

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500851-87.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO TORPE E MEDIANTE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. ALEGAÇÃO DE ERRO E INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA. PLEITO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE POR FALTA DE ELEMENTOS NOS AUTOS. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DAS CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVOS DO CRIME. PENA-BASE REDIMENSIONADA. RECONHECIMENTO DA PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO SOBRE A AGRAVANTE DE TER O AGENTE COMETIDO O CRIME MEDIANTE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. PENA REDIMENSIONADA. CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INACOLHIMENTO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA EM RAZÃO DE EXTENSA FICHA CRIMINAL DO ACUSADO, ALÉM DO SEU COMPROVADO ENVOLVIMENTO COM FACÇÕES CRIMINOSAS RELACIONADAS AO TRÁFICO DE DROGAS, HOMICÍDIOS, E PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO. GRATUIDADE. JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAIS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação, bem como o aumento não pode levar em conta circunstâncias sopesadas, no caso concreto, nas demais fases da dosimetria. No caso concreto, a fundamentação da análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, conduz à redução da pena-base, tendo em vista a necessidade de afastar-se a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, por inexistir nos autos, a necessária comprovação de que tais vetores seriam desfavoráveis ao Acusado, sendo mantida a valoração negativa dos motivos e das circunstâncias do crime.

2. No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal.

3. Considerando-se que a substituição da preventiva pela prisão domiciliar deu-se em razão de circunstâncias especiais, hoje não mais existentes, mas persistindo os motivos que ensejaram em um primeiro momento a segregação prévia do Acusado, não há razão para que este permaneça solto. Além da gravidade concreta inerente ao delito imposto ao Apelante, sua soltura, inegavelmente, coloca em risco a ordem pública, considerando se tratar de pessoa envolvida com a prática de delitos de extrema gravidade, sendo possível localizar ao sistema PJE 1º grau, ao menos 06 ações penais em nome do réu, daí porque imperiosa a decretação da segregação, neste caso, um dos efeitos da respectiva condenação.

4. Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria que atine à gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO
Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº

0500851-87.2016.8.05.0201 da Comarca de PORTO SEGURO/BA, sendo Apelante, , e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante deste julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 30 de Outubro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500851-87.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Acusado , tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da Sentença (id 51293251) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Porto Seguro, nos autos do Processo nº 0500851-87.2016.8.05.0201, que, em consonância com o entendimento exarado pelo Conselho de Sentença, procedeu à sua condenação pelo crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal). De acordo com os autos, no dia 29 de janeiro de 2016, por volta das 13:00 horas, na Rodovia BA-001, entrada do Bairro Condomínio 2000, Distrito de Trancoso, Porto Seguro/BA, os Denunciados e , em comunhão de esforços e desígnios, agindo com aninus necandi, efetuaram diversos disparos de arma de fogo, em direção à vítima , provocando-lhe várias lesões, descritas no laudo (id 51290538, fls. 07/08), causando a sua morte. De acordo com o Parquet, , vulgo , também participou do crime, contudo em 10/02/2016 foi alvejado, vindo a óbito. Consta, também, os Denunciados , vulgo 'Dujau' e , vulgo '' (já falecido) resolveram ceifar a vida da vítima pelo fato de ela pertencer a uma facção criminosa diversa, denominada MPA (Mercado do Povo Atitude), enquanto os Denunciados seriam membros da facção denominada PCC (Primeiro Comando do Campinho), além de ter divulgado a foto de 'Dujau' entre os membros do MPA, o que gerou no ora Apelante um sentimento de vingança. Também de acordo com a Denúncia, no dia do fato, , que era cunhado do primeiro denunciado (), viu quando a vítima estava passando em frente ao Bairro Condomínio 2000, imediatamente ligou para , vulgo '' (já falecido) e avisou que a vítima estaria por ali. Ato contínuo, Antônio foi até a residência do segundo acusado (Uillis, Vulgo 'Puri'), que pertence à mesma facção de e , e informando que iriam ceifar a vida de pediu a sua motocicleta Bros Preta emprestada, tendo 'Puri' concorrido para a prática delitiva emprestando a moto aos executores, agindo com plena consciência que o uso desta seria para dar suporte para o assassinato da vítima. Em seguida, informa a peça inicial da Acusação que passou na residência de e foram ao encontro da vítima, encontrando-o na Rodovia BA 001, em frente ao condomínio 2000. Nesse passo, que se encontrava na garupa da moto sacou a arma, um revólver da marca taurus, calibre 38, e sem permitir ou dificultando qualquer atitude de defesa da vítima, efetuou cinco disparos em que caiu ao solo e foi socorrido no Posto de Saúde de Trancoso, onde veio a óbito. Registre-se que dias depois a arma do crime foi apreendida por policiais civis na residência de , namorada de . Proferida Sentença de Pronúncia em 08/03/2018 (id 51292665), o ora Apelante foi pronunciado pelo fato descrito no artigo 121, parágrafo 2º, incisos I e IV do Código Penal, sendo impronunciado o Acusado , com fulcro no artigo 414 do Código de Processo Penal. Em Sessão de Julgamento ocorrida em 14 de abril de 2023, o Apelante fora condenado pela prática do homicídio, sendo-lhe fixada a pena

de 19 (dezenove) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado (id 51293251). Irresignada com sua condenação, a Defesa apresentou Recurso de Apelação (id 51293241), e, em suas razões, pugnou pela aplicação da pena-base no mínimo legal por inexistir nos autos razão para mais grave imposição; que seja determinada a isenção do pagamento das custas processuais, bem como seja concedido o direito de recorrer em liberdade, não havendo razões concretas que justifiquem a manutenção da medida preventiva, nos termos do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e art. 387, § 1º do Código de Processo Penal. Prequestionou os dispositivos apontados como violados, para fins de eventual interposição de recursos aos Tribunais Superiores (id 51293255). Em suas contrarrazões o Ministério Público requereu o conhecimento e desprovemento do recurso de apelação, sendo mantida a Sentença recorrida (id 51293258). Instada a se pronunciar, a Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer da lavra da Dra. , manifestou-se pelo “CONHECIMENTO PARCIAL (com exceção do pleito de gratuidade) do recurso e seu respectivo PROVIMENTO PARCIAL, tão somente para afastar as modeladoras da “culpabilidade”, “antecedentes criminais” e “conduta social”. (id 52006321). Os autos vieram, então, conclusos. É o Relatório, que submeto à apreciação, nos termos regimentais, da Eminente Desembargadora Revisora. Salvador/BA, 17 de outubro de 2023. Desa. Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500851-87.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO Primeiramente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Do exame dos fólios, constata-se que o resultado do julgamento proferido pelo Tribunal do Júri foi prolatado no dia 14.04.2023, com interposição do Recurso de Apelação pela Defesa no mesmo dia, em Plenário de Julgamento (id 51293241), resultando evidente a tempestividade deste, o qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento. II – DO MÉRITO. DOSIMETRIA DA PENA. Torna-se necessário, antes de adentrar na análise do mérito recursal, deixar evidenciado em que hipóteses ocorre o cabimento da interposição de recurso das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença, consoante o art. 593, do Código de Processo Penal: Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948) I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. (Grifos nossos). Com efeito, inadmissível a interposição de Apelação tendo por lastro o fundamento esposado em caso de simples irresignação com o conteúdo da decisão proferida pelo Tribunal do Júri, levando-se em consideração a existência, no caso em comento, de elementos legítimos de convicção capazes de autorizar a edição do comando condenatório. No caso concreto, percebe-se que houve a prolatação de entendimento fundamentado nas provas dos autos, tendo sido acolhida a tese da prática do delito de homicídio qualificado, sendo dispensada qualquer digressão sobre a materialidade e a

autoria do crime por não ter havido insurgência do Apelante quanto a isso. O inconformismo da Defesa reside no quantum de pena fora imposto ao Apelante, sendo questionada a análise das circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base, por entender inexistir nos autos elementos para a fixação da base em patamar maior que o mínimo legal de 12 (doze) anos de reclusão. Alegou também a Defesa ser devida a gratuidade judiciária, bem como o direito de recorrer em liberdade. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação, bem como o aumento não pode levar em conta circunstâncias sopesadas, no caso concreto, nas demais fases da dosimetria. Feita essa digressão, passa-se à análise do cálculo dosimétrico: 1ª FASE: Adentrando na dosimetria realizada pelo Julgador de 1º grau verifica-se que a pena-base foi fixada em 20 anos de reclusão, ao serem consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais atinentes aos antecedentes, conduta social, personalidade, circunstâncias e motivos do crime, dispondo o julgador a quo: “O sentenciado agiu entendendo o caráter ilícito de sua conduta. O réu ostenta condenação anterior, com trânsito em julgado, autos n.º 0000314-88.2020.8.05.0111 da Comarca de Itabela, conforme consulta realizada junto ao BNMP. A conduta social do agente revela inclinação para a prática de atos dolosos contra a vida e o desprezo a regras sociais. No que toca a personalidade do agente destaco sua falta de empatia para com seu semelhante, não tendo um traço de arrependimento em suas declarações. Com relação a circunstâncias e motivos do crime, é imperioso destacar que a conduta, segundo sinalizado, foi motivada por envolvimento em facção criminosa, o que torna, sob minha ótica, uma necessária adição na pena base, a fim de que haja um efetivo combate a violência e demonstre maior sinalização de que o crime organizado não encontrará espaço na sociedade. O crime ocorreu em local ermo, com excessiva e desnecessária violência. (...)” Como cedo, ao Magistrado compete, especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais do Acusado, declinar motivadamente as suas razões sob pena de ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. Em razão do princípio do livre convencimento motivado, o julgador deve fundamentar objetivamente a majoração da pena-base, indicando dados concretos e existentes nos autos. Não basta a mera repetição do enunciado legal ou a menção a dados vagos, sendo necessária a verificação de cada circunstância frente aos elementos colhidos na instrução. Com relação aos antecedentes, o Julgador de 1º grau considerou serem estes negativos em razão de o Acusado possuir uma condenação transitada em julgado em ação penal tombada sob nº 0000314-88.2020.8.05.0111. Em consulta ao PJE – 2º grau, verifica-se que o ora Apelante foi condenado – com trânsito em julgado em 04/11/202 – nos autos da referida ação penal a uma pena de 11 (onze) anos, 11 (onze) meses e 30 (trinta) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pelo crimes previstos no artigo 33, caput, c/c o artigo 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, por fatos ocorridos em 17 de novembro de 2019, ou seja, por fato posterior ao homicídio em julgamento, não sendo possível tal registro servir como maus antecedentes. A partir da

certidão de antecedentes do Acusado (id 51292983), e em consulta aos sistemas processuais deste Tribunal, percebe-se a existência de vários atos infracionais, com imposição de medida socioeducativas, além de outras ações penais, entretanto, nenhuma com possibilidade de ensinar o reconhecimento de antecedentes, seja porque versam sobre fatos posteriores ao apurado nestes autos, seja em razão de não ter havido trânsito em julgado. A esse respeito, convém citar a lição de SCHIMITT1 : (...) Nos antecedentes criminais se perquire a vita anteacta do sentenciado. A circunstância judicial atinente aos anytecedentes criminais diz respeito aos envolvimentos judiciais anteriores do acusado, sendo que os fatos que não tenham relação com situações ilícitas (criminosas) não podem (e nem devem) ser aqui valorados. (...) Inseridos na discussão da temática, defendemos que somente revela ser possuidor de antecedentes criminais o agente capaz que possui contra si sentença penal condenatória transitada em julgado, decorrente de fato ilícito anterior (crime ou contravenção penal) e que não implique em reincidência. No sentido de que a condenação por fato posterior ao crime em julgamento não gera maus antecedentes, mas somente aquela por fatos anteriores, ainda que com trânsito em julgado posterior, a jurisprudência pátria é pacífica: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO. FALTA DE IMPUGNAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADES FLAGRANTES. FURTO SIMPLES. PENA-BASE. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. REPRIMENDAS. REDUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. AGRADO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. DE OFÍCIO, CONCEDIDO HABEAS CORPUS E DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DA AGRAVANTE. 1. Ausente a impugnação concreta ao fundamento da decisão agravada, que não conheceu do agrado em recurso especial, tem aplicação a Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça. 2. É manifestamente ilegal a negatinação dos antecedentes e a aplicação da agravante da reincidência, quando fundamentadas em condenações, ainda que transitadas em julgado, por fatos posteriores àquele sob julgamento. 3. A afirmação, lançada na sentença, de que "a situação financeira lhe é desfavorável" é obscura pois, no contexto em que colocada no texto, não é possível inferir se está a se falar acerca da Vítima ou da Acusada. E, além disso, não demonstrou nenhum grau maior de reprovabilidade da conduta, não justificando a exasperação da pena-base. 4. Com o redimensionamento das reprimendas, o prazo prescricional passou a ser de 4 (quatro) anos, lapso consumado entre o recebimento da denúncia, em 20/02/2014 e a publicação da sentença condenatória, em 19/07/2019. 5. Agrado regimental não conhecido; porém, de ofício, concedido habeas corpus, para fixar a pena-base no mínimo legal e excluir a agravante da reincidência, redimensionando as penas nos termos do voto e, por consequência, é declarada extinta a punibilidade da Agravante, pela prescrição da pretensão punitiva. (AgRg no AREsp 1903802/ES, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 30/09/2021) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DECISÃO MONOCRÁTICA IN LIMINE. LEGALIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE NÃO EXCEPCIONAL DE DROGA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR AO DELITO, TRANSITADA EM JULGADO EM DATA POSTERIOR. MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO POR POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006). REINCIDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. RÉU COM ANTECEDENTES. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AGRADO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 1. "Segundo a orientação desta Corte Superior, a condenação

definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, com trânsito em julgado posterior à data do ilícito de que ora se cuida, embora não configure a agravante da reincidência, pode caracterizar Maus antecedentes e ensejar o acréscimo da pena-base" (AgRg no HC 607.497/SC, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 30/09/2020). 4. A atual jurisprudência deste Tribunal Superior está firmada no sentido de que, se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência (art. 63 do Código Penal), também o crime de posse de drogas para consumo próprio não deve gerar tal efeito – sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade –, haja vista ser punível com medidas muito mais brandas, como "advertência sobre os efeitos das drogas", "prestação de serviços à comunidade" e "medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo". 5. Restabelecida a valoração dos antecedentes do Agravado, não é possível fazer incidir a minorante do tráfico privilegiado, por expressa determinação legal. 6. Agravamento regimental parcialmente provido para redimensionar as penas do Agravado, nos termos especificados no voto. (AgRg no HC n. 799.856/SP, relatora Ministra , Sexta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 28/9/2023.) Desse modo, afasta-se a valoração negativa dos antecedentes. Com relação ao vetor conduta social, sabe-se que abrange uma análise do comportamento do Acusado no meio em que vive, considerando os aspectos relacionados ao convívio social, familiar e laboral. Ao tratar da conduta social, leciona: Portanto, é o exame do comportamento do agente no seio social, familiar e profissional, sem se confundir com os antecedentes criminais e a reincidência, os quais são reservados à valoração de fatos ilícitos. (...) Conforme frisamos anteriormente, a valoração da conduta social também não se confunde com o exame dos antecedentes criminais e da reincidência, pois estes estão ligados à prática de um delito que mereceu a sanção definitiva do Estado. A conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita. Na Sentença recorrida, vê-se que a conduta social do Acusado foi tida como desfavorável em razão de sua inclinação para a prática de crimes dolosos contra a vida, além do desprezo às regras sociais. Além de não haver elementos nos autos aptos a considerar prejudicial ao Acusado esse vetor, a valoração negativa da conduta social a partir da existência de procedimentos criminais em andamento, revela-se inidônea e constitui afronta ao princípio constitucional da não culpabilidade previsto no art. 5º, XVII, da Constituição Federal, além de ir de encontro à Súmula nº 444 do STJ que dispõe: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Nesse Sentido, veja-se o seguinte precedente do STJ: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CP. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. ILEGALIDADE MANIFESTA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. READEQUAÇÃO DA PENA. 1. A desconstituição do entendimento firmado pelo Tribunal de origem diante de suposta contrariedade a lei federal, com o fim de se obter a desclassificação do delito, não encontra campo na via eleita, ante à necessidade de aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, procedimento descabido em recurso especial por força da Súmula 7/STJ. 2. A tese defensiva referente ao art. 59 do CP não foi objeto de discussão no acórdão recorrido, não tendo sido sequer ventilada nas razões do recurso integrativo, mostrando-se inviável a sua análise nesta via especial, a teor do que dispõem as Súmulas 282/STF e 211/STJ. 3. Consoante entendimento desta Corte, a existência de processos

em andamento não constitui motivação idônea a fundamentar a exasperação da pena-base, principalmente quanto ao vetor da conduta social (Súmula 444/STJ), em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (HC n. 316.870/ES, Ministro , Quinta Turma, DJe 1º/10/2021). 4. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido de ofício, para afastar a valoração negativa da conduta social e, por conseguinte, redimensionar a pena aplicada para 2 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 22 dias-multa, estabelecendo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (AgRg no AREsp n. 2.002.114/SP, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.) Assim, afasta-se a valoração em desfavor do Apelante da conduta social. Sobre a personalidade do agente, vale consignar o entendimento do eminente Ministro , que, com absoluta propriedade, ressalta: A personalidade do paciente, por sua vez, foi considerada desfavorável, ao argumento de que é "inclinada para a prática delitativa" (fl. 49). Ocorre que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador (que, de regra, não é psiquiatra e nem psicólogo – não sendo, portanto, expert) possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de sucedanear o aumento da pena-base. (HC 137.995/MS, Rel. Min. , Quinta Turma, DJe 13/10/09). explica: "Deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Na análise da personalidade deve-se verificar a sua boa ou má índole, sua maior ou menor sensibilidade ético-social, a presença ou não de eventuais desvios de caráter de forma a identificar se o crime constitui um episódio acidental na vida do réu." (. Código Penal Comentado. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 299) Do trecho anteriormente transcrito, extrai-se que a ponderação acerca da personalidade do agente levou em consideração a sua falta de empatia para com seu semelhante, ao não se arrepender do crime. Ocorre que pela prova produzida nestes autos não há elementos suficientes para elevar a pena-base do Apelante a partir da negatização dos vetores da personalidade. Nesse Sentido, veja-se o seguinte precedente do STJ: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO E AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PERSONALIDADE. DESNECESSIDADE DE LAUDO TÉCNICO. DESCUMPRIMENTO REITERADO DE MEDIDAS PROTETIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA. 1. A fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, nos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal, 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal. 2. É legítima a análise da personalidade, na primeira fase da dosimetria, baseada na demonstração, em concreto, de que o réu foi notadamente vil na prática do fato criminoso, extrapolando a abrangência do tipo penal. 3. O comportamento do acusado durante o processo configura motivo inidôneo para majorar sua pena-base, sobretudo quando no exercício do seu direito à ampla defesa. De igual modo, a ausência de arrependimento ou remorso pelo agente não autoriza a exasperação da pena-base, no que tange à avaliação da sua personalidade. 4. Todavia, o descumprimento reiterado de medidas protetivas de urgência é fundamento idôneo para valorar negativamente a personalidade do agente, porquanto tal comportamento revela seu especial desrespeito e desprezo tanto pela mulher quanto pelo sistema judicial. Ademais, denota intrepidez do paciente,

porquanto, não obstante a imposição judicial de proibição de aproximação da vítima, a providência foi por ele desprezada a fim de concretizar o objetivo de matá-la. 5. Ordem denegada. (HC n. 452.391/PR, relator Ministro, Sexta Turma, julgado em 28/5/2019, DJe de 4/6/2019.) A sentença considerou ainda desfavoráveis as circunstâncias do crime. Consabido que as circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada delito, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem na quantidade da sanção. Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o objeto utilizado, as condições e o modo de agir do autor do fato, bem como a atitude assumida por este no decorrer da conduta delitiva. A respeito das circunstâncias do delito, bastante elucidativa é a definição de Franco³ : (...)

circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva (...). Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso, etc. Em relação às circunstâncias do crime, a Sentença não merece reparos. Efetivamente, o fato de o crime ter ocorrido em local ermo, em via pública, sendo o ofendido alvejado com 5 disparos de arma de fogo, deve ser levado em conta para o incremento da pena-base. Veja-se nesse sentido, o seguinte precedente do STJ: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS E CONCRETAS. RECONHECIMENTO DE MAIS DE UMA QUALIFICADORA. UMA DELAS PODE SER UTILIZADA PARA AGRAVAR A PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. IDADE DA VÍTIMA. UTILIZAÇÃO PARA AUMENTO DA PENA. FUNDAMENTO VÁLIDO. DESPROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito (AgRg no AREsp 864.464/DF, Rel. Ministro, SEXTA TURMA, DJe 30/5/2017). Arrolados elementos concretos e não inerentes ao tipo penal para elevação da pena-base, não há falar em ilegalidade da dosimetria, pois observado o disposto no art. 59 do CP. 2. "(...) Em crime de homicídio, com mais de uma qualificadora reconhecida pelo Conselho de Sentença, a qualificadora em excesso poderá ser utilizada para elevar a pena-base, como foi feito no caso em análise" (RHC 131.038/PB, Rel. Ministra, SEXTA TURMA, DJe 11/10/2021). 3. "(...) Quanto às circunstâncias do crime, a jurisprudência do STJ admite o desvalor do aludido vetor em razão da execução de disparos em via pública" (HC 536.480/RJ, Rel. Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 26/11/2019). 4. "(...) É cediço que a idade da vítima pode ser levada em consideração para a exasperação da pena-base" (HC 614.998/PE, Rel. Ministro, QUINTA TURMA, DJe 20/10/2020). 5. No que tange à desproporcionalidade do aumento da pena-base, "(...) nos termos da jurisprudência pacífica desta eg. Corte Superior, 'A aplicação da pena, na primeira fase, não se submete a critério matemático, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada do juiz. Precedentes' (AgRg no RESp n. 1.785.739/PA, Sexta Turma, Rel. Min., DJe de 28/06/2019)" (AgRg no AREsp 1997061/GO, Rel. Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, DJe 17/2/2022). 6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.055.438/PA, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 19/5/2022.) Por fim, também os motivos do crime foram adequadamente sopesados para a majoração da pena-base imposta ao Apelante, em razão de a prova produzida indicar que o a morte do ofendido teria ocorrido em razão de disputas entre facções criminosas ligadas ao tráfico de drogas, sendo cabível a elevação de pena como meio de maior repressão à criminalidade. Nesse sentido: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DOSIMETRIA. CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DOS MOTIVOS DO CRIME. CONFLITO MOTIVADO PELA DISPUTA DE FACÇÕES. REEXAME DE PROVA. DESNECESSIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Ao realizar a dosimetria da pena, o Juiz de 1º grau considerou que o crime de homicídio foi motivado pela disputa entre as facções criminosas. O Tribunal de origem afastou a exasperação daí decorrente (mas sem negar o fato em si), por considerar tal fundamentação inerente ao crime de organização criminosa. 2. Todavia, conforme jurisprudência desta Corte Superior, para o crime de organização criminosa basta que o agente promova, constitua, financie ou integre pessoalmente organização criminosa. Portanto, o conflito motivado pela disputa de facções é elemento que extrapola o tipo penal, autorizando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, sem que isso resulte bis in idem. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 1.867.815/SC, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 15/6/2021, DJe de 21/6/2021.). Desse modo, a fundamentação da análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, conduz à redução da pena-base, tendo em vista a necessidade de afastar-se a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, por inexistir nos autos, a necessária comprovação de que tais vetores seriam desfavoráveis ao Acusado, sendo mantida a valoração negativa dos motivos e das circunstâncias do crime. Utilizando-se o critério objetivo adotado pelos Tribunais Superiores e considerando que o art. 59 do Código Penal elenca oito circunstâncias judiciais, mostra-se adequado no caso concreto, em que fora mantidos 02 (dois) vetores negativos, que a pena-base seja fixada em 16 (dezesesseis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, tendo em vista o a acréscimo de 02 (dois) anos e 03 (três) meses para cada circunstância considerada desfavorável. 2ª FASE: Como se sabe, não há óbice a que, concorrendo mais de uma qualificadora, o Julgador utilize uma delas para qualificar o crime e as demais para majorar a pena-base contanto que não o sejam, cumulativamente, também valoradas em outra categoria. No caso concreto, os Jurados reconheceram as qualificadoras do motivo torpe e recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, utilizando esta como agravante prevista no art. 61, II, c do Código Penal. Observa-se que o Decisio não considerou o caráter de preponderância que a atenuante da confissão guarda em relação à agravante de o crime ter sido cometido mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, razão pela qual considero ser cabível a modificação do julgado também nesse ponto. É certo que na hipótese da existência de concurso entre circunstâncias atenuantes e agravantes, deve-se observar o regramento contido no art. 67 do CP, que dispõe: no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Considerando que inexistente qualquer circunstância atenuante ou agravante definida como "personalidade do agente", é pacífico o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal para enquadrar nesse conceito a menoridade, a senilidade, bem como a

confissão espontânea prevista no art. 65, III, d do Código Penal. Dessarte, a atenuante da confissão reconhecida in casu é considerada preponderante em relação à agravante prevista no art. 61, II, c, do CP, conforme interpretação do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entre as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico, descabendo a compensação entre tais circunstâncias. Nesse sentido: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/6. RAZOABILIDADE. NEGATIVAÇÃO DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA NÃO CABÍVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. MANUTENÇÃO DO REGIME SEMIABERTO DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. 2. Sobre o cálculo da pena-base em si, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critérios ideais 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, ou de 1/6, a incidir sobre a pena mínima. Deveras, tratando-se de patamares meramente norteadores, que buscam 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. Isso significa que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração de aumento específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo supracitado ou mesmo outro valor. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, exigindo-se apenas que seja proporcional o critério utilizado pelas instâncias ordinárias. 3. Hipótese em que foram valoradas negativamente 2 vetoriais do art. 59 do CP: a culpabilidade e os motivos do crime. 4. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, destacou-se que a agravante agiu "com elevado grau de brutalidade, envolvendo o emprego de uma garrafada quebrada, com a qual a ré golpeou a vítima inclusive em região sensível do corpo (cabeça)". 5. Quanto aos motivos do crime, o fato de a agravante ter intentado contra a integridade física da vítima por vingança, já que esta seria amante do seu companheiro, é suficiente para justificar a majoração da pena-base. Com efeito, a jurisprudência desta Corte Superior entende que "a vingança é elemento idôneo a elevar a pena-base acima do mínimo legal" (AgRg no HC n. 679.907/PB, Quinta Turma, Rel. Min. Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), DJe de 5/10/2021. 6. Nada a reparar no tocante à majoração da pena-base pelo Tribunal local em 1/3, considerando a negatificação de duas circunstâncias judiciais, cada uma em 1/6. Mantém-se a pena-base em 2 anos e 8 meses de reclusão. 7. Concluído pelas instâncias

antecedentes que a agravante empregou recurso que impossibilitou a defesa da vítima ao atingi-la com uma garrafa quebrada pelas costas na região da cabeça, o acolhimento do pleito de afastamento da agravante demandaria o reexame do conteúdo fático-probatório, o que é vedado em sede de habeas corpus. Mantida a pena em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão. 8. Evidenciado que a agravante confessou o delito, ainda que de forma parcial ou qualificada, deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea em seu favor. 9. Conforme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, "a confissão espontânea e a menoridade relativa, sendo atributos da personalidade do agente, são igualmente preponderantes com a reincidência e os motivos do delito, consoante disposto no art. 67 do Código Penal" (Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, Rel. Ministro , Terceira Seção, julgado em 10/4/2013, DJe 17/4/2013). Do mesmo modo, "preceitua o art. 67 do Código Penal que no concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência." (HC 360.168/SP, Rel. Ministro , Quinta Turma, DJe 30/04/2018). 10. Sendo a confissão espontânea considerada preponderante em relação às agravantes de caráter subjetivo, como a do meio cruel, e também em relação às de caráter objetivo, a compensação deve ser parcial, porém com a redução da pena, em razão da preponderância da circunstância atenuante. 11. As alegações de reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III, a, do Código Penal por ter a agravante agido motivada por relevante valor moral e da causa de diminuição de pena prevista no art. 129, § 4º, do CP, tendo em vista que restou incontroverso que a recorrente foi injustamente provocada pela vítima, que a chamava de "cornã" não foram objeto de julgamento no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 12. Evidenciada flagrante ilegalidade em relação à segunda fase da dosimetria, na qual deve ser reconhecida a atenuante da confissão espontânea, passa-se a nova análise da dosimetria retornando a reprimenda a 2 anos e 8 meses de reclusão como pena-base. Na segunda fase, reconhecida a confissão espontânea e realizada a compensação parcial entre esta atenuante e a agravante do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, fica a pena mantida no patamar mínimo. Ausentes causas de aumento e diminuição de pena, resta a pena da lesão corporal definitivamente fixada em 2 anos e 8 meses de reclusão. 13. Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, permanece o semiaberto diante da existências de circunstâncias judiciais desfavoráveis. 14. De acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719 do STF prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea". 15. No caso, nota-se que a pena-base da agravante foi fixada acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valoradas 2 circunstâncias do art. 59 do Código Penal (culpabilidade e motivos do crime), o que permite a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal. 16. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 800.983/SP,

relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 22/5/2023.) (grifos acrescidos) Nada obstante inexistir na legislação penal qualquer indicação específica da fração a ser agregada à pena frente à constatação da incidência de agravantes, a orientação predominante neste egrégio Tribunal de Justiça e nas demais Cortes do país é no sentido de adotar-se, no cálculo, a quantia de 1/6 (um sexto) por cada circunstância, a incidir sobre a pena-base. Por outro lado, no concurso entre atenuantes e agravantes, observada a escala de preponderância prevista no art. 67 do CP, aquela que estiver melhor graduada sobressair-se-á sobre a circunstância em sentido contrário. Assim, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, mostra-se proporcional, nesses casos, o patamar ideal de 1/12 (um doze avos) em favor da circunstância que se revelar preponderante. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR CONSEQUÊNCIAS DO DELITOS. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO INERENTES AO TIPO. ELEMENTOS ACIDENTAIS DEVIDAMENTE DECLINADOS, A DEMONSTRAR A NECESSIDADE DE APENAMENTO MAIS GRAVOSO. AUMENTO EM RAZÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) ACIMA DA PENA MÍNIMA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. RAZOABILIDADE. MAIOR DESVALOR DA CONDUTA DEMONSTRADO PELA CONJUNTURA DECLINADA. SEGUNDA ETAPA DO CÁLCULO DA PENA. PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SOBRE A AGRAVANTE DA SENILIDADE. REDUÇÃO DE 1/12 (UM DOZE AVOS). MENORIDADE RELATIVA: REDUÇÃO EM 1/6 (UM SEXTO), POR NÃO SE TRATAR DE CONCURSO ENTRE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA: CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INCIDÊNCIA CUMULATIVA DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO PREVISTAS NA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA, NO CASO, DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PENA REDIMENSIONADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, cotejadas com o juízo de valor a ser procedido caso a caso na delimitação da gravidade concreta do crime, conduzem a algum grau de discricionariedade na aplicação da pena-base. Todavia, é mister diferenciar discricionariedade de arbitrariedade. Esta constitui uma liberalidade decisória não permitida pelo Direito, fundada em meros impulsos emotivos ou caprichos pessoais que não se apoiam em regras ou princípios institucionais. Aquela, ao revés, envolve o reconhecimento de que a vagueza de certas normas jurídicas implica a necessidade de apelo ao juízo subjetivo de Magistrados que interpretam o Direito à luz de concepções diversas de justiça e de diferentes parâmetros de relevância, e de que a decisão tomada dentro dessa zona de incerteza deverá ser considerada juridicamente adequada caso seja informada por princípios jurídicos e esteja amparada em critérios como razoabilidade, proporcionalidade, igualdade e sensatez. Daí falar-se em discricionariedade guiada ou vinculada. Assim, embora não haja vinculação a critérios puramente matemáticos, os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do dever de motivação das decisões judiciais, da prestação de contas (accountability) e da isonomia exigem que o julgador, a fim de balizar os limites de sua discricionariedade, realize um juízo de coerência entre (a) o número de circunstâncias judiciais concretamente avaliadas como negativas; (b) o intervalo de pena abstratamente previsto para o crime; e (c) o quantum de pena que costuma ser aplicado pela jurisprudência em casos assemelhados. 2. Na hipótese, o Tribunal local não se limitou a declinar referências genéricas a danos emocionais, ao consignar que, após a conduta, uma das Vítimas passou a

precisar tomar medicação para conseguir dormir. Assim, é válido o demérito conferido à circunstância judicial das consequências do crime, pois o contexto declinado constitui elemento accidental (ou seja, não inerente ao tipo), a demonstrar a necessidade de apenamento mais gravoso, no ponto. 3. A complexidade do comportamento humano é incompatível com a fixação absoluta e intransponível de uma única fração de aumento para cada circunstância judicial, sendo lícito, portanto, a exasperação da pena de forma mais rigorosa mediante fundamentação idônea. Por isso, a jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido de que "o réu não tem direito subjetivo à utilização das frações de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima ou mesmo outro valor. Tais parâmetros não são obrigatórios, porque o que se exige das instâncias ordinárias é a fundamentação adequada e a proporcionalidade na exasperação da pena" (AgRg no HC n. 707.862/AC, relator Ministro – Desembargador Convocado do TRF/1.^a Região –, Sexta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe 25/02/2022). 4. No caso em exame, o vetor circunstâncias do crime foi desabonado na origem com fundamento nos fatos de que na ação delitiva houve invasão de domicílio, foram empregadas ao menos 2 (duas) armas de fogo e 1 (um) simulacro (ou seja, mais de um artefato), a liberdade das Vítimas foi restringida e uma delas foi lesionada. Tal conjuntura demonstra desvalor extraordinário, tendo sido ressaltado *modus operandi* que justifica aumento, no ponto, de 1/3 (um sexto) acima da sanção corporal de piso. Em outras palavras, devidamente declinada a necessidade de censura mais intensa, mostra-se válido eleger razão de aumento maior de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima abstratamente cominada à conduta pela vetorial depreciada. 5. Na espécie, reconheceu-se na origem o concurso entre a circunstância atenuante da confissão espontânea (de natureza subjetiva, relacionada à personalidade do agente) e a circunstância agravante referida no art. 61, inciso II, alínea h, do referido diploma – adstrita à hipótese em que cometido o crime contra idoso, maior de 60 (sessenta) anos, criança, enfermo ou mulher grávida (portanto, referente apenas à Vítima). Assim, a primeira deve preponderar sobre a segunda, por força do art. 67 do Código Penal. 6. "Mostra-se proporcional, conforme jurisprudência desta Corte, o patamar ideal de 1/12 para valoração da atenuante ou agravante preponderante" (STJ, AgRg no HC n. 689.749/SP, relator Ministro – Desembargador Convocado do TRF 1.^a Região –, Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 29/11/2021). 7. Quanto à redução pela atenuante da menoridade relativa, todavia, não ocorre concurso entre circunstâncias atenuantes e agravantes (houve na hipótese o reconhecimento apenas de uma agravante, a da senilidade, já neutralizada pela confissão), motivo pelo qual o patamar de diminuição, no ponto, deve ser de 1/6. 8. É certo que o parágrafo único do art. 68 do Código Penal ("[n]o concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua") confere ao juiz, no caso de concurso de causas de aumento previstas na parte especial, a faculdade – e não o dever – de fazer incidir a causa que mais aumente a pena, excluindo as demais. Assim, se o magistrado sentenciante concluir tratar-se de hipótese de incidência cumulativa de causas de aumento da parte especial, a escolha deverá ser devidamente fundamentada, lastreada em elementos concretos dos autos que evidenciem o maior grau de reprovação da conduta e, em consequência, a necessidade de sanção mais rigorosa. Na espécie, a jurisdição ordinária não declinou motivação objetiva para justificar a incidência cumulada das causas de aumento. Não há referência sobre se no

modus operandi do delito houve especial gravidade ou maior grau de reprovação na conduta, como a divisão de tarefas entre os réus, a prática de violência real ou restrição de liberdade das Vítimas por lapso maior que o necessário para consumir a conduta. No mais, por um lado é certo que, por esta Corte, foram proferidos precedentes no sentido de que, se o número de indivíduos extrapola o mínimo necessário para o concurso de agentes, a cumulação de majorantes é válida. Todavia, por outro lado, na hipótese o Tribunal local não considerou o concurso de 4 agentes para aplicar concorrentemente as referidas circunstâncias, mas tão somente para estabelecer no grau máximo, 1/2 (metade) a causa de aumento que decorre do § 2.º, inciso II, do Código Penal. Em outras palavras, a rigor as causas de aumento foram aplicadas cumulativamente pela mera circunstância de o delito ter sido cometido em concurso de agentes e com emprego de armas de fogo, o que é ilegítimo, sendo ainda de rigor ressaltar que "este Tribunal, interpretando o art. 68, parágrafo único, do CP, consolidou seu entendimento no sentido de que, em regra, deve ser aplicada somente a majorante que mais aumenta a pena em caso de concurso de causas de aumento" (STJ, HC 735.413/SP, Rel. Ministro – Desembargador Convocado do TJDF –, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe 30/05/2022. 9. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para redimensionar as penas para 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa e 16 (dezesesseis) dias-multa, mantidos os demais termos dos éditos de primeiro e segundo graus de jurisdição. (HC n. 596.233/SC, relatora Ministra, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 31/8/2022.) Assim, considerando que o Apelante tem em seu favor uma circunstância atenuante (confissão espontânea) e em seu desfavor uma circunstância agravante (crime cometido mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima), em observância ao artigo 67 do CP, verifico que a atenuante prepondera sobre a agravante, razão pela qual atenuo a pena-base na fração de 1/12 (um doze avos), passando a dosá-la em 15 (quinze) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, tornando-a definitiva, em face da ausência de causas de aumento e de diminuição de pena. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA Em respeito ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime de pena estabelecido para o Apelante dar início ao cumprimento de pena deve permanecer no fechado, considerando o quantum da pena fixada. III – CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE Pleiteou a Defesa, ainda, a concessão ao Acusado do direito de recorrer em liberdade, ancorando-se no princípio constitucional da presunção de inocência e sob a alegação de que inexistiriam razões para a decretação de sua prisão preventiva na Sentença. Razão, entretanto, não lhe assiste. Da leitura da Sentença recorrida, verifica-se que ao Apelante foi negado o direito de recorrer em liberdade sob os seguintes fundamentos, in verbis: "No tocante a prisão preventiva, muito embora concedida a prisão domiciliar, faço observar que o fato que gerou a concessão do benefício não se faz presente na oportunidade, a medida que as informações são as que o tratamento pode ser continuado na unidade prisional. Ademais, como já relatado linhas acima, há claros sinais no envolvimento do sentenciado em facção criminosa, assim como em outros atos de violência, o que trás, indubitavelmente, desassossego e intranquilidade a ordem social. Diante de tal quadro, decreto a prisão preventiva de , devendo ser expedido o competente mandado de prisão e registrado junto ao Banco Nacional de Mandados de Prisões. Prazo de validade até 14.04.2043. Com o trânsito em julgado ao Ministério Público, expeça-se guia de recolhimento do sentenciado". Com base na Sentença condenatória transcrita nas linhas

acima, constata-se que o Magistrado de primeiro grau negou ao Acusado o direito de recorrer em liberdade, decretando a sua prisão preventiva, considerando o quanto apurado durante a instrução processual, bem como o risco de reiteração delitiva. Compulsando os autos da ação penal, observa-se que a prisão preventiva foi decretada em 25/05/2016 em decisão fundamentada pelo Magistrado de 1º grau (id 51290539), verbis: "Entendo que a ordem pública escora-se, principalmente, na gravidade da conduta, e não da gravidade em abstrato do crime perpetrado. Partindo dessa premissa, conclui-se que em se tratando de ordem pública, refere-se a lei, em primeiro lugar, às providências de segurança necessárias para evitar que o réu pratique novos crimes, quer porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, quer porque, em liberdade encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Mas seu conceito não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também para acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, ameaçados por práticas como é o caso em questão. Analisando o que demais consta nos autos verifica-se que a conduta dos acusados, prima facie, foi extremante perigosa e deliberada uma vez que supostamente ceifaram a vida da vítima. Saliente-se que os supostos executores foram os representados e, este ultimo já falecido. Consta ainda que a suposta participação de Uillis foi de emprestar sua motocicleta a Antonio, sabendo que esta seria usada com a finalidade de dar suporte na morte da vítima. Não se pode negar que, os elementos constantes nos autos traduzem fortes indícios de autoria e materialidade dos acusados no crime de homicídio qualificado e o fato de não se acautelar o meio social, como se faz na espécie, implicaria numa situação de revolta da população e da família da vítima, trazendo o descrédito na justiça e o sentimento de impunidade, uma vez que as condutas ora praticadas, mesmo que ainda fundadas em indícios, foram demasiadamente graves. De mais a mais, as informações constantes dos autos não trazem quaisquer anotações quanto ao vínculo dos acusados com o distrito da culpa, o que, a meu sentir, fundamenta a prisão na necessidade de se garantir a instrução criminal e aplicação da lei penal". Após cumprimento do mandado de prisão, o Acusado, ora Apelante, ingressou com o Pedido de Habeas Corpus nº 8006189-76.2019.8.05.0000, sob a alegação de que se encontrava extremamente debilitado em razão de doença grave, no aguardo de cirurgia de reconstrução do trânsito intestinal, sendo por esta Relatora concedida a medida liminar suplicada, para substituição da segregação preventiva por prisão domiciliar, enquanto durasse o tratamento médico, nos termos do art. 318, inciso II, do CPP. Em Sessão de Julgamento da Segunda Turma da Segunda Câmara desse e. Tribunal de Justiça realizada no dia 26/04/2019, confirmou-se a liminar, cujo Acórdão de minha relatoria restou assim ementado: HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR OU, ALTERNATIVAMENTE, DE SUBSTITUIÇÃO DESTA POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE COM ESTADO DE SAÚDE DEBILITADO, FAZENDO USO DE BOLSA DE COLOSTOMIA E NO AGUARDOS DESDE 17/09/2018 DE REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE RECONSTRUÇÃO DO TRÂNSITO INTESTINAL JUNTO À SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE. RELATÓRIO MÉDICO EXARADO PELA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO PRISIONAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PELO RECOLHIMENTO DOMICILIAR, EM RAZÃO DO ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE, ENQUANTO DURAR O TRATAMENTO MÉDICO INDICADO. ORDEM CONCEDIDA, EM HARMONIA COM O PRONUNCIAMENTO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. Considerando-se que a substituição da preventiva pela prisão domiciliar deu-se em razão de circunstâncias especiais – por motivo de saúde – hoje não mais existentes, mas persistindo os motivos que

ensejaram em um primeiro momento a segregação prévia do Acusado, não há razão para que este permaneça solto. Além da gravidade concreta inerente ao delito imposto ao recorrente, sua soltura, inegavelmente, coloca em risco a ordem pública, considerando se tratar de pessoa envolvida com a prática de delitos de extrema gravidade. Em consulta ao sistema PJE 1º grau, é possível localizar ao menos 06 ações penais em nome do réu, pela prática de crimes de tráfico de droga e porte ilegal de arma (0308436-48.2014.8.05.0201); latrocínio (0500726-22.2016.8.05.0201); tráfico, associação para o tráfico e porte ilegal de arma de fogo (0500726-22.2016.8.05.0201); tráfico, porte ilegal de arma de fogo e fornecimento de arma para adolescente (0301444-73.2019.8.05.0079); roubo majorado pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo (0000195-30.2020.8.05.0111); bem como tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo (0000314-88.2020.8.05.0111), além de diversas apurações de atos infracionais. Dessa forma, não há razões para a concessão do direito de recorrer em liberdade, ora pretendido. Deve-se afastar, também, a alegação de que a prisão do Apelante não deve prosperar em razão do princípio da presunção de inocência, uma vez que a própria Carta Magna previu a possibilidade da prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, nos termos do seu art. 5º, inc. LXI, independentemente do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, justamente para regulamentar os casos de necessidade de segregação com o fito de assegurar a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal. Assim, diante da incontestada presença destes requisitos, não se vislumbra ofensa ao referido princípio constitucional. Dessa forma, existindo fundadas razões para que o Apelante seja mantido recolhido enquanto aguarda o julgamento de seus eventuais recursos, não merece acolhimento o pleito recursal de revogação da prisão preventiva.

IV – DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA Pleiteou ainda o Apelante a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, afirmando não poder arcar com as custas do processo e honorários advocatícios, sem prejuízo do seu sustento. Quanto ao referido pedido, este não deve ser conhecido, uma vez que a matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça, disposta na Lei nº 1.060/50 e nos artigos 804 do CPP e 98 e seguintes do Código de Processo Civil, é da competência do Juiz da Vara das Execuções Penais. Tal entendimento faz-se notar no seguinte julgado: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE REGISTRO ESCRITO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES N.º 282 DA SUPREMA CORTE E N.º 211 DESTA CORTE SUPERIOR. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A tese de nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Carece a questão, portanto, de prequestionamento, incidindo as Súmulas n.º 282 da Suprema Corte e n.º 211 desta Corte Superior. 2. Nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade. 3. O tráfico

ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. 4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes. 5. A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos. Ademais, a análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 1371623/SC, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019) (grifos acrescidos). Dessa forma, a análise da hipossuficiência do Apelante deverá ser feita pelo Juiz da Execução Penal e não por esta Relatora, sob pena de configurar-se supressão de instância, razão pela qual não conheço do pedido. CONCLUSÃO Ante o exposto, impõe-se o CONHECIMENTO PARCIAL, E NA EXTENSÃO CONHECIDA, DAR PROVIMENTO EM PARTE ao Recurso interposto, para afastar a valoração negativa dos vetores antecedentes, conduta social e personalidade do agente, e reconhecer a preponderância da atenuante da confissão, e redimensionar a pena final aplicada ao Apelante para 15 (quinze) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, mantendo-se o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda, bem como os demais termos da sentença combatida. 1SCHITT, Ricardo. Sentença Penal Condenatória: teoria e prática-9. ed., rev. e atual.. - Salvador: JusPODIVM, 2015. 2SCHMITT, , Sentença Penal Condenatória - Teoria e Prática, 9ª ed. Rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 120). 3SILVA FRANCO, Alberto. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. I, t. I., p. 900. Salvador/BA, 17 de outubro de 2023. Desa. Relatora