



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.664 - RJ (2015/0068171-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : REINALDO GERALDO CRUZ DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. (4) APLICAÇÃO DA AGRAVANTE RELATIVA À IDADE DA VÍTIMA (MAIOR DE 60 ANOS). AUSÊNCIA DE IMPOSSIBILIDADE. (5) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.

4. O reconhecimento das agravantes genéricas, concernentes ao fato imputado, pelo Juízo sentenciante ou pelo Tribunal de origem, sem que tal matéria tenha constado da peça acusatória, sequer de forma implícita, revela afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Posição contrária implicaria violação "da garantia do contraditório: se a circunstância agravante não foi imputada na denúncia ou queixa, o acusado não teve oportunidade de se manifestar ou produzir provas sobre ela. Aliás, o art. 41 do CPP exige que a denúncia ou queixa contenham a 'exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias'." (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 380).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 18 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.664 - RJ (2015/0068171-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : REINALDO GERALDO CRUZ DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de REINALDO GERALDO CRUZ DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 0012108-69.2008.8.19.0004).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, na data de 5.9.2012, à pena de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais 300 (trezentos) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 3º, 2ª parte, do Código Penal - Processo n.º 0012108-69.2008.8.19.0004, da 3.ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo/RJ.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento apenas a fim de reduzir a sanção para 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, e pagamento de 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, mantida as demais cominações da sentença. Eis a ementa do acórdão (fl. 49/50):

APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 157, § 3º, 2ª PARTE, DO CÓDIGO PENAL. APELANTE CONDENADO ÀS PENAS DE 25 (VINTE E CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E 300 (TREZENTOS) DIAS-MULTA.

O acervo probatório carreado aos autos comprova que o apelante praticou o crime patrimonial, que resultou na morte da vítima, em comunhão de ações e desígnios com o corréu, evadindo-se ambos do local, após a subtração da *res furtivae*, estando, portanto, caracterizada a coautoria, o que impede o acolhimento da tese defensiva no sentido de ser reconhecida a cooperação dolosamente distinta.

O afastamento da pena-base do mínimo legal, tal como estabelecido pelo Juiz Sentenciante, foi devidamente justificado, devendo ser mantido.

A atenuante da confissão não pode ser reconhecida, no caso em tela, uma vez que a confissão parcial do apelante não foi utilizada pelo Juízo *a quo* como fundamento para embasar a prolação do decreto condenatório. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Redimensionamento da pena privativa de liberdade e de multa, ante a preponderância da menoridade sobre as agravantes, para 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa.

Manutenção do regime inicial fechado, eis que em consonância com o disposto no artigo 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Provimento parcial do recurso defensivo para, reconhecida a preponderância da atenuante da menoridade sobre as agravantes, redimensionar o quantum para 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa, mantido o regime inicial fechado. Unânime.

No presente *mandamus*, sustenta a impetrante, inicialmente, ser descabida "a majoração da pena-base na fração de 3/20 em razão do 'concurso de agentes', mantida pela E. Corte de origem que ainda, inidoneamente, acrescentou à fundamentação a circunstância do resultado morte com demonstração de 'menosprezo pela vida humana' " (fl. 5).

Aduz que "em razão do latrocínio configurar crime de maior punibilidade, pois mais grave é o resultado, não cabe aplicar a causa de aumento do § 2º do art. 157 do CP, nem na 3ª etapa de fixação da pena nem camuflada de circunstância judicial para o aumento da pena-base, sob pena de incorrer-se em *bis in idem*" (fl. 5).

Afirma que "o latrocínio, crime complexo formado pela integração dos delitos de roubo e homicídio, constitui um modelo típico próprio, não se lhe aplicando as causas especiais de aumento de pena previstas para o crime de roubo, inscritas no § 2º do art. 157 do Código Penal, no caso, o concurso de agentes, (...) razão pela qual deve ser reduzida a pena-base ao mínimo legal" (fl. 6).

Pondera, ademais, que "na segunda etapa de fixação da pena, não foi reconhecida a atenuante da confissão pelo juiz monocrático, em que pese tê-la utilizado na fundamentação da sentença para condená-lo" (fl. 5).

Defende, ainda, a ilegalidade do reconhecimento da agravante prevista no art. 61, II, *h*, do Código Penal, haja vista que a denúncia não teria narrado que o delito foi praticado contra maior de 60 anos.

Argumenta que "somente poderia ser reconhecida agravante descrita explícita ou implicitamente na imputação, sob pena de violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da correlação entre imputação e condenação" (fl. 11).

Reputa "flagrantemente desproporcional a redução em 1/13 em razão do reconhecimento da atenuante da menoridade relativa", a qual, em seu sentir, deve ponderar sobre qualquer outra circunstância (fl. 13).

Requer, liminarmente e no mérito, sejam cassados a sentença condenatória e o acórdão guerreado, nos pontos ora questionados, para que seja reduzida a pena-base ao mínimo legal, afastada a agravante prevista no art. 60, II, *h*, do Código Penal, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, bem como aumentado o *quantum* de redução pela incidência da atenuante da menoridade relativa.

Liminar indeferida às fls. 65/65.

Informações prestadas às fls. 74/93 e fls. 96/100.

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Hugo Gueiros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bernardes Filho, o Ministério Público Federal opina pela denegação da ordem (fls. 103/109).
É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.664 - RJ (2015/0068171-6)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 3º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. (4) APLICAÇÃO DA AGRAVANTE RELATIVA À IDADE DA VÍTIMA (MAIOR DE 60 ANOS). AUSÊNCIA DE IMPOSSIBILIDADE. (5) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.

4. O reconhecimento das agravantes genéricas, concernentes ao fato imputado, pelo Juízo sentenciante ou pelo Tribunal de origem, sem que tal matéria tenha constado da peça acusatória, sequer de forma implícita, revela afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Posição contrária implicaria violação "da garantia do contraditório: se a circunstância agravante não foi imputada na denúncia ou queixa, o acusado não teve oportunidade de se manifestar ou produzir provas sobre ela. Aliás, o art. 41 do CPP exige que a denúncia ou queixa contenham a 'exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias'." (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 380).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De proêmio, destaco que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Não se descure que a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que idelologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198)

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda.

(MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222)

Na espécie, da atenta leitura das decisões prolatadas pelas instâncias ordinárias, penso não haver constrangimento ilegal, no tocante à primeira fase da dosimetria da pena, eis que foram apontados elementos concretos para a fixação das reprimendas no patamar estabelecido.

Impende destacar o teor da sentença condenatória, no que interessa (fls. 38/39):

Atento às diretrizes do art. 68 do Código Penal, objetivando a dosimetria da pena, passo a analisar as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do mesmo diploma legal.

Considerando o tratamento que o código confere aos crimes patrimoniais por excelência - por exemplo, no furto, no roubo e na extorsão - um tratamento mais gravoso em termos de pena no caso de concurso de agentes, **não há como não relevar aqui, na primeira fase, a questão do concurso de agentes.**

Trata-se de circunstância objetiva que aumenta decisivamente o grau de vantagem desejada pelos infratores, assegura um assenhoreamento mais tranqüilo das coisas desejadas, impede o denodo de proteção natural que a vítima exerce sobre seu patrimônio, liberdade e no caso, como comprovado pela divisão de tarefas delineada, foi fundamental para darem fim a vida de um ser humano.

Aqui, comprovada no caso em concreto ainda que não funcione como causa de aumento de pena, deve obrigar o julgador a considerar tal circunstância na pena-base, sob pena de violar o princípio da individualização da pena.

Não há como imaginar que nos crimes patrimoniais menos graves o legislador refere tais circunstâncias como justificadora de aumento da pena e aqui, no mais grave crime previsto na ordem jurídica, o magistrado não possa (deva) relevar tal circunstância na pena-base.

Por este motivo, provado e incontestado, a maior reprovabilidade da conduta deve provocar um recrudescimento da resposta penal, respeitando-se o verbete 440 da Súmula do STJ, resta a pena-base fixada em 23 (vinte e três) anos de reclusão.

Na segunda fase, a condenação informada pelo ministério público não autoriza reconhecimento de reincidência, porém, a opção de abatimento da vítima deve ser relevado como agravante do MEIO CRUEL, COM ASFIXIA, não sendo necessário sequer uma linha a justificar que asfixia é considerada meio cruel. Inquestionável a incidência da regra prevista no artigo 61, II, alínea "d" do CP, majoro a pena do acusado em 01 (um) ano.

No que diz respeito à agravante decorrente de ser a vítima maior de 60 anos de idade, é inquestionável a incidência da regra prevista no artigo 61, II, alínea "h" do CP, tendo em conta as conclusões do perito que lavrou o Auto de Exame cadavérico e seu Cadastro Civil, que registra sua data de nascimento em 1946, majoro a pena do acusado em 01 (um) ano.

No que diz respeito à agravante decorrente de ter se prevalecido da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intimidade e relações de hospitalidade para cometimento, com efeito, não se pode desconsiderar a regra prevista no artigo 61, II, alínea "f" do CP, majoro a pena do acusado em 01 (um) ano.

Por fim, embora não tenha sido observado pela Defesa, em respeito a ordem jurídica e por dever de ofício, reconheço a menoridade do acusado, circunstância atenuante prevista no art. 65, I do CP e minoro a pena em 01 (um) ano.

Com relação a atenuante da confissão, como dito acima, não pode ser reconhecida, reporto-me as razões de fundamentação.

Não há causas de aumento ou diminuição, restando a mesma em definitivo para o crime de latrocínio em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, ante a ausência de outras circunstâncias que tenham o condão de modificá-la.

Adotando o critério do Eminentíssimo Desembargador Bias Gonçalves que fixa a correlação da pena privativa de liberdade imposta e pena de multa entendendo que se deva impor ao condenado o número de dias-multa correspondente ao de meses de prisão, fixo a pena de multa em 300 (trezentos) dias-multa, no seu valor mínimo legal ante a hipossuficiência do réu, que ora presumo, anotando que a pena pecuniária, ora irrogada deverá ser atualizada quando de seu efetivo pagamento, observando-se os preceitos legais.

O regime inicial para o cumprimento desta pena é o fechado em face o que consta das circunstâncias judiciais, do parágrafo 2º do artigo 33 do CP e da natureza hedionda do crime, tendo em vista a regra contida nos artigos 1º, II e 2º, §1º e 2º da Lei 8072/90.

Colhe-se do aresto impugnado (fl. 56):

O afastamento da pena-base do mínimo legal, tal como estabelecido pelo Juiz Sentenciante, foi devidamente fundamentado, devendo ser mantido, na medida em que, como assinalado pela Drª Procuradora de Justiça, em seu parecer, **"houve uma maior temeridade e ousadia do criminoso, que agiu com inaceitável violência, aumentando a superioridade numérica sobre a vítima, tornando quase que impossível qualquer reação."** (doc. 00671 - fl. 674 dos autos físicos), o que culminou com a sua morte, demonstrando, assim, menosprezo pela vida humana.

De fato, verifica-se que as instâncias de origem destacaram particularidades fáticas calcadas nas circunstâncias do crime, que respaldam o acréscimo da pena na primeira fase da dosimetria.

Cumprе salientar que inexistе óbice para que o concurso de agentes seja considerado como circunstância judicial desfavorável na primeira fase de dosimetria da pena, desde que não configure *bis in idem* e haja fundamentação idônea.

Aliás, dentro de um sistema multifuncional e escalonado de dosagem de pena, a codeliquencia poderá exercer múltiplas funções. Explico.

Num primeiro plano, ao se falar em delito de concurso necessário ou crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plurisubjetivo, o concurso de pessoas constitui elementar ou qualificadora do tipo, contanto com apódose normativa própria, que franqueia ao julgador a avaliação inaugural do *quantum* de pena dentro dos parâmetros mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador infraconstitucional.

Lado outro, não constituindo ou qualificando o delito, a comparsaria pode ser dosada na terceira fase de dosimetria da pena, na forma de causa de aumento, a exemplo do que ocorre no art. 157, § 2º, II do CP, rememorado pela defesa, ou, subsidiariamente, atuar como circunstância legal, nos termos do artigos 61 e 62 do CP.

Por fim, não incorrendo em qualquer das hipóteses anteriores, não é defeso ao magistrado sopesar o concurso na primeira fase, como circunstância judicial negativa ou desfavorável, desde e o faça de forma fundamentada, como sói ser o caso dos autos, em que as instâncias de origem bem descreveram as circunstâncias e a maior reprovabilidade do crime advinda da superioridade numérica dos agentes sobre a vítima.

Nesse sentido, já decidiu essa Corte Superior de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INCABIMENTO. ENTENDIMENTO FIRMADO POR ESTE STJ. IRRESIGNAÇÃO QUANTO À PRELIMINAR QUE DESAFIA RECURSO PRÓPRIO A SER APRESENTADO PERANTE A AUTORIDADE COMPETENTE PARA ANALISAR A CONTROVÉRSIA. INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. WRIT AFORADO ANTES DA MUDANÇA JURISPRUDENCIAL. COAÇÃO ILEGAL EXAMINADA E RECONHECIDA PARCIALMENTE.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração apontava como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, deparou-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impedia o seu conhecimento.

3. A irresignação em relação ao fato de haver sido considerada indevida a utilização de *habeas corpus* como sucedâneo recursal, sob o argumento de que o entendimento firmado por esta Corte Superior seria contrário ao adotado pela Suprema Corte, é matéria a ser impugnada através de recurso próprio e perante a autoridade competente para sanar a controvérsia, não sendo passível de ser reexaminada em sede de agravo regimental, pois indicativa da atual orientação firmada por este Superior Tribunal quanto ao cabimento do remédio constitucional originário.

4. Sequer haveria interesse recursal nesse ponto, pois tratando-se de remédio constitucional impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal foi enfrentado para que se analisasse a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício, ou seja, a coação ilegal apontada na inicial foi examinada e inclusive



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcialmente reconhecida, não havendo o que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO MUITO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APENAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE NA EXASPERAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS QUANTO AO PONTO. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Inexiste ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal se embasada em desfavoráveis circunstâncias judiciais.

2. Hipótese em que foi considerada negativa, especialmente, as circunstâncias do delito, tendo em vista a frieza e a extrema crueldade com que agiram os agentes criminosos. Como restou apurado, a vítima, em um primeiro momento, foi esfaqueada pelas costas.

Posteriormente, já dominada, sofreu golpes com um pedaço de pau e foi jogada em um poço. Mesmo implorando por sua vida e já ferida, os agentes enforcaram-na e, não satisfeitos, desferiram-lhe outra facada, desta vez fatal.

3. Assim, embora tenham sido valoradas negativamente apenas duas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP para o latrocínio, evidencia-se restar justificada a pena imposta em patamar próximo ao máximo legalmente previsto, haja vista as peculiaridades do caso.

4. Tendo a questão objeto da controvérsia sido decidida no mesmo sentido que a jurisprudência deste STJ, deve a decisão agravada ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 200.073/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 21/05/2014)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. REGIME INTEGRAL FECHADO. ÓBICE À PROGRESSÃO JÁ AFASTADO. PEDIDO SUPERADO. DOSIMETRIA DA PENA. INDICAÇÃO DE CONCRETAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. VIA INADEQUADA.

1. Se o magistrado da execução já afastou o óbice à progressão de regime prisional, fica superada tal pretensão.

2. Hipótese em que o magistrado singular fixou a pena-base acima do mínimo legal por existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial a culpabilidade, os antecedentes, as circunstâncias e as consequências do delito. **Ressaltou a intensa censurabilidade da conduta, os antecedentes criminais, as desfavoráveis circunstâncias do delito, inclusive cometido em concurso de agentes, bem como a devolução apenas parcial da res.**

3. Existindo concreta e adequada valoração das circunstâncias judiciais, não se mostra possível, na via estreita do *habeas corpus*, promover ao redimensionamento da pena, providência própria de revisão criminal, para o que não serve o *writ*. Na hipótese, já foi inclusive ajuizada revisão criminal, julgada improcedente pela Corte estadual.

4. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no mais, denegado.

(HC 124.610/PR, de de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16/08/2011, DJe 24/08/2011)

De mais a mais, veja-se excerto da manifestação do parecerista atuante neste Superior Tribunal de Justiça, *verbis* (fls. 107/108):

5. Quanto ao concurso de agentes, é sabido que as circunstâncias majorantes do art. 157, § 2º, do CP (previstas no § 2º), têm aplicação exclusiva ao roubo próprio (caput) e ao roubo impróprio (§ 1º), mas não ao latrocínio (§ 3º), por uma questão topográfica (não se aplica preceito antecedente ao subsequente) ou mesmo porque não corresponde ao real anseio do legislador na repressão desse crime, que possui severidade maior refletida pelo seu preceito secundário (pena).

6. No entanto, para se chegar a uma aplicação justa da lei penal, em observância ao princípio constitucional da individualização da pena, o julgador, dentro de sua discricionariedade vinculada, deve, na primeira etapa da dosimetria da pena (critério trifásico), sopesar as circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do CP.

7. No caso, o magistrado sentenciante analisou detidamente essas circunstâncias e demonstrou a razão pela qual entende que o concurso de agentes tornou possível a prática do crime, o que se reveste de especial reprovabilidade e deve refletir de forma fundamentada na aplicação da pena-base.

Portanto, não há como reconhecer manifesto constrangimento ilegal no tocante à primeira fase da dosimetria da pena nesta via augusta.

Nessa toada, não é demais lembrar o entendimento desta Corte, no tocante à dosimetria, no sentido de que, em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Nesse sentido:

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça. (HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie. (HC 95.118/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 06/09/2010)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme se colhe da seguinte ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE. 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. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o *habeas corpus*, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Recurso ordinário em *habeas corpus* não provido.

(RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012)

No que tange ao reconhecimento da atenuante da confissão, entendo que melhor sorte assiste à defesa, mostrando-se imperiosa sua aplicação ao caso, uma vez tratar-se de confissão parcial, empregada pelo magistrado sentenciante, mostrando-se reconhecidamente apta a ensejar a diminuição da pena, conforme jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça.

No édito condenatório indicou-se que:

A atenuante da confissão não pode ser reconhecida, no caso em tela, uma vez que **a confissão parcial do apelante não foi utilizada pelo Juízo a quo como fundamento para embasar a prolação do decreto condenatório.**

Todavia, perlustrando os autos, constato que a confissão do acusado, ainda que parcial, integra a fundamentação do *decisum* guerreado, no que tange ao delineamento da autoria do crime. Transcrevo trecho da sentença a demonstrar essa realidade (fl. 35):

Por fim, não se pode desconsiderar que **aliado as provas acima referidas produzidas em juízo, o acusado em seu interrogatório, admite em parte os fatos ao alegar que conhecia a vítima; que Iranildo conhecia bem a vítima; que nem sabia que ela era homossexual; que freqüentavam a casa da vítima; que praticou o crime com Iranildo, subtraindo os bens da vítima e que entrou em luta corporal com esta, aplicando golpes de Karatê, fazendo com que esta desmaiasse. Afirma que foi Iranildo quem amarrou a corda no pescoço da vítima, no entanto afirma que não tinham intenção de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matar a vítima.

É de se ver que, além de o paciente ter confessado a intenção de subtrair bens da vítima, assere claramente em relação *modus operandi* utilizado por seu comparsa para enforcar a vítima, restando clarividente a confissão ao menos parcial do crime. Ainda que assim não fosse, entendo que o réu ao afirmar "*não tinha a intenção de matar a vítima*", formulou tese defensiva que mais se aproxima à confissão qualificada, também ensejadora de decréscimo na pena. Em reforço, cediço que a confissão é instituto que se relaciona com fatos, não sendo *mister* que o depoente faça menção expressa à intenção de praticar esse ou aquele delito.

Outrossim, sob qualquer ângulo que se valere o depoimento do paciente, é de rigor o reconhecimento da confissão, seja ela considerada na sua forma parcial, seja considerada como qualificada.

Com efeito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Confiram-se:

(...)

APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

(...)

(HC 171.784/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 18/02/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. RÉU RECONHECIDAMENTE REINCENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, o Paciente confessou a subtração, logo, ainda que tenha negado o emprego de violência contra a vítima, impõem-se a aplicação da atenuante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

5. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, quando condenado à pena superior a quatro anos. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça.

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para fixar a pena do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão.

(HC 200.113/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. TESE DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. QUESTÃO NÃO DEDUZIDA EM APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRIBUNAL DO JÚRI. EFEITO DEVOLUTIVO RESTRITO DA APELAÇÃO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL A QUO POR SE TRATAR DE CONFISSÃO QUALIFICADA. ADMISSÃO DA AUTORIA DO FATO PORÉM SOB O PÁLIO DE EXCLUDENTE DE ILICITUDE (LEGÍTIMA DEFESA). RECONHECIMENTO DEVIDO. PLEITO DE DECLARAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS NÃO EVIDENCIADO. DECRETAÇÃO DA REVELIA. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO PRAZO PRESCRICIONAL (ART. 366 DO CPP). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O pleito de nulidade da decisão dos jurados por contrariedade à prova dos autos não pode ser conhecida por esta Corte Superior sob pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de indevida supressão de instância, porquanto não foi objeto de análise perante o Tribunal de origem, já que o recurso de apelação foi interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do art.

593 do CPP, com o fim exclusivo de redução da pena.

3. Tratando-se de apelação interposta contra decisões do Tribunal do Júri, dotada de efeito devolutivo restritivo, o conhecimento do recurso limita-se às questões efetivamente arguidas nas razões recursais, não sendo devolvido ao Tribunal de 2º Grau o conhecimento amplo da matéria. Inteligência da Súmula 713/STF. Precedentes.

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada - em que o agente admite a autoria dos fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade -, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena. Precedentes.

5. Não há falar em prescrição da pretensão punitiva, porquanto não decorrido prazo superior a 16 anos (art. 109, II, do CP), entre os marcos interruptivos, necessários à sua configuração, tendo em vista a decretação da revelia do réu, ensejando a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do art. 366 do CPP.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas a 12 anos de reclusão.

(HC 87.337/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015)

No que atine ao reconhecimento, *ex officio*, pelo magistrado da agravante genérica prevista no art. 61, II, h, do Código Penal, alega a defesa sua ilegalidade, porquanto a denúncia não teria narrado que o delito foi praticado contra maior de 60 anos.

O édito condenatório, com fundamento no art. 385 do Código de Processo Penal, fundamenta a aplicação da agravante com base no "Auto de Exame Cadavérico" e no "Cadastro Civil" da vítima, que registra como data de nascimento o ano de 1946. Confirmam-se os termos da citada decisão (fl. 40):

No que diz respeito à agravante decorrente de ser a vítima maior de 60 anos de idade, é inquestionável a incidência da regra prevista no artigo 61, II, alínea "h" do CP, tendo em conta as conclusões do perito que lavrou o Auto de Exame Cadavérico e seu Cadastro Civil, que registra sua data de nascimento em 1946, majoro a pena do acusado em 01 (um) ano.

No entanto, conforme decidido pela Sexta Turma, na assentada de 06 de agosto de 2013:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) APLICAÇÃO DA AGRAVANTE RELATIVA À IDADE DA VÍTIMA (MAIOR DE 60 ANOS). IMPOSSIBILIDADE. (3)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. **O reconhecimento das agravantes genéricas, concernentes ao fato imputado, pelo Juízo sentenciante ou pelo Tribunal de origem, sem que tal matéria tenha constado da peça acusatória, sequer de forma implícita, revela afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Posição contrária implicaria violação "da garantia do contraditório: se a circunstância agravante não foi imputada na denúncia ou queixa, o acusado não teve oportunidade de se manifestar ou produzir provas sobre ela. Aliás, o art. 41 do CPP exige que a denúncia ou queixa contenham a 'exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias'." (BADARÓ, Gustavo. Processo penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 380).**

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, h, do CP, tornando a pena de cada paciente definitiva no quantum de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

(HC 183.075/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/08/2013, DJe 19/08/2013)

In casu, a incidência da agravante do art. 61, I, alínea h, do Código Penal (vítima maior de sessenta anos) não foi pontuada na peça de acusação.

Parece-me que admitir o reconhecimento das agravantes genéricas, **concernentes ao fato imputado**, pelo Juízo sentenciante ou pelo Tribunal de origem, sem que tenha constado da peça acusatória, sequer de forma implícita, seria afrontar os princípios da ampla defesa e do contraditório. Outro não é o entendimento do Professor Associado de Direito Processual Penal da USP, GUSTAVO BADARÓ, para quem posição contrária implicaria violação "da garantia do contraditório: se a circunstância agravante não foi imputada na denúncia ou queixa, o acusado não teve oportunidade de se manifestar ou produzir provas sobre ela. Aliás, o art. 41 do CPP exige que a denúncia ou queixa contenham a 'exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias'." (*Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 380). Em outro trabalho, ensina o autor:

Em suma, quaisquer circunstâncias, principalmente agravantes, devem ser comunicadas ao imputado para que possam ser consideradas na sentença. Portanto, libertando-se do conceito penalístico de fato, é possível compreender que havendo uma mudança de algum elemento estranho ao tipo penal, mas que provoque alteração relevante quanto ao tempo, lugar ou modo de execução da conduta criminosa, deve se aplicar a regra do art. 384. [Bettaglini. Querela per fatto singolo ed emergenza della continuazione. *Revista Italiana di Diritto Penale*, 1932. p. 66; Manzini. *Trattato...*, vol. IV, p. 543; La Rocca. In tema di..., p.15; e Siracusano. *Diritto processuale*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penale, vol. II, p. 272. Na doutrina nacional, Tornagui (*Curso...*, 2, p. 170), embora considerando circunstância elementar apenas o elemento essencial de uma infração (*essentialis delicti*), afirma que a "Constituição da República Federativa do Brasil assegura ao acusado ampla defesa (art. 5.º, LV). Para tornar efetiva essa garantia, convém que o juiz dê ao réu a oportunidade de falar sob qualquer circunstância, se vir que ele pode ser surpreendido com a exasperação da pena". Na legislação estrangeira há previsões expressas neste sentido: StPO alemã, § 265, II; CPP português, art. 358, § 1.º; CPP italiano, art. 519, § 1.º, CPP Modelo para Iberoamérica, art. 309].

Note-se que as referidas agravantes não fazem apenas parte da dosimetria da pena, mas efetivamente se relacionam com os fatos. Tanto assim que a melhor doutrina penal ensina que acerca mesmo sobre as agravantes deve incidir o dolo do agente, daí a imprescindível necessidade de sua descrição na peça vestibular da ação penal.

Eis a lição do Professor Miguel Reale Júnior:

As circunstâncias ficam à volta do tipo, como acessórios que são, pois não integram o modelo penal e apenas constituem índice revelador de maior ou menor reprovação do fato.

As circunstâncias devem ser queridas e sabidas pelo agente, pois não subsistem a título de responsabilidade objetiva.

As circunstâncias legais, atenuantes e agravantes, como já se frisou, 'revestem-se de tipicidade e constituem modelo e modalidade das condutas, construídos em função de valores'. (*Instituições de direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 415).

Ora, indubitável que a agravante relativa à idade da vítima, por exemplo, tem relação com o crime cometido, pois implica um *plus* de reprovabilidade da conduta do réu. Diferentemente do que ocorre com a agravante da reincidência, a qual traduz uma reprovabilidade própria da vida pregressa do acusado, fato que não interage com o acontecimento.

Nesse sentido, importante lição traz a doutrina sobre a questão:

A falta de alegação da presença de alguma agravante implica a impossibilidade de se manter, em tese, qualquer discussão sobre ela, no curso do processo. E, assim, e, por isso, não se pode aceitar a validade da norma, por manifesta violação ao contraditório e à ampla defesa.

Se, ao contrário, a circunstância tiver sido debatida, ainda que não apontada na denúncia ou na queixa, pode-se reconhecê-la, se e desde que de caráter objetivo, como ocorre com a reincidência (art. 61, I, do Código Penal). (FISCHER, Douglas e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2.^a ed. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 808).

Portanto, na hipótese, imprescindível o afastamento da agravante prevista no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 61, II, *h*, do Código Penal, e, por conseguinte, o redimensionamento da reprimenda imposta ao paciente.

Por fim, a última inconformidade da impetrante diz respeito à suposta desproporcionalidade no que tange à redução em 1/13, na segunda fase, em razão do reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, a qual, em seu sentir, deve ponderar sobre qualquer outra circunstância (fl. 13).

Ocorre que, em razão da supressão de uma agravante e reconhecimento de nova atenuante, nos termos acima alinhavados, a dosagem de pena sofre alteração substancial, sendo forçoso novo redimensionamento de pena na segunda fase, que passo a realizar, sem olvidar a suplica da impetrante quanto à proporcionalidade adotada na origem.

Assim, na primeira fase, mantenho indene a pena-base fixada no patamar de 23 (vinte e três) anos de reclusão.

Na segunda fase, restaram reconhecidas a agravante referente ao meio cruel, consistente na asfixia, e a agravante pelo fato de ter o agente se valido das relações de intimidade e hospitalidade para com a vítima no cometimento do delito, excluída a agravante do art. 61, II, "e", do CP. Noutro giro, presentes as atenuantes da confissão parcial, ora reconhecida, e da menoridade. Há, portanto, 2 (duas) agravantes de ordem objetiva em contraponto com 2 (duas) atenuantes de ordem subjetiva, a exigir a aplicação do art. 67 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 67 - 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Nessa passada, denota-se que embora haja igualdade no número de circunstâncias legais favoráveis e desfavoráveis, preconiza o diploma material a preponderância das circunstâncias de ordem subjetiva. Entretanto, muito embora preveja o Código tal preponderância, a aplicação da diminuição deve ser agregada por um juízo de proporcionalidade e razoabilidade pelo magistrado, de maneira que não se descure da maior gravidade dos fatos pela existência das agravantes em testilha.

Como leciona RICARDO AUGUSTO SCHMITT, devemos lembrar "*dos princípios da proporcionalidade, da isonomia e da coerência, que devem nortear os julgados, ou seja, da real necessidade de se promover a correta adequação de situações materialmente diversas com a melhor e mais justa aplicação da lei penal*", lembrando, ainda, que "*o grau de preponderância se refere ao concurso de circunstâncias legais entre si, de forma isolada, uma frente a outra, não podendo se imaginar, por exemplo, que apenas a circunstância atenuante da menoridade (que é a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rainha das circunstâncias legais) possa, sozinha, preponderar sobre as agravantes da reincidência, crime cometido por motivo fútil, crime cometido contra criança e crime cometido com emprego de meio cruel, [...], vez que, nestes casos, não estaria o julgador preocupado em observar os já citados princípios da proporcionalidade, da isonomia e da coerência que devem nortear os julgamentos" (Sentença penal condenatória. Aspectos práticos e teóricos à elaboração. 4ª ed. JusPodium:BA, 2009, p. 161 e 162).

Dessa forma, não há como acoimar em menor grau o apenado levando-se em consideração apenas a preponderância das circunstâncias subjetivas, senão deve-se levar em consideração a existência, no caso, de duas circunstâncias agravantes derivantes do delito na fração de diminuição da pena, observando-se os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, e ainda a suficiência da aplicação da pena.

Em prestígio aos fundamentos adotados pelas instâncias de origem e de forma a preservar a razão do *decisum* na aplicação de pena do paciente, a qual não foge, sob qualquer ângulo, da razoabilidade e proporcionalidade que dela se espera, penso que os mesmos parâmetros devem ser utilizados no redimensionamento do *quantum* de pena aplicado.

O aresto assim fundamentou a modificação da pena na segunda fase (fl. 58):

Ante o acima exposto, mantido o aumento de 3 (três) anos pelas 3 (três) agravantes, o que significa o incremento de 1 (um) ano por cada uma, aplica-se a redução de 2 (dois) anos, pela menoridade, redimensionando-se o quantum para 24 (vinte e quatro) anos de reclusão e 288 (duzentos e oitenta e oito) dias-multa.

Nessa linha, iniciando-se com a pena-base de 23 (vinte e três) anos de reclusão - vez que valoradas negativamente circunstâncias judiciais, consoante fundamentação supra -, estabeleço em 1 (um) ano a diminuição de pena pela confissão parcial reconhecida e mantenho o patamar de diminuição pela menoridade, qual seja, 2 (dois) anos, a ensejar uma sanção de 20 (vinte) anos de reclusão. Ressalte-se que maior *quantum* de redução pela menoridade resta inviável diante da novel dosimetria ora aperfeiçoada, já alcançando o patamar do mínimo legal a pena-base (Súmula n.º 231 do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal").

Afastada a agravante relativa à idade da vítima e conservados o acréscimo em 1 (um) ano pela agravante prevista no art. 61, II, "d" do CP, além da majoração em mais 1 (um) ano pela agravante do artigo 61, II, alínea "f", do CP, tenho que a pena alcance o patamar de acréscimo de 2 (dois) anos.

Não havendo causas de aumento ou diminuição da reprimenda a serem consideradas na terceira fase, torno a pena do paciente definitiva em 22 (vinte e dois) anos de reclusão, mais 264 (duzentos e sessenta e quatro) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** da impetração, mas **concedo a ordem de ofício** a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 22 (vinte e dois) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 264 (duzentos e sessenta e quatro) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal - Processo n.º 0012108-69.2008.8.19.0004, da 3.ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo/RJ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0068171-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 319.664 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00121086920088190004 121086920088190004 20080040120198 6372007

EM MESA

JULGADO: 18/08/2015

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: REINALDO GERALDO CRUZ DA SILVA
CORRÉU	: IRANILDO DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.