



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 688984 - PE (2021/0269044-7)

RELATOR : **MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**
IMPETRANTE : **BIANCA LAURENTINO SERRANO BARBOSA E OUTROS**
ADVOGADOS : **JOÃO VIEIRA NETO - PE021741**
 : **BIANCA LAURENTINO SERRANO BARBOSA - PE020251**
 : **MARIA EDUARDA SILVA DE SIQUEIRA CAMPOS - PE042319**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO**
PACIENTE : **ADEMIR DE BARROS COSTA (PRESO)**
CORRÉU : **DEVELMAR ANTONIO DA SILVA**
CORRÉU : **ROBSON SERAFIN DOS SANTOS**
CORRÉU : **SÉRGIO RICARDO DE SOUSA**
CORRÉU : **MARCOS SILVA DE LIMA**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ADEMIR DE BARROS COSTA em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (HC n. 0008682-27.2021.8.17.9000).

O paciente foi condenado à pena de 8 anos de reclusão em regime fechado pela prática do crime descrito no art. 157, § 3º (primeira parte), do Código Penal.

Impetrado *habeas corpus* no Tribunal de origem, o *mandamus* não foi conhecido, mas foi concedida a ordem, de ofício, para (fl. 433):

[...] decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à conduta social, personalidade, aos antecedentes criminais e aos motivos do crime, mantida a pena base fixada pelo juízo a quo em 9 anos de reclusão por ser mais favorável ao paciente em face da existência de 3 circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade, circunstâncias e consequências do delito) e, conseqüente **manutenção da pena final quantificada em 8 anos de reclusão**, nos termos da sentença, por ser mais benéfica ao paciente [...].

O acórdão recebeu a seguinte ementa (fls. 432-433):

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. PLEITO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA FIXAÇÃO DA PENA BASE. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE A AUTORIZAR A CONCESSÃO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONDUTA SOCIAL, DA PERSONALIDADE, DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DOS MOTIVOS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE. RECONHECIMENTO DE TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO

DELITO). MANUTENÇÃO DA PENA BASE NO PATAMAR FIXADO PELO JUÍZO A QUO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. CONCESSÃO DE OFÍCIO PARA DECOTAR NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REFERENTES À CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E DOS MOTIVOS DO CRIME, MANTENDO O QUANTUM DA PENA BASE FIXADA PELO MAGISTRADO POR SER MAIS BENÉFICO AO PACIENTE. DECISÃO UNÂNIME.

I – Inicialmente, cumpre assinalar que o *habeas corpus*, de acordo com o art. 5º LXXVII da Constituição Federal, é instrumento processual gratuito, não se fazendo necessário o preparo quando impetrado em substituição a recurso com tal exigência.

II – Não se mostra cabível a via eleita para conhecimento de pedido de reforma de sentença de 1º grau, revelando-se o presente *writ* verdadeiro sucedâneo de recurso próprio. Autorizada, portanto, a concessão da ordem de ofício ante a ocorrência de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, o que se verifica no caso.

III – A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de admitir a análise da dosimetria da pena imposta, na via do *habeas corpus*, somente nos casos em que se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório (HC n. 365.963/SP, Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, DJe 23/11/2017).

IV – Quanto à fixação da pena-base, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

V – É possível proceder a adequação da dosimetria reavaliando as circunstâncias judiciais e mantendo a reprimenda. *In casu*, atenta ao princípio da *non reformatio in pejus*, mantenho a pena base fixada em 9 (nove) anos por ser mais favorável ao paciente em face da existência de 3 circunstâncias judiciais negativas – o que levaria a fixação da pena base no patamar de 10 anos de reclusão.

VI – Na segunda fase da dosimetria, é sabido que o Código Penal se olvidou 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 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. *In casu*, o juiz sentenciante, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea e da menoridade, diminuiu a pena em 01 (um) ano, perfazendo o quantum de 08 (oito) anos de reclusão, tornando-a definitiva neste patamar à míngua de outras causas especiais de aumento ou diminuição, não merecendo reparo neste aspecto.

VII – *Habeas corpus* não conhecido, mas concedido de ofício, para decotar, na primeira fase de dosimetria, a valoração negativa das circunstâncias judiciais referentes à conduta social, personalidade, dos antecedentes criminais e dos motivos do crime, mantida a pena base fixada pelo juízo a quo em 9 anos de reclusão por ser mais favorável ao paciente em face da existência de 3 circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade, circunstâncias e consequências do delito), mantida a pena final quantificada em 8 anos de reclusão, nos termos da sentença, por seu mais benéfica ao paciente. Decisão unânime.

Neste *writ*, a defesa aponta constrangimento ilegal decorrente de *reformatio in pejus*, já que o Tribunal de origem, em sede de *habeas corpus*, afastou quatro circunstâncias judiciais valoradas negativamente pelo Juízo sentenciante, sem, contudo, proceder à proporcional redução da pena-base.

Alega que não há fundamentos válidos para majorar a pena-base em razão da negatização da *culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime*, uma vez que foram utilizados elementos já previsto no tipo penal.

Argumenta que (fl. 18):

[...] a *Desembargadora-Relatora* ‘inovou’ à dosimetria para impor ao paciente condenação desnorteada no regramento jurídico, pois, enquanto o magistrado de piso considerou desfavoráveis ao paciente todas as circunstâncias judiciais – *ainda que sem a devida fundamentação* -- e atribuiu a cada uma delas o aumento de 03 (três) meses na apenação básica (fração aritmética 1/8),

fixando a reprimenda inicial em 09 (nove) anos de reclusão, a **autoridade coatora**, determinou **FRACÇÃO A MAIOR**, qual seja, **1/3 (um terço)**, haja vista **as 03 (três) circunstâncias ditas desfavoráveis receberam o acréscimo de 24 (vinte e quatro) meses**.

Aduz que a redução pelo reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade ficou aquém do mínimo devido em desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

Defende o regime diverso do fechado.

Requer a readequação da pena e o regime semiaberto.

O Ministério Público Federal opinou “pelo não conhecimento do *habeas corpus*, concedendo-se, todavia, a ordem de ofício, para operar a atenuação da pena em um sexto na segunda fase do cálculo” (fl. 465).

É o relatório. Decido.

Ainda que inadequada a impetração de *habeas corpus* em substituição à revisão criminal ou ao recurso constitucional próprio, diante do disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, o Superior Tribunal de Justiça considera passível de correção de ofício o flagrante constrangimento ilegal.

A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao *quantum* ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador.

O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em *habeas corpus* somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena (HC n. 405.765/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 11/10/2017; e AgRg no HC n. 524.277/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe de 18/5/2020).

No caso, embora o Tribunal de origem tenha reconhecido a equivocada valoração negativa da *conduta social, personalidade, motivos e antecedentes*, concluiu pela manutenção do *quantum* de pena fixado na primeira fase da dosimetria, pois afastou a ilegalidade quanto à negatização dos vetores *culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime*. Confira-se excerto do julgado (fls. 430-431):

O paciente foi condenado à **reprimenda definitiva de 08 (oito) anos de reclusão** como incurso nas penas do **art. 157, §3º (primeira parte) do Código Penal**, com a **redação dada pela Lei 9.426/1996**, que trazia no seu preceito secundário a pena de **reclusão de sete a quinze anos**, além da **multa**, **haja vista o delito ter sido cometido em 29/12/1999 (ID 16072054 - denúncia)**, diferentemente do alegado pelo impetrante ao afirmar que o paciente responderia pelo art. 157, §3º (primeira parte), com a **redação dada pela Lei n.º 8.072/1990** que previa, em seu preceito secundário, pena de reclusão de **cinco a quinze anos, além de multa**.

O magistrado *a quo*, aplicou a pena em desfavor do ora paciente nos seguintes termos, conforme sentença prolatada em **04/02/2003 (ID 16072884, fls.16/20)**:

“(…); *Atento as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, passo a dosimetria da pena. Considerando altamente reprovável a conduta dos réus perante o ordenamento jurídico penal e o alto grau de periculosidade de cada um deles no cometimento da ação; considerando os registros de antecedentes criminais expostos no bojo processual; considerando o dano irreparável à pessoa de*

*José Ednalrio da Silva, e o constrangimento imposto aos demais clientes da instituição, envolvidos em tão lamentável evento; considerando invidiosa a inaptidão dos denunciados ao convívio social; considerando as demais circunstâncias judiciais contidas naquele artigo, fixo: 1 - para **Ademir de Barros Costa** a pena base de 09 (nove) anos de reclusão; reduzo a pena base em 01 (um) ano, tendo em vista as atenuantes do art. 65, incisos I e III, alínea 'd' (agente menor de 21 anos e confissão espontânea); torno a **pena base concreta e definitiva em 08 (oito) anos de reclusão, em face da ausência de quaisquer outras circunstâncias a serem sopesadas; (...)**".*

Observa-se que o juiz sentenciante, fixou a pena-base acima do mínimo legal, se valendo de referências vagas, genéricas e em dados não explicitados, sendo defeso ao magistrado apontar como desfavoráveis as circunstâncias judiciais, sem, todavia, apresentar a motivação devida, merecendo reparo neste aspecto.

Desse modo, entendo que houve violação aos artigos 59 e 68 do Código Penal, face à ausência de fundamentação necessária, posto que estabelecida pena-base no montante de **09 (nove) anos de reclusão**, ou seja, acrescida de 02 (dois) anos acima do mínimo abstrato, que é de **07 (sete) anos de reclusão**, sem que o juiz aplicador exteriorizasse, suficientemente, qual ou quais as razões que a teria conduzido à exasperação, quando é direito do réu condenado é conhecer as razões do raciocínio do julgador em toda e qualquer decisão.

Destaco, por oportuno que quanto à fixação da pena-base, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar quantum de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

Feitas tais considerações, afastado da dosimetria as circunstâncias judiciais da **conduta social**, da **personalidade**, dos **motivos do crime** e os **antecedentes criminais** – haja vista que o ora paciente não registrava antecedentes há época do delito conforme se vê no **ID 16072881, fls.15** e, não se olvidando, por oportuno, que as circunstâncias judiciais do paciente não lhe são favoráveis, notadamente a culpabilidade – merece o paciente o grau extremo, máximo de reprovabilidade. Tinha potencial consciência da ilicitude do delito, era exigido do mesmo, conduta diversa, bem como é imputável. Não há nenhuma justificativa que lhe tire sua responsabilidade no cometimento do delito, as **circunstâncias** e as **consequências do crime** – dada a apresentação de motivação concreta, haja vista se tratar de assalto a bancos, em que a ação dos meliantes se desenvolve em breve espaço de tempo e sob tensão psicológica intensa, com destaque para a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e perigo de vida, sofridas por *José Ednalrio da Silva*, atenta, ainda, ao princípio da *non reformatio in pejus*, mantenho a pena base fixada em **9 (nove) anos** por ser mais favorável ao paciente em face da existência de 3 circunstâncias judiciais negativas – o que levaria a fixação da pena base no patamar de 10 anos de reclusão.

Embora tenha afastado a valoração negativa da *conduta social*, *personalidade*, *motivos e antecedentes*, a Corte local não reduziu o *quantum* de pena fixado na primeira fase da dosimetria, configurando manifesta ilegalidade, pois a conclusão é contrária ao princípio da individualização da pena, o que impõe a observância da proporcionalidade.

A propósito, a Terceira Seção uniformizou a jurisprudência das Turmas de direito criminal em julgado assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. EXCLUSÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. EMBARGOS DESPROVIDOS.

1. É imperiosa a redução proporcional da pena-base quando o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, afastar uma circunstância judicial negativa do art. 59 do CP reconhecida no édito condenatório.

2. Embargos de divergência desprovidos. (EDv nos EREsp n. 1.826.799/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, relator para o acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 8/10/2021.)

No mesmo sentido: AgRg no HC n. 698.743/RJ, relator Ministro Jesuíno Rissato, Quinta Turma, DJe de 15/2/2022; e AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.972.411/RS, relatora Ministra Laurita Vaz,

Sexta Turma, DJe de 4/11/2021.

Assim, afastada a valoração negativa dos vetores *conduta social, personalidade, motivos e antecedentes*, impõe-se a redução proporcional da pena-base.

Quanto às demais circunstâncias judiciais, ressalto que o Superior Tribunal de Justiça entende que o aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do CP depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.

As *circunstâncias do crime* devem ser aferidas em razão do *modus operandi*, ou seja, do modo como o crime foi cometido, do tempo de duração da conduta, da forma de abordagem, dos instrumentos do crime, do local da infração.

Na hipótese, a pena-base foi exasperada, de forma fundamentada, com relação ao vetor *circunstâncias do crime*, já que a Corte local esclareceu que “se tratar de assalto a bancos, em que a ação dos meliantes se desenvolve em breve espaço de tempo e sob tensão psicológica intensa” (fl. 431). Esse elemento extrapola aqueles ínsitos ao tipo.

Nessa linha de entendimento:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. PENA-BASE. PREMEDITAÇÃO NA COMPRA DA ARMA. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. A culpabilidade, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censura do comportamento do réu. Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.

4. A premeditação, evidenciada pela prévia aquisição de arma de fogo para o cometimento de crimes, é inerente à conduta de realizar roubos mediante arma de fogo, não se admitindo que tal circunstância seja valorada para exasperar a pena-base.

5. **As circunstâncias do crime, por sua vez, são dados acidentais, secundários, relativos à infração penal, que não integram a estrutura do tipo penal. Na hipótese, as instâncias ordinárias constataram corretamente que a circunstância de ter sido o crime cometido contra estabelecimento bancário, que conta com aparato de segurança mínimo imposto por Lei, revela a magnitude e profissionalismo do crime cometido, bem como ousadia e periculosidade dos acusados.**

[...]

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir as penas dos pacientes Juraci e Fabrício para 5 anos e 8 meses de reclusão; e a do paciente Adeildo para 7 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão. (HC n. 417.236/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 2/4/2018, destaqueei.)

No tocante à *culpabilidade*, entretanto, a decisão carece de motivação válida para agravar a pena, já que essa circunstância judicial deve ser compreendida como maior ou menor reprovabilidade da conduta diante de elementos concretos do fato que extrapolem aqueles inerentes ao próprio tipo. Não deve ser confundida com a culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude, a exigibilidade de conduta diversa e a imputabilidade, elementos necessários para se aferir pela ocorrência ou não do crime.

O aumento pelas *consequências do crime*, que se referem ao resultado da ação do agente, também não está devidamente fundamentado, já que a incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias configura lesão corporal grave, resultado já previsto no tipo incriminador e que qualifica o crime e recrudescer as penas cominadas em abstrato.

A propósito, confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO VAGA, GENÉRICA E ÍNSITA AO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

II - Não constitui fundamento idôneo à majoração da pena-base o simples fato de a culpabilidade estar evidenciada no, "alto grau de reprovabilidade a conduta do réu, além de incontestável e acentuada", tendo o paciente "agindo ele com dolo direto e determinado". Do mesmo modo com relação aos motivos as circunstâncias do crime, respectivamente: "a saciedade do vício e do dinheiro fácil, em detrimento do patrimônio alheio" e "a violência e a grave ameaça são na atualidade um dos grandes problemas sofridos pela sociedade".

III - À exceção da vetorial das consequências do crime, lastreada no alcance e na projeção para além do fato delituoso, ou seja, "praticou o crime de forma covarde, vil e cruel, eis que ao matar as vítimas estas deixaram desamparadas as suas famílias", todas as demais devem ser excluídas, nos termos da decisão ora agravada.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 430.031/PE, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 7/6/2018, DJe de 13/6/2018.)

No que diz respeito ao patamar de aumento utilizado na segunda fase dosimétrica, o Tribunal *a quo* concluiu que (fl. 431):

Na segunda fase da dosimetria, é sabido que o Código Penal se olvidou 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 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, o que ocorreu na espécie.

In casu, o juiz sentenciante, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea e da menoridade, diminuiu a pena em 01 (um) ano, perfazendo o quantum de **08 (oito) anos de reclusão**, tornando-a definitiva neste patamar à míngua de outras causas especiais de aumento ou diminuição, não merecendo reparo neste aspecto.

À míngua de previsão legal acerca do *quantum* de aumento ou de diminuição, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que "deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a

ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado" (AgRg no HC n. 370.184/RS, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe de 22/5/2017).

A propósito:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO EM FRAÇÃO INFERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REPRIMENDA REVISTA. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU.

[...]

4. Quanto à 2ª fase da dosimetria, 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 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 inferior a 1/6 pelo reconhecimento de atenuante exige motivação concreta e idônea.

5. No caso dos autos, as instâncias ordinárias reconheceram a incidência da atenuante da confissão espontânea e reduziram a pena do paciente em 6 meses. Porém, não foi apresentada motivação concreta para essa redução em patamar inferior a 1/6, razão pela qual deve incidir a fração mínima.

6. Na primeira fase, afastada a valoração negativa da culpabilidade e não subsistindo mais circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base do paciente em 12 anos de reclusão. Na segunda etapa, não obstante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, deixo de reduzir a reprimenda, a qual não pode ficar aquém do mínimo legal nessa fase (Súmula 231/STJ). Assim, ante a ausência de causa de aumento ou diminuição de pena, a pena definitiva se queda em 12 anos de reclusão.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do crime de homicídio duplamente qualificado a 12 anos de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório. Com fulcro no art. 580 do CPP, os efeitos da impetração devem se estender ao corréu. (HC n. 606.589/PB, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 16/10/2020.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRANSNACIONALIDADE. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. PENA-BASE. ACRÉSCIMO QUE SE JUSTIFICA. CONFISSÃO. PATAMAR FIXADO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE. DIA-MULTA. INCOMPATIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

[...]

5. A lei não fixa parâmetros aritméticos para a exasperação da pena-base ou para a aplicação de atenuantes e de agravantes, cabendo ao magistrado, utilizando-se da discricionariedade motivada e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie.

6. Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado" (AgRg no HC 370.184/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 22/05/2017).

7. A sentença não apontou os fundamentos para aplicar a fração de 1/15 (um quinze avos), e apenas constou que, "em que pese o acusado ter negado a importação e aquisição, não há de se negar que tenha confirmado parte dos fatos contida na denúncia, incluindo a consciência de se tratar de droga e arrependimento, sendo parte desta confissão, inclusive, utilizada como fundamento da sentença".

[...]

9. Agravo regimental provido, para conhecer do recurso especial e, parcialmente, provê-lo, a fim de revisar a fração da atenuante da confissão espontânea, considerando 1/6 (um sexto), e estabelecer a condenação final em 7 anos, 3 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional inicial fechado, e 729 dias-multa. (AgRg no AREsp n. 1.803.808/SP, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, DJe de 16/11/2021.)

Assim, cabe ao magistrado fixar o montante de pena que melhor se ajuste ao caso, atentando

para os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da isonomia, sem descuidar do dever de motivação a fim de permitir a verificação dos limites da discricionariedade.

No caso, as instâncias ordinárias, de forma desproporcional e sem justificativa, reduziram a pena em apenas 1 ano pelas atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, o que enseja a concessão da ordem para que seja aplicada a fração de 1/6 para cada circunstância atenuantes, usualmente adotada pela jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO DA LESÃO GRAVE. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PATAMAR DE ACRÉSCIMO. PROPORCIONALIDADE. FRAÇÃO DE 1/6 PARA CADA VETOR. POSSIBILIDADE. ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO DE 1/13 PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. REDUÇÃO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 (um sexto) para cada fator desfavorável" (AgRg no AREsp 484.057/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 9/3/2018).

2. Apesar de a legislação não prever as frações na aplicação das atenuantes e agravantes, o entendimento desta Corte de Justiça é no sentido de que a fração inferior a 1/6 deve ser fundamentada, o que não se observou nos autos.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.437.922/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 5/8/2019, destaquei.)

Refaço, pois, a dosimetria da pena para, na primeira fase, reduzir proporcionalmente a pena-base pelo afastamento promovido pela Corte de origem das circunstâncias judiciais *conduta social, personalidade, motivos e antecedentes*, e pelo afastamento das circunstâncias *culpabilidade e consequências do crime*, conforme acima fundamentado, bem como para aplicar a fração de diminuição de 1/6 para cada circunstância atenuante.

Assim, fixo a pena-base em 8 anos e 2 meses de reclusão em decorrência do aumento de 1/6 pela manutenção da valoração negativa das *circunstâncias do crime*.

Na segunda fase, reduzo a pena em 1/3 pela manutenção das atenuantes da confissão espontânea e menoridade, e fixo a pena intermediária em **7 anos de reclusão**, em razão da incidência da Súmula STJ n. 231, *in verbis*: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Torna essa pena definitiva em razão da ausência de outras moduladoras.

Relativamente à fixação do regime inicial para o cumprimento de pena, deve o julgador, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, observar a quantidade da pena aplicada, bem como a primariedade do agente e a existência das circunstâncias judiciais desfavoráveis do art. 59 do Código

Penal.

Além disso, "estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu" (HC n. 413.565/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 25/10/2017).

Mantenho, pois, o regime inicial fechado para o cumprimento inicial da pena, diante do *quantum* fixado e da presença de circunstância judicial desfavorável.

Ante o exposto, **não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício a fim de readequar a pena do paciente para 7 anos de reclusão, nos termos da fundamentação acima.**

Publique-se. Intimem-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Após o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao arquivo.

Brasília, 19 de agosto de 2022.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Relator