

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500979-23.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Franklin Nascimento Souza Defensor Público: José Jorge de Lima APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Lolita Macedo Lessa ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. 1. PLEITO PELA REDUÇÃO DA PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO QUE SE MOSTRA INIDÔNEA. MANUTENÇÃO DA AVALIAÇÃO DESFAVORÁVEL DA MODULADORA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ADOÇÃO DE CRITÉRIO DOSIMÉTRICO MAIS PROPORCIONAL. PARCIAL PROVIMENTO. 2. PLEITO PELA REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. 3. PLEITO PELA DETRAÇÃO PENAL PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. QUESTÃO AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES FIRMES E SEGURAS. NÃO CONHECIMENTO. 4. PLEITO PELO AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA FIXADA. PENA PECUNIÁRIA QUE CONSTITUI SANÇÃO DE CARÁTER PENAL. PRECEDENTES. INVIABILIDADE. 5. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS APONTADOS. 6. CONCLUSÃO: PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS MULTA, MANTENDO-SE O REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA. Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0500979-23.2019.8.05.0001, da Comarca de Salvador/BA, sendo Apelante FRANKLIN NASCIMENTO SOUZA e Apelado MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia pelo PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS MULTA, MANTENDO-SE O REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR (ASSINADO ELETRONICAMENTE) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 4 de Agosto de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500979-23.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Franklin Nascimento Souza Defensor Público: José Jorge de Lima APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Lolita Macedo Lessa RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por Franklin Nascimento Souza, em face de sentença que julgou procedente o pedido formulado na denúncia para condená-lo pela prática do artigo 157, caput, do Código Penal, proferida pelo Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, nos autos da ação penal em epígrafe. Narra a inicial, 167858554, in verbis: (...) “No dia 30 de dezembro de 2018, por volta das 11h:30min., na rua Henrique Dias, bairro do Bonfim, nesta cidade, em plena via pública, o acusado, mediante o emprego de grave ameaça exercida com um simulacro de arma de fogo, subtraiu para si um aparelho de telefonia celular da marca Iphone S, da vítima Emanuele Lopes da Silva. Segundo restou apurado, a vítima estacionou o seu veículo na Rua Henrique Dias, no bairro do Bonfim e, em seguida, atravessou a rua com destino a casa de um paciente. No momento em que atravessava a mencionada rua foi abordada pelo acusado que exibindo um simulacro de arma de fogo, exigiu a entrega do aparelho celular. Sem alternativa, diante da grave ameaça de que era objeto, a vítima atendeu a

exigência entregando o aparelho celular ao acusado. De posse do aparelho celular da vítima o acusado empreendeu fuga, momento em que a senhora Emanuele gritou por socorro, tendo um cidadão que estava numa motocicleta passado a seguir o réu, até que, momento depois, ele foi finalmente preso, recuperando-se o produto do roubo. O crime se consumou, consoante orientação ministrada na Súmula 582, do STJ, consolidando posição unânime da corte desde o ano de 2005. No STF o entendimento unânime é exatamente o mesmo, desde meados de 2005. Ouvido diante da autoridade policial, o acusado confessou a prática delituosa, informando, inclusive, que venderia o produto do crime para comprar drogas, e de já ter sido preso noutra oportunidade, também pela prática de roubo. Assim procedendo, infringiu o acusado o disposto no art. 157, "caput", do código penal. Em razão disso, requer, após o recebimento e a autuação desta denúncia, seja o acusado notificado para dar a sua resposta no prazo de 10 dias, nos termos do art. 396 do CPP. Requer, outrossim, uma vez rejeitada a resposta contestação, seja citado o réu e notificada a vítima e as testemunhas abaixo arroladas para virem depor em juízo, em dia e hora a serem designados para a audiência prevista no art. 400 do CPP, sob as cominações legais, até final sentença condenatória." (...) A denúncia, instruída com o Inquérito Policial, ID 167858555, foi recebida em 15/01/2019, ID 167858761. O Auto de Exibição e Apreensão foi juntado no ID 167858555. O Laudo de Exame Pericial encontra-se no ID 167858863. O réu foi citado em 18/01/2019, ID 167858768, e ofereceu resposta no ID 167858775. As oitivas da vítima, testemunhas e o interrogatório foram colacionados no ID 167858886 a 167858888, 167858939, 167858940 e gravadas através dos links: <https://midias.pje.jus.br/midias/web/site/login/?chave=HnBC4SH7ozvorZH0krvc>; <https://midias.pje.jus.br/midias/web/site/login/?chave=zZ9m4f60tH8JiZXjH5Fe>; <https://midias.pje.jus.br/midias/web/site/login/?chave=e88fnqq6LTd51voLBkeX>, ID 26786416. As alegações finais, em memoriais, foram juntadas no ID 167858954 e 167858963. Ultimada a instrução criminal, a sentença datada de 06/03/2020, ID 167858964, julgou procedente a denúncia para condenar o réu pela prática do delito insculpido no artigo 157, caput, do Código Penal, a uma pena de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do valor do salário mínimo. Na oportunidade, foi revogada a prisão preventiva do réu. O Ministério Público foi intimado, via portal eletrônico, em 07/03/2020, ID 167858972, a Defensoria Pública, em 17/03/2020, ID 167858977, e o réu foi intimado em 13/03/2020, ID 167858998. Inconformada, a Defesa interpôs Recurso de Apelação, em 07/04/2020, ID 167859000, com razões apresentadas no ID 167859007, requerendo: (...) "A) A REAL APLICAÇÃO COM A DEVIDA REDUÇÃO DA PENA EM FUNÇÃO DA ATENUANTE prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, relativa a CONFISSÃO ESPONTÂNEA DA PRÁTICA DO DELITO ANTE AS AUTORIDADES POLICIAL E JUDICIAL, mesmo resultando em condenação aquém do mínimo legal previsto em respeito ao comando sumular aqui transcrito e prequestionado. B) A OBSERVAÇÃO DA PRIMARIEDADE TÉCNICA DO RECORRENTE, para que seja a pena base fixada no MÍNIMO LEGAL PREVISTO, seguindo-se a tendência que predomina nesta Egrégia Corte de Justiça A DETRAÇÃO PENAL, COM A CONSEQUENTE MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO, CONFORME DISPÕE O ARTIGO 42 DO CPB E D) A DISPENSA DO PAGAMENTO DA MULTA DE 10 (DEZ) DIAS cominada ao recorrente, em razão da sua notória e inegável hipossuficiência, só sendo-lhe possível a assistência e o patrocínio deste Órgão Constitucional de Defesa." (...)

Prequestionou, ainda, para fins de interposição de recurso às instâncias superiores, a Súmula 545 do STJ. Em contrarrazões, ID 167859011, o órgão Ministerial manifestou-se pelo parcial provimento, “apenas no que tange à ausência de fundamentação da exasperação da pena-base, mantendo-se, no entanto, o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto.” Os autos foram distribuídos, por livre sorteio, em 01/09/2021, ID 24538111. Em parecer, ID 24538118, a Procuradoria de Justiça opinou pelo parcial conhecimento e parcial provimento do recurso, “apenas reformar a pena base.” Os autos foram digitalizados e inseridos na plataforma do sistema Processo Judicial Eletrônico – Pje e vieram conclusos em 26/03/2022. É o relatório. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR (ASSINADO ELETRONICAMENTE) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500979-23.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Franklin Nascimento Souza Defensor Público: José Jorge de Lima APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Lolita Macedo Lessa VOTO I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS Conhece-se do Recurso de Apelação, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade. II – DO MÉRITO DA DOSIMETRIA A Defesa pleiteou a reforma parcial da dosimetria para reduzir a pena, requerendo, na primeira fase, o afastamento da circunstância judicial dos antecedentes criminais e a fixação da pena base no seu mínimo legal, aduzindo que, conforme reconhecido pelo próprio Magistrado no decisor, “o acusado não possui sentença condenatória transitada em julgado”. No que tange à segunda etapa, pugnou pela aplicação da atenuante da confissão, prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, a fim de reduzir a pena intermediária aquém do mínimo previsto em lei. Por oportuno, transcreve-se excerto da sentença, ID 167858964: (...) “Analisadas as diretrizes indicadas no artigo 59 e 68 do Código Penal, passo a examinar as circunstâncias Judiciais para a fixação das penas privativas de liberdade do acusado. Culpabilidade – No momento do delito, o réu possuía a capacidade de querer e entender a lesividade de sua conduta e o ilícito presente nela. Antecedentes Criminais – Em consulta E-Saj verificou-se que o acusado não possui sentença condenatória transitada em julgada em julgado, apesar de estar respondendo a outros processos em outros juízos desta comarca. Conduta Social – Segundo doutrina penalista majoritária, o comportamento do indivíduo através de seu relacionamento no âmbito familiar, social e comunitário, inexistem razões para ser analisada em desfavor do acusado. Personalidade – Não temos elementos suficientes para analisar a personalidade do réu. Motivo do Crime – Interesse na obtenção de lucro fácil, sendo este punido com a própria tipificação. Não devendo ser aplicado em respeito ao non bis in idem. Circunstâncias do Crime – O acusado se valeu do uso de simulacro de arma de fogo, para facilitar a subtração e evasão. Consequência Extrapenais do Crime – A res furtiva subtraída fora recuperada. Comportamento da vítima – A vítima em nada concorreu para o evento danoso sofrido. Portanto, passo a fixar a pena do acusado FRANKLIN NASCIMENTO SOUZA – fixo-lhe a pena-base em 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias, em virtude das circunstâncias judiciais serem parcialmente favoráveis. Reconheço e aplico a atenuante de confissão judicial e não havendo majorantes ou causas de aumento e diminuição, fixo a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão. Aplico, ainda, a pena de 10 (dez) dias-multa, no valor equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato. A determinação do regime inicial da pena depende de três

fatores: a quantidade de pena fixada (art. 33, parágrafo 1º, alínea c do CP), as condições pessoais do condenado (art. 33, parágrafo 2º CP) e o tempo de prisão cautelar que o acusado fora submetido (art. 42 do CP c/c art. 387, § 2º, do CPP). Diante dessas evidências, FIXO O REGIME SEMI-ABERTO para que o acusado dê início ao cumprimento da pena imposta, em respeito ao artigo 33, § 2º do diploma penal.” (...) Examinando o decisum guerreado, verifica-se que o douto Magistrado, claramente, valorou como negativas as moduladoras da culpabilidade e das circunstâncias do crime. No que tange à culpabilidade, consignou o Magistrado: “No momento do delito, o réu possuía a capacidade de querer e entender a lesividade de sua conduta e o ilícito presente nela.” De acordo com os ensinamentos doutrinários, a culpabilidade do art. 59 do CPB, refere-se ao grau de reprovabilidade da conduta do agente que ultrapasse o já punido pelo legislador em abstrato, ou seja, o quanto mais grave foi a ação do acusado que o diferencie da prática dos verbos núcleo do tipo penal, como se percebe da lição da doutrina deste país: “Temos presente que a imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa são elementos do crime em si, não podendo ser confundidos com a culpabilidade prevista no art. 59 do Código Penal, a qual se refere exclusivamente ao agente, dizendo respeito à censurabilidade, que nada mais é do que a reprovabilidade de sua conduta.” (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. Salvador: JusPodivm, 2012. 7. ed. p. 115) (grifos acrescentados) Todavia, percebe-se que o Juiz primevo incorreu em indevido bis in idem ao avaliar negativamente a presente circunstância tendo como base tão somente a consciência do caráter ilícito da conduta pelo Apelante. Desta sorte, deverá ser afastado o juízo de desvalor ora operado. Já no que se refere à moduladora dos antecedentes criminais do agente, em que pese a alegação da Defesa de que o Juiz de primeiro grau a avaliou desfavoravelmente, não é o que se infere dos autos, considerando que a citada circunstância não foi avaliada negativamente para exasperação da pena-base, tendo agido acertadamente o Julgador. Quanto às circunstâncias do crime, consignou o Julgador que “o acusado se valeu do uso de simulacro de arma de fogo, para facilitar a subtração e evasão.” Por circunstâncias do crime entende-se as singularidades do fato que influenciam em sua gravidade. Discorrendo sobre o instituto, importante colacionar os ensinamentos da doutrina: “(...) Trata-se do modus operandi empregado na prática do delito (crime ou contravenção penal). São elementos que não compõe a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, dentre outros. Não podemos esquecer, também aqui, sobre a necessidade de evitar a ocorrência do bis in idem com a valoração de circunstâncias que integram o tipo ou que qualificam o crime, ou, ainda, que caracterizam agravantes ou causas de aumento de pena.” (...) (Schmitt, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática. 10ª edição, 2016. p. 157) In casu, extrai-se que o uso de simulacro de arma de fogo teve o claro intuito de incutir maior temor à vítima, a fim de diminuir-lhe a capacidade de resistência. Logo, deve ser mantida a valoração desfavorável da presente moduladora. Vê-se, então, que restou uma moduladora considerada negativa por ocasião da primeira etapa dosimétrica, qual seja, as circunstâncias judiciais, o que, por sua vez, inviabiliza o acolhimento do pleito defensivo, no sentido de fixação da pena base no seu mínimo legal. Entende-se, contudo,

ser devida a incidência de critério dosimétrico mais proporcional, de modo a considerar a média aritmética entre a pena máxima e a pena mínima abstratamente previstas no tipo penal como o patamar máximo que a pena-base pode alcançar, sendo devida a readequação da sanção mínima nesses termos. A partir desse raciocínio, caso todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP sejam valoradas negativamente, a pena-base será fixada na média aritmética entre os limites abstratos da sanção penal. Do contrário, a segunda fase de aplicação da pena pode não ter nenhuma eficácia, visto que não poderá superar o patamar máximo fixado em abstrato, à luz do entendimento sumulado do STJ, materializado no enunciado de nº 231. A respeito do tema em voga, revela-se oportuno trazer à baila o teor do julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.577.063, em qual a Corte Cidadã reafirmou orientação jurisprudencial no sentido de que não existem parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base, devendo esta ser estabelecida conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Conforme bem salientado no bojo do voto proferido pelo eminente Ministro Nefi Cordeiro, Relator do feito em comento, haja vista a ausência de determinação legal expressa acerca de eventual critério matemático a ser empregado para a fixação da pena base, ou para a aplicação de circunstâncias atenuantes e agravantes, caberá ao Julgador, dentro do âmbito da discricionariedade motivada e atento às balizas da razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie. Confira-se, a seguir, a ementa do aresto supracitado, bem como o teor do brilhante voto proferido pelo ilustre Ministro Relator: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE DE FALTA DE PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 2. A exasperação da pena-base em 6 meses para cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete desproporcionalidade, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. 3. Agravo regimental improvido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator. RELATÓRIO O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): Trata-se de agravo interposto em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial. Sustenta a defesa que resta demonstrado neste especial que a conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal está a exigir, e isto como forma de atendimento de parâmetros constitucionais e legais acerca do standard de fundamentação que deve conter qualquer decisão judicial, a demonstração, nela, dos critérios utilizados para o incremento da pena-base como consequência da negativação de circunstâncias judiciais, os quais devem ser referidos unicamente à quantidade de vetores negativados (fl. 297) e que a decisão da Corte local não atende ao standard de fundamentação esperado para uma decisão judicial de apenamento, porque não traz a justificação adequada para a exasperação da pena-base no montante por si operado segundo critérios mais precisos, em ordem a atender as implicações lógico-

jurídicas da conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, cujos dispositivos, por isso mesmo, restaram por si violados (fl. 297). Defende a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma. Impugnação apresentada. É o relatório. VOTO O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): A decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim proferida: O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito. Consta dos autos que a recorrente foi condenada à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 20 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, assim consignando (fl. 213): Finalmente, a apelante se insurgiu contra a fração de aumento aplicada em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, pugnando pela sua redução. Neste contexto, consigno que, diferentemente das causas de aumento da pena, incidentes na terceira fase dosimétrica, não há na fixação da reprimenda basilar patamar legal pré-estabelecido de exasperação em razão da cada uma das circunstâncias tidas por desfavoráveis, devendo o quantum ser fixado de acordo com o prudente arbítrio do magistrado. No caso em análise, observada a discricionariedade do julgador quando da aplicação das penas, considero que o fixado, consistente em 6 meses acima do mínimo legal para quantum cada uma das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, além de 6 meses pela reincidência, é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em tela, não havendo razão para redução da pena. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória. A propósito, a sentença condenatória referiu (fls. 147-148): Em observância as diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar-lhe a pena. O Código Penal atribui para o crime, a pena de reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. Verificando as condições da acusada e do crime, passo a dosimetria da pena, atento as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Culpabilidade – Entendo que não se desgarra da normalidade. Antecedentes – A ré registra maus antecedentes, já que possuía na época dos fatos ora em apuração, ao menos duas condenações definitivas, conforme se denota da certidão de antecedentes criminais em anexo, portanto, utilizo a condenação oriunda da ação penal de nº 7395-77.2014.811.0064, que estava juntado aos autos da execução penal de código 634471, que tramitou nesta Comarca, para valorar negativamente essa circunstância e outra condenação, oriunda da ação penal de nº 8311-37.2010.811.0037, que está juntado aos autos da execução penal de código 659286, em trâmite nesta Comarca, será considerada como circunstância agravante da reincidência. Sobre a utilização de uma condenação como circunstância judicial e outra como circunstância agravante, temos o seguinte julgado: 'APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO MAJORADO E FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. USO DA MULTIRREINCIDÊNCIA PARA AUMENTAR A PENA INICIAL E DEPOIS AGRAVÁ-LA NA SEGUNDA FASE. OPERAÇÃO PERFEITAMENTE LEGAL RECODESPROVIDO. A constatação da multirreincidência autoriza a exasperação da pena-base, como maus antecedentes, e o agravamento pela reincidência propriamente dita, quando pautada em condenações distintas, não havendo se falar em bis in idem ou ofensa à Súmula n. 241 do STJ. (11MT; APL 93775/2016; Capital; Rel. Des. Orlando de Almeida Per7i; Julg. 23/08/2016; DJMT 25 1081 2016; Pág. 80)". Conduta Social – Não restou demonstrada. Personalidade da Agente – Não há elementos para se aquilatar. Motivos – Não ficaram esclarecidos. As

Circunstâncias no caso são desfavoráveis, tendo em vista que a ré praticou o fato utilizando-se de arma branca, tipo canivete e, apesar de ter ocorrido a revogação da causa de aumento de pena descrita no inciso 1, do 5º, do art. 157, do Código Penal, sob meu prisma, essa circunstância deve ser valorada de forma negativa, pois o roubo praticado com a utilização de qualquer tipo de arma imprópria ou branca, é mais grave que a simples ameaça verbal, portanto, merece a devida valoração.

Consequências – A meu ver não foram graves. Comportamento da Vitima – Entendo que não contribuiu para a atividade criminosa. Após análise das circunstâncias judiciais, considero que elas são parcialmente desfavoráveis à ré, tendo em mira os maus antecedentes e as circunstâncias do crime, as quais valoro como negativas, portanto, fixo a pena base do delito em 05 (cinco) anos de reclusão. Como se vê, as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base em 1 ano, com apoio na valoração negativa de duas vetoriais: antecedentes e circunstâncias do crime. Vale destacar que 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, além de sempre se pautar por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie. Na hipótese, tem-se que o aumento de 6 meses em razão de cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não se revela desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão – e, sobretudo, considerando-se que 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 (HC 531.187/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019.) Impõe-se, portanto, a manutenção do acórdão recorrido, incidindo, no ponto, o óbice contido na Súmula 83/STJ – também empregado em recursos interpostos com fulcro na alínea a do permissivo constitucional –, segundo a qual Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Consoante relatado, a exasperação da pena-base em 1 ano, pela valoração negativa de duas vetoriais, não revela qualquer desproporcionalidade, considerando que, nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada, e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Nesse contexto, o aumento de 6 meses em razão de cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete qualquer desproporcionalidade a ser reparada na via do especial, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. A propósito: 'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. AUSÊNCIA DE QUESITO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA N. 282 DO STF. DEFESA PRECÁRIA E FALTA DE ENTREVISTA PRÉVIA COM O DEFENSOR. NULIDADES SUSCITADAS. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. QUALIFICADORAS. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDITO POPULAR. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO A EMBASAR O ÉDITO REPRESSIVO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] A jurisprudência deste

Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria da pena. Assim, o magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidirá o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Hipótese em que foram utilizados elementos concretos e idôneos para justificar a desvalorização das vetoriais e a elevação da sanção. Agravo regimental não provido' (AgRg no AREsp 951.953/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019). 'AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A quantidade da droga apreendida constitui fundamento válido para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2003. 2. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), uma vez fundamentado em elementos concretos e dentro do critério de discricionariedade vinculada do magistrado. 3. Na espécie, o aumento da pena-base em 3 anos acima do mínimo legal ocorreu dentro dos patamares de razoabilidade e proporcionalidade, porquanto presentes elementos concretos que evidenciam maior culpabilidade e maior reprovação da conduta em vista da expressiva quantidade de drogas apreendidas, somando quase 5 kg de maconha. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 522.081/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019). 'Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.' (AgRg no AREsp 1577063/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020 – Grifos acrescidos) Destaque-se, neste diapasão, não se tratar de um entendimento isolado deste julgador, mas aquele que é elencado, de modo ostensivo, pelas Cortes Superiores de Justiça. Observe-se, pois, a jurisprudência ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DO PRETÓRIO EXCELSO sobre o assunto: "EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREMISSAS FÁTICAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...) 4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. 5. A exasperação da pena-base foi devidamente fundamentada em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional, pois lastreada nos parâmetros de discricionariedade reconhecidos na jurisprudência desta Suprema Corte. (...) (HC 185183 AgR, Relator (a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2021 PUBLIC 11-03-2021)"(grifos acrescidos) "EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) 3. O Supremo Tribunal Federal entende que "[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena" (RHC 145.598, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Rosa Weber). (...) (HC 188621 AgR, Relator



(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020)"(grifos acrescidos) "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE JUSTIFICADO. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL. ART. 33 DO CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...) (HC 171539 AgR, Relator (a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 13/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020)"(grifos acrescidos) Outrossim, é o que preleciona a JURISPRUDÊNCIA ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DA CORTE CIDADÃ: "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. USURA E EMBARAÇO À INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INQUÉRITO INSTAURADO PELO MP/RS CONTRA POLICIAL CIVIL, E NÃO PELA CORREGEDORIA RESPECTIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO EMBASADA EM PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO, BEM COMO EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (PROVA IRREPETÍVEL). OFENSA AO ART. 155 DO CPP NÃO CONFIGURADA. SUPOSTO NÃO PREENCHIMENTO DOS ELEMENTOS DO TIPO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 12850/2013. ALEGADA GENERALIDADE DO PERDIMENTO DE BENS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 384 DO CPP. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. PRETENDIDA VINCULAÇÃO DO JULGADOR AO AUMENTO DE 1/6 DA PENA MÍNIMA, PARA CADA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. DESCABIMENTO. TESE DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE USURA. INOVAÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE ESTENDER AO AGRAVANTE OS EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO CORRÉU, PARA SANAR O EQUÍVOCO COMETIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 580 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE, APENAS PARA REDUZIR A PENA DO CRIME DE USURA, COM ESPEQUE NO ART. 580 DO CPP.(...) 6. Sobre a dosimetria da pena, observa-se que, 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. 7. Contudo, a posição dominante nesta Corte, embora não impeça o cálculo matemático rigoroso e exato, não chega ao ponto de obrigá-lo, predominando o entendimento de não ser ele absoluto, havendo uma discricionariedade regrada e motivada. Justamente por isso, não existe um direito subjetivo do acusado de ter 1/6 de aumento da pena mínima para cada circunstância judicial valorada negativamente. (...) (AgRg nos EDcl na PET no REsp 1852897/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021)" (grifos acrescidos) "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento nesta via. Ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível a revisão dos critérios adotados na

dosimetria da pena por esta Corte Superior. 2. Uma vez que o aumento da pena-base não está adstrito a critérios matemáticos e considerando-se o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena em 6 (seis) meses de reclusão, em razão do reconhecimento dos maus antecedentes. (...) (AgRg no HC 618.167/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 05/04/2021)"(grifos acrescidos) Feito o necessário esclarecimento a respeito do tema presentemente abordado, retoma-se o cálculo da reprimenda basilar. No caso do crime descrito no art. 157 do CP, o limite máximo de aplicação da pena é de 7 (sete) anos. Subtraindo deste valor a pena mínima, 04 (quatro) anos, encontra-se o intervalo de 03 (três) anos, a ser dividido pelo número de circunstâncias judiciais. Nessa linha, dividindo-se o intervalo de 03 (três) anos supramencionado, por todas as circunstâncias judiciais referidas, resulta o valor de 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias para cada uma das 08 (oito) circunstâncias do art. 59 do CP. No presente caso, como foi valorada de forma desfavorável uma circunstância judicial, fixa-se a pena-base do delito sob estudo em 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, de reclusão. Na segunda etapa, inexistiram agravantes e fora reconhecida pela origem a atenuante prevista no artigo 65, I e III, d, do CP, o que, após a reforma operada, conduz a pena ao mínimo legal, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa. Nesse ponto, cumpre esclarecer que já havia sido reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea pelo Juízo a quo, fazendo reduzir a pena em 1/6 (um sexto). Vale, ainda, salientar que conforme pacífica jurisprudência consolidada no enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". O fundamento é que o Legislador, ao fixar abstratamente a pena mínima e máxima para os crimes, obriga o Juiz a respeitar esses patamares, salvo quando o próprio tipo penal estabelece causas especiais de aumento ou de diminuição, a serem sopesadas na terceira fase dosimétrica. Prosseguindo, então, para a terceira fase, diante da ausência de causas de diminuição e aumento, resta a pena definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa. Considerando o que dispõe o artigo 33, § 3º, do CP, e a análise desfavorável das circunstâncias do crime, mantém-se o regime semiaberto de cumprimento da pena. DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA Em seu arrazoado, a Defesa formulou pedido pela realização da detração da pena para fixação do regime aberto. Não comporta conhecimento. Isso porquê, não há nos autos informações seguras e firmes suficientes para realizar a contagem abstrata do tempo de prisão provisória na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, de modo a confirmar o período em que o Apelante ficou preso, sem efetuar uma eventual fuga, por exemplo. Desse modo, a prudência impõe que o Juízo da Execução Penal seja o competente para a realização desta avaliação de forma segura. Portanto, à míngua de elementos suficientemente seguros, deixa-se de realizar a detração, não se conhecendo do pedido formulado pelo Apelante, sem prejuízo de que a competente Vara das Execuções Penais, uma vez munida das informações necessárias, venha a realizá-la. DA DISPENSA DO PAGAMENTO DE MULTA Em relação à pena de multa, a Defesa pleiteou o seu afastamento. Pois bem. Em conformidade com o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, o afastamento do pagamento da pena de multa, não se mostra possível, uma vez que a multa constitui sanção de caráter penal e o seu afastamento

violaria o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição da República, o que não se pode admitir. Nesse sentido: Ementa: CRIMINAL. RESP. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I.[...] II. A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade. III. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, a pena de multa deve ser fixada em seu patamar mínimo, mas nunca excluída. IV. Recurso conhecido e parcialmente provido, nos termos do voto do relator. (Resp 853.604/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 662) DO PREQUESTIONAMENTO Em relação ao pedido de manifestação para o fim de prequestionamento, tem-se que não houve ofensa aos dispositivos elencados, bem como as matérias levantadas já foram discutidas e analisadas de modo satisfatório, devendo o prequestionamento ser admitido tão somente para efeito de assegurar eventual interposição de recurso em instância superior. CONCLUSÃO Ante o exposto, vota-se pelo PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO E 10 (DEZ) DIAS MULTA, MANTENDO-SE O REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR (ASSINADO ELETRONICAMENTE)