

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.175.882 - PI (2017/0250000-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : JOSÉ VIRIATO CORREIA LIMA (PRESO)
ADVOGADOS : WENDEL ARAÚJO DE OLIVEIRA - PI005844
LUCIANO RIPARDO DANTAS - PI009221
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ

DECISÃO

Trata-se de regimental interposto por JOSÉ VIRIATO CORREIA LIMA contra a decisão unipessoal da Presidência deste Tribunal Superior que não conheceu do agravo em recurso especial pela aplicação da Súmula n. 182/STJ.

Alega o agravante, em síntese, que a análise dos pleitos recursais não demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, mas mera reavaliação das provas.

Requer, ao final, a submissão do pleito ao Colegiado, dando-se integral provimento à irresignação.

É o relatório.

Infere-se da presente irresignação, que JOSÉ VIRIATO CORREIA LIMA interpôs agravo em recurso especial contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí que negou seguimento a seu recurso especial.

Os elementos existentes nos autos indicam que o agravante foi condenado à pena de 19 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos IV e V, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento ao recurso, mantendo todos os termos do édito condenatório.

Nas razões do apelo nobre, a defesa alegou violação ao art. 593, § 3º, do Código de Processo Penal, haja vista que a condenação do agravante teria se dado em manifesta contrariedade à prova dos autos.

Asseverou, ainda, que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem fundamentação idônea e de forma desproporcional.

Negado seguimento ao apelo nobre pelo juízo prévio de admissibilidade, foi protocolado o correspondente agravo.

Por decisão monocrática da Presidência desta Corte Superior, o recurso não foi conhecido.

Daí a apresentação deste regimental, no qual a parte alega que não haveria necessidade de reexame do conjunto fático-probatório dos autos e que deveria ser garantido direito de sustentação oral à defesa técnica.

Instado a se manifestar o Ministério Público Federal ofertou parecer pelo não conhecimento do inconformismo.

Verificada a relevância das alegações da parte, reconsidero a decisão de e-STJ fls. 2078/2079 e procedo à análise do agravo em recurso especial.

Primeiramente, quanto à alegação de violação à ampla defesa em razão do julgamento singular do recurso especial, é certo que o cabimento de agravo regimental contra o *decisum* afasta tal argumento pois, a despeito da impossibilidade de realização de sustentação oral, a matéria pode, desde que suscitada, ser remetida à apreciação da Turma, onde a parte poderá acompanhar o

juízo colegiado, inclusive valendo-se de prévia distribuição de memoriais.
A propósito, veja-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. SÚMULA 568/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. TIPICIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA. LEGALIDADE. AUMENTO DA PENA. RAZOABILIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE. APLICAÇÃO. AGENTE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DAS CONCLUSÕES DA CORTE DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO

1. Admite-se ao relator, mesmo após a vigência da Lei n. 13.105/2015, julgar monocraticamente recurso especial, quando houver entendimento dominante sobre o tema, nos termos da Súmula 568/STJ.

2. **O julgamento monocrático do recurso especial não constitui cerceamento de defesa por ausência de sustentação oral, sobretudo porque é possível submeter a matéria ao órgão julgador competente com a interposição de agravo regimental, bem como apresentar memoriais pelas partes interessadas . [...]**

9. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1446660/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

Ademais, sobre o pedido de sustentação oral, cabe destacar que o art. 159, inciso IV, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, veda esta possibilidade, o que não implica em cerceamento de defesa, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DENUNCIÇÃO CALUNIOSA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. [...] 2. **O Supremo Tribunal Federal reconhece a validade do julgamento monocrático (em casos de aplicação de jurisprudência dominante) e a constitucionalidade da vedação de sustentação oral no julgamento de agravo regimental. Precedentes. [...]** 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(HC 138413 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017)

No mesmo sentido, colhem-se deste Sodalício:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO COLEGIADO. AUSÊNCIA. SUSTENTAÇÃO ORAL. OFENSA À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. PREVISÃO REGIMENTAL. ERRO NA

CAPITULAÇÃO DA DENÚNCIA. DEFESA DO RÉU QUANTO AOS FATOS EXPOSTOS. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO MOTIVO TORPE. ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO WRIT. TESE DE NULIDADE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MANIFESTAÇÃO ADMITIDA COMO MERO DESPACHO. AGRAVO IMPROVIDO.

1 - O julgamento monocrático do recurso especial, calcado em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, não constitui ofensa ao princípio da colegialidade, porquanto, com a interposição de agravo regimental, torna-se superada a alegação de violação ao citado postulado, tendo em vista a devolução da matéria recursal ao órgão julgador competente.

2 - **A ausência de previsão de sustentação oral no julgamento do agravo regimental, nos termos do art. 159 do RISTJ, não viola do princípio da ampla defesa. [...]**

6 - Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 64.324/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO TENTADO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. SUSTENTAÇÃO ORAL. OFENSA À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. (...) RECURSO DESPROVIDO.

1. **"A orientação desta Corte é firme no sentido de que não é cabível sustentação oral no julgamento de agravo regimental, em observância, notadamente, aos arts. 159, IV, e 258, ambos do RISTJ"** (AgInt no RHC 47.369/TO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 17/06/2016). [...]

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 943.693/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016)

No que se refere ao pleito de anulação do juri com base no art. 593, § 3º, do CPP, de início, cumpre salientar que o poder constituinte atribuiu ao Tribunal do Júri a competência para julgar os acusados da prática de crimes dolosos contra a vida, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea d, da Constituição Federal, tratando-se de colegiado composto de juízes leigos, escolhidos dentre integrantes da sociedade civil para julgar o seu semelhante supostamente responsável por ofender valioso bem jurídico, senão o mais, a vida.

E, justamente por se tratar de órgão jurisdicional composto por juízes leigos, desprovidos de aprofundados conhecimentos acerca do conjunto de leis existentes no ordenamento jurídico pátrio, é que a Carta Magna atribui soberania aos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri, garantindo que a decisão tomada pelo Conselho de Sentença somente por outro possa ser modificada, impedindo que a sua competência constitucionalmente atribuída seja invadida por eventuais reformas feitas por órgãos do Poder Judiciário.

É aí que se verifica a peculiaridade no sistema recursal previsto para os processos de competência do Tribunal do Júri. Em respeito ao princípio da soberania dos veredictos, o legislador ordinário não teve alternativa outra senão

Superior Tribunal de Justiça

restringir o âmbito de recorribilidade das decisões tomadas pela Corte Popular, permitindo o exercício do duplo grau de jurisdição apenas nas hipóteses previstas nas alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, ou seja, 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".

Note-se que em nenhuma das hipóteses o legislador ordinário permitiu ao órgão recursal a modificação do juízo valorativo feito pelo Conselho de Sentença acerca do mérito dos fatos submetidos a julgamento, circunstância que denuncia que o recurso interposto contra as decisões do Tribunal do Júri não é dotado de amplitude cognitiva. A única hipótese na qual se constata uma certa ingerência do Tribunal de apelação sobre o julgamento realizado pelos juízes leigos é quando a insurgência é baseada na alegação de que a decisão destes seria manifestamente contrária à prova dos autos, conforme permissivo contido na alínea *d* do aludido dispositivo legal.

Mesmo nessa hipótese, verifica-se a preservação da soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri, já que a única providência passível de ser adotada pelo Tribunal de apelação, caso constatada ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova produzida nos autos, é a anulação do primeiro julgamento, determinando que a outro seja o acusado submetido (art. 593, § 3.º, CPP), formando-se, para tanto, um novo Conselho de Sentença.

Conclui-se, portanto, que nessa hipótese de insurgência, ao órgão recursal se permite, apenas, a realização de um juízo de constatação acerca da existência de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes da Corte Popular, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo. Caso contrário, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício da sua função constitucional, dotado de soberania.

Com base nestas considerações, infere-se que o Tribunal de origem, ao analisar a insurgência, afastou a tese defensiva sob o seguinte fundamento, *litteris*:

"Verifico que a tese defensiva não encontra suporte nas provas produzidas e acostadas aos autos, e valoradas pelo Conselho de Sentença.

Em resposta aos quesitos formulados, às fls. 1842/1843, o Conselho de Sentença do Tribunal Popular do Júri assim decidiu:

[...]

Tal decisão não se apresenta contrária as provas dos autos, tendo o Conselho de Sentença acolhido a tese da acusação com amparo em elementos razoáveis de prova. Cabendo o acolhimento do parecer da Procuradoria Geral de Justiça, apresentado nos seguintes termos:

[...]

A decisão dos jurados que acolhe uma das teses apresentadas não pode ser considerada como manifestamente contrária à prova dos autos apenas

porque contrária à pretensão do Apelante.

Conforme o Laudo Pericial, às fls.33/42, foram constatadas inúmeras e sérias lesões, quais sejam: esmagamento da emiface esquerda, com perda de substâncias encefálicas e evisseração do olho esquerdo, produzido por instrumentos pérfuro-cortante e contundente; ferida pérfuro-contusa, produzida por projétil de arma de fogo, localizada no terço-inferior da face interna da coxa direita, orifício de entrada; ferida pérfuro-contusa, produzida por projétil de arma de fogo localizada no terço-médio da face posterior da coxa direita, orifício de saída; ferida pérfuro-contusa, produzida por projétil de arma de fogo, localizada na região torácica-direita, orifício de entrada; ferida pérfuro-contusa, produzida por projétil de arma de fogo, localizada na região mandibular-esquerda, orifício de entrada.

Da análise das declarações prestadas perante o Conselho de Sentença por Raimundo Nonato Gonçalves e Magnólia Pereira da Cruz (Ata de Sessão de Julgamento às fls.1848/1853, DVD-R com gravação áudio/vídeo acostado à contracapa dos autos, arquivos: 01.12.59.098000 e 01.01.18.711000), constata-se que a decisão do conselho de sentença apoia-se em prova produzida nos autos, restando desautorizada a anulação do julgamento.

Verificando que a decisão do Júri se ampara em elementos razoáveis de prova, deve a mesma ser mantida, a soberania dos veredictos populares.

Nos termos do precedente desta e. Câmara Criminal, no acórdão da apelação n° 2014.0001.003928-6, da relatoria do Des. Joaquim Dias de Santana Filho, entende-se que "em observância ao Princípio Constitucional da soberania dos Veredictos, a decisão do Tribunal Popular do Júri somente pode ser cassada quando se mostrar totalmente dissociada dos elementos probatórios.

Se os jurados aderiram à tese apresentada pelo representante do Parquet, e essa encontra respaldo nas demais provas dos autos, deve-se respeitar a decisão do Conselho de Sentença, que é o juiz natural da causa.

A cassação do veredicto popular por manifestamente contrário à prova dos autos só é possível quando a decisão for escandalosa, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, nunca aquela que opta por uma das versões existentes, como ocorreu no caso em tela.

No caso em comento, não compete a este Tribunal dizer se a solução adotada pelo corpo de jurados foi a mais acertada, mormente porque tal decisão não se mostra

Superior Tribunal de Justiça

contrária aos elementos probatórios constantes dos autos, pelo contrário, está em consonância com as provas acostadas," devendo-se manter, assim, a condenação nos termos da decisão do Conselho de Sentença." (e-STJ fls. 1979/1982)

Conforme se depreende do trecho acima transcrito, a Corte de origem, após aprofundada reanálise dos elementos constantes dos autos, concluiu, de modo fundamentado, que a versão acolhida pelo Tribunal Popular para condenar o réu pelo crime de homicídio está amparada no acervo probatório colhido durante a instrução processual.

Desse modo, não há como este Sodalício avaliar se as provas constantes dos autos são aptas a desconstituir a decisão dos jurados, porquanto a verificação dos elementos de convicção reunidos no curso do feito implicaria em aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada a este Superior Tribunal de Justiça na via eleita, conforme disposição do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

Nesse sentido, vejam-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 593, III, "D", DO CPP E 121, § 2º, II E IV, DO CP. DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS E EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Para dissentir do entendimento do Tribunal de origem, - que soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, concluiu que a decisão dos jurados não foi manifestamente contrária às provas dos autos, mas, simplesmente, acolheu a tese da acusação, bem como entendeu por manter as qualificadoras reconhecidas pelo Conselho de Sentença -, seria necessário o revolvimento do material fático-probatório dos autos, procedimento incabível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 699.063/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 26/08/2015)

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. ÉDITO CONDENATÓRIO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO. PRETENSÃO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Somente é possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, nos termos do disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo Penal, quando os jurados decidirem de forma arbitrária, em desconformidade com os elementos de prova constantes nos autos.

2. No caso, diante das versões apresentadas pela defesa e

Superior Tribunal de Justiça

acusação, o conselho de sentença, no exercício da sua função constitucional, acolheu uma delas, entendendo que o agravante cometeu o crime previsto no art. 121, § 2º, II, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

3. A Corte de origem, em sede de apelação, concluiu haver suporte probatório suficiente para sustentar a decisão condenatória proferida pela Corte Popular. Assim, a inversão do julgado demandaria a análise do conjunto probatório, o que é inviável na via eleita, ante o óbice da Súmula 7 desta Corte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 512.947/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015)

Assim, por se encontrar o acórdão fustigado em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte, a pretensão do agravante, nessa extensão, esbarra no óbice previsto no Enunciado n. 83 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, aplicável ao recurso especial interposto com fundamento em ambas as alíneas do permissivo constitucional.

No tocante à suposta ilegalidade ocorrida na primeira fase da dosimetria, para melhor elucidação da questão, necessário se faz transcrever trecho da sentença, a qual foi ratificada pelo Tribunal Estadual, *in verbis*:

"A materialidade ficou comprovada, pelo laudo de exame cadavérico, de fls. 11;

Ficou evidenciada a vontade do réu de matar a vítima, e o fez de maneira exacerbada, porquanto antes do cometimento do delito subiu para os seus aposentos, no andar superior da casa, e somente desceu quando ouviu o disparo da arma de fogo (escopeta), numa atitude de total desprezo com a vida humana;

O réu não é primário, tem várias condenações, por homicídios e outros crimes;

A sua conduta social não é recomendável, exatamente pela forma de agir, porquanto se fez respeitar pelo cometimento de delitos;

A motivação do crime não deve ser considerada, porque a qualificadora foi decotada, em fase anterior;

A personalidade do réu é voltada para o cometimento de delitos, bastante ver o número de delitos em que está envolvido;

As circunstâncias revelam que a vítima foi abatida quando se encontrava dormindo, como reconheceu o Conselho de Sentença e não teve como se defender;

As conseqüências foram lamentáveis, como o são nos crimes de um modo geral, mas ainda que não tenha resultado prejuízo à família da vítima, o cometimento de um crime planta a semente de um estado de insegurança, cada vez maior;

O comportamento da vítima não contribuiu para o cometimento do crime, como se pode ver, se encontrava

Superior Tribunal de Justiça

dormindo.

Em razão do art. 59 do CP, consoante explanado acima atendendo para o quantum necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime, levando em conta que o réu consciente da reprovabilidade da conduta, assumiu levá-la a termo, fixo a pena-base em dezesseis (16) anos e seis (6) meses de reclusão, considerando a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Tendo em vista a qualificadora para assegurar a impunidade de um crime já cometido, funcionando como agravante, aumento a pena em um sexto (1/6), correspondendo a dois (2) anos e nove (09) meses, ficando a reprimenda em dezenove (19) anos e três (3) meses de reclusão, que fica, em definitivo, considerando a inexistência de agravantes e atenuantes, causas de aumento ou diminuição a serem consideradas." (e-STJ fl. 1879/1880)

Sabe-se que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Nos termos de entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a revisão da dosimetria da pena em sede de recurso especial é admissível apenas diante de ilegalidade flagrante.

Na hipótese em apreço, verifica-se que as instâncias de origem ao exasperar a pena do recorrente, consideraram negativamente os vetores relativos à culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como as circunstâncias e consequências do delito.

No que tange aos antecedentes, embora a defesa afirme a primariedade do acusado, não trouxe qualquer documento para comprovar tal alegação, de modo que, tendo as instâncias de origem considerado o acusado portador de maus antecedentes, é defeso a esta instância especial proceder a qualquer alteração nesse sentido.

Sobre a questão, o seguinte julgado desta Corte Superior:

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CONSIDERAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. PACIENTE QUE COMETEU O CRIME POUCO TEMPO APÓS CUMPRIR PENA POR TRÁFICO. CUMPRIMENTO DA PENA QUE PRESSUPÕE O TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRIMARIEDADE DO PACIENTE À ÉPOCA DO COMETIMENTO DO

CRIME.

1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão monocrática em que se nega seguimento ao writ, substitutivo de recurso especial, quando evidenciado que o magistrado singular exasperou a pena-base com fundamento no fato de o paciente ter cometido o crime logo após cumprir pena privativa de liberdade pela prática de outro crime.

2. Tendo as instâncias ordinárias consignado que o paciente cometeu o crime de furto qualificado após ter cumprido pena decorrente de condenação pelo delito de tráfico de drogas, a conclusão que se faz é que a condenação pelo tráfico possui trânsito em julgado, razão pela qual caberia à defesa desconstituir tal conclusão, por meio de documento que comprovasse a primariedade do paciente, o que, no caso dos autos, não ocorreu.

3. Pedido de reconsideração recebido como agravo regimental. Agravo regimental improvido.

(RCD no HC 272452/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 13/10/2014)

Quanto às demais circunstâncias, nota-se que foi adotada motivação insuficiente a justificar o incremento da sanção básica. Isso porque a culpabilidade se revela comum ao delito em apreço, as consequências delineadas são inerentes ao tipo penal e as circunstâncias são próprias da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso IV, do CP, as quais já foram utilizadas para qualificar o crime, não podendo receber valoração negativa novamente.

Além disso, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o vetor personalidade não pode ser valorado de forma negativa em razão do número de delitos praticados pelo acusado. E a conduta social, que tem por objetivo aferir o comportamento do réu na comunidade, na família, no trabalho, na escola, na vizinhança e em outros ambientes de convívio coletivo, também deve ser afastada se não há elementos nos autos suficientes para aferir de forma negativa tais aspectos.

.Nesses termos:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. DESFAVORECIMENTO DOS ANTECEDENTES DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ÚNICA ANOTAÇÃO DE REINCIDÊNCIA UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E NA SEGUNDA ETAPA COMO REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM CONFIGURADO. SÚMULA 241/STJ. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a "dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade" (HC n. 400.119/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - Na análise da personalidade as instâncias ordinárias se valeram do argumento de que a vida do paciente era voltada para o submundo do crime. 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 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 supedanear o aumento da pena-base.

IV - À conduta social retrata o papel do agente na comunidade, no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, não sendo, assim, tal circunstância judicial idônea para supedanear a elevação da pena quando não há notícias negativas sobre esses aspectos sociais do comportamento do paciente.

V - As instâncias ordinárias utilizaram uma mesma condenação (e-STJ fl. 44) tanto para elevar a pena-base pelos maus antecedentes como para agravar a reprimenda na fase intermediária em razão da reincidência ostentada pelo paciente, verificando-se, portanto, a ocorrência de bis in idem. Dessa forma, é possível afirmar que houve infringência ao disposto na Súmula nº 241/STJ, a saber: "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial".

VI - Assim, imperioso revisar a dosimetria da pena para afastar a análise desfavorável dos maus antecedentes, da personalidade e da conduta social do paciente. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda final do paciente ao novo patamar de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 404304/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018)

HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. (I) INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. (II) DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E INERENTES AOS TIPOS PENAIIS. (III) INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DESCRITA NO ART. 40, INCISO IV, DA LEI DE DROGAS.

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (IV) CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. FRAÇÃO MÍNIMA JUSTIFICADA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. (V) REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS.

1. Nos termos da orientação desta Casa e do Supremo Tribunal Federal, "a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional do legislador" (HC n. 102.087/MG, Relator o Ministro Celso de Mello, Relator para acórdão o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 13/8/2012).

2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

3. No caso, o Magistrado sentenciante afirmou, ao estabelecer a basal dos crimes de tráfico de entorpecentes e de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, que a "culpabilidade restou bem definida, eis que havia plena consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa" (e-STJ fl. 210). Tal justificativa evidencia-se manifestamente genérica, inerente ao tipo incriminador, não anunciado, sequer sucintamente, o maior grau de reprovabilidade da conduta perpetrada ou menosprezo especial ao bem jurídico violado. É caso, portanto, de falta de fundamentação.

4. O magistrado sentenciante também considerou desfavorável a personalidade do agente. A propósito, destacou a presença de outros quatro processos criminais não definitivos em seu desfavor, um deles por tráfico de entorpecentes e dois com sentença condenatória provisória. Entrementes, nos moldes da orientação jurisprudencial desta Casa, a existência de processos penais em andamento não pode ser utilizada como justificativa para agravar a condenação, seja a título de antecedentes, conduta social ou personalidade desvirtuada, sob pena de afronta direta ao princípio da presunção de inocência. Enunciado n. 444/STJ.

5. Por derradeiro, insuficiente a motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que as consequências do crime foram desfavoráveis ao paciente, porquanto notório "que outros crime ocorrem em função do tráfico, como roubos, latrocínios, furtos e homicídios, uma verdadeira rede interligada de delitos que têm uma única causa, o tráfico de drogas" (e-STJ fl. 210), porquanto os elementos apresentados pelas instâncias ordinárias não transcendem o resultado típico, são inerentes ao crime de tráfico de entorpecentes e já foram sopesados pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato do delito. Precedentes.

[...]

11. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida em parte a ordem para reduzir a sanção aplicada ao paciente para 7 (sete) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mais 426 (quatrocentos e vinte e seis) dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.

(HC 356554/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 30/05/2017)

Assim, verificada a inadequação parcial da análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, restando ao agravante a valoração negativa apenas da circunstância relativa aos antecedentes, merece ser reformado em parte o acórdão objurgado, a fim de reduzir a reprimenda básica para um *quantum* proporcional ao caso, qual seja, **13 anos de reclusão**.

Ressalta-se que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal **não é uma operação aritmética**, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado, fundamentadamente, eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, **exatamente como procedido na espécie**.

Nesse norte:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 59 DO CP. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTUM DE AUMENTO. (I) - JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ALTERAÇÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. (II) - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO SENTENCIANTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Apresentando o Tribunal a quo justificativa idônea para a elevação da pena-base, não possui esta senda eleita espaço para a análise da matéria suscitada pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pela instância ordinária. Incidência da Súmula 7/STJ.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que, não evidenciada nenhuma discrepância ou arbitrariedade na exasperação efetivada na primeira fase da dosimetria, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada" (AgRg no HC 343.128/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 1004540/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 02/03/2017)

Passando-se à dosimetria, tem-se a pena-base, nos termos da decisão ora exarada, fixada em 13 anos de reclusão.

Na segunda etapa, aumenta-se a pena em 1/6 (um sexto) em razão da consideração da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso V, do CP como agravante, restando a reprimenda em 15 anos e 2 meses de reclusão, a qual torna-se definitiva, ante a ausência de causas de aumento ou redução de pena.

Por tais razões, **conheço do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial**, nos termos do artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea c, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, **a fim de redimensionar a pena do agravante para 15 anos e 2 meses de reclusão, mantidos os demais termos**

Superior Tribunal de Justiça

do acórdão impugnado.

Publique-se.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 13 de março de 2018.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

