe assiste razão.

Sabe-se que, em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, apenas em situações específicas, e desde que haja fundamentação concreta, que não houve no caso, é possível se afastar desse patamar.

Sobre o tema:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. REDUÇÃO DA PENA INFERIOR A 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

[...]

5. Writ não conhecido. (HC 449.831/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

Mantida a quantidade de pena imposta na origem, 2 anos e 6 meses de reclusão, e o desfavorecimento de duas circunstâncias judiciais, adequada a imposição do regime intermediário para o início do cumprimento da reprimenda pelo paciente. A presença de vetoriais negativas legitima a fixação de regime mais rigoroso do que o originariamente previsto para a quantidade de pena aplicada, nos termos dos arts. 33, § 2.º e 3.º, do Código Penal.

No mesmo sentido, o precedente abaixo:

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.

[...]

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 430.248/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)

Dessa forma, ante todo o exposto, **não conheço** do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0098038-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 398.013 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000541020078260587 20150000608330 541020078260587 5870120070000542

EM MESA

JULGADO: 16/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GUSTAVO ADOLFO LEMOS PEREIRA DA SILVA
ADVOGADO : GUSTAVO ADOLFO LEMOS PEREIRA DA SILVA - SP158938
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO HENRIQUE SILVA
CORRÉU : PEDRO FRANCISCO DE SOUZA NETO

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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.