



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.806 - RJ (2010/0082860-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCOS ANTONIO GERALDO DE SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. (A) CONDUTA SOCIAL. FUGA. PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. INCREMENTO JUSTIFICADO. (B) OFENSAS VERBAIS. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) SEGUNDA FASE. AGRAVANTE. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. AFASTAMENTO. PECULIARIDADE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO. OCORRÊNCIA. (4) VERBA INDENIZATÓRIA. FIXAÇÃO. DEBATE IMPRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA OU LESÃO À LIBERDADE LOCOMOÇÃO. (5) *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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, em 6 (seis) meses, considerar a circunstância judicial relativa à conduta social do paciente como desfavorável, tendo em vista que ficou foragido após o cometimento do delito. Todavia, imprescindível o decote do incremento sancionatório, notadamente porque deve se afastar a valoração negativa referente à circunstância do crime (*réu grosso e agressivo*), já que não justifica a exasperação da pena em mais 6 (seis) meses de reclusão. Por mais que, evidentemente, o fato ostente maior reprovabilidade, com as ofensas perpetradas, tal circunstâncias poderia, se tanto, ensejar persecução penal por crime contra a honra, cujo exercício da ação penal sujeita-se à tempestiva intervenção da vítima, o que coarcta a atuação de ofício do magistrado a respeito.

3. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

4. O pleito de afastamento da fixação do valor mínimo de indenização à vítima não pode ser debatido no seio do *mandamus*, pois trata-se de tema estranho ao universo de cognição do *habeas corpus*, restrito que deve ser à tutela da liberdade de locomoção

5. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida de ofício** a fim de reduzir a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como para afastar a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, *h*, do CP, tornando a pena definitiva no *quantum* de 6 (seis) anos de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

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: Retificando decisão proferida em sessão do dia 06/08/2013: prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do pedido de habeas corpus, mas concedendo a ordem de ofício em menor extensão, sendo acompanhado pela Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira, e o voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães acompanhando a Sra. Ministra Relatora, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de habeas corpus, expedindo, contudo, a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira concederam a ordem de ofício em menor extensão. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes (art. 162, § 2º, do RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Og Fernandes.

Brasília, 13 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.806 - RJ (2010/0082860-1)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : **ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PACIENTE : **MARCOS ANTONIO GERALDO DE SOUZA**

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARCOS ANTONIO GERALDO DE SOUZA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n.º 2009.050.06407).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado e ao pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2.º, II, do Código Penal, nestes termos:

O Ministério Público denunciou MAXIMILIANO FREDERICO DA SILVA e MARCOS ANTONIO GERALDO DE SOUZA, qualificados nos autos, como incurso nas penas do artigo 157, parágrafo 2º, II, do Código Penal, imputando-lhe a prática da seguinte conduta:

Ao dia 23 de janeiro de 2004, por volta das 13h40min, no interior de um ônibus, que circulava na Avenida Presidente Kennedy, Centro, nesta comarca, os denunciados, livres e conscientemente, agindo em comunhão de ações e desígnios entre si, subtraíram, para si ou para outrem, mediante grave ameaça consistente em simular um porte de arma de fogo, documentos e R\$632,77, de Hélio de Souza Barros. O roubo ocorreu quando a vítima foi abordada no coletivo mencionado, tendo o 2º denunciado anunciado o "assalto", enquanto que o primeiro denunciado simulava portar uma arma de fogo. Ato contínuo, os denunciados subtraíram os bens da vítima, consumando o delito, vez que a res saiu da esfera de vigilância daquela, que perdeu sobre esta o poder de disponibilidade. (...)

Em alegações finais, o Ministério Público (fls. 141/148) requer a condenação do acusado, considerando que a autoria delitiva teria restado amplamente comprovada. Ressalta que o outro acusado Maximiliano foi condenado em 04/06/2004 no processo originário (2004.021.001004-3). Pede a majoração da pena-base do acusado, tendo em vista que a vítima Hélio possuía 68 anos de idade na ocasião do crime, com base no artigo 61, "h" do Código Penal. (...)

1ª Fase: Reconheço como desfavorável a circunstância de ter permanecido o réu foragido, bem como a circunstância do crime, indicando a vítima ser o réu agressivo e grosso, proferindo ofensas dirigidas à sua pessoa que por si só constituem crime autônomo previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 140, parágrafo 3º do Código Penal, motivo pelo qual fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa à razão unitária mínima.

2ª Fase: Reconheço a circunstância agravante prevista no artigo 61, h, do Código Penal, sendo certo que a afirmação do acusado "para que esse velho otário quer dinheiro" evidencia a ciência com relação ao fato de se tratar de pessoa idosa. Tal circunstância foi devidamente descrita, eis que consta a qualificação da vítima nos autos. Fixo a pena nesta fase em 06 (seis) anos de reclusão e 30 (trinta) dias multa.

3ª Fase: Presente a causa de aumento de pena do concurso de agentes, exaspero a pena em um terço para fixá-la em 8 (oito) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa. O valor do dia-multa será o mínimo legal por não haver prova nos autos que permita a fixação acima deste patamar.

Regime de pena: Considerando a grave ameaça perpetrada, o quantitativo da pena aplicada e as circunstâncias desfavoráveis ao réu, fixo o regime fechado para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

Isto Posto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado, para CONDENAR MARCOS ANTONIO GERALDO DE SOUZA, qualificado nos autos, às penas de 8 (oito) anos de reclusão em regime fechado e multa de quarenta dias, à razão unitária mínima, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. Condeno-o, ainda, ao pagamento das custas processuais (artigo 804 do Código de Processo Penal). (fls. 32-39).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

A sentença apelada deve ser mantida, porque em harmonia com as provas dos autos.

Conforme se depreende da inicial, o acusado foi denunciado, juntamente com um comparsa, por ter subtraído documentos e R\$ 632,77, em espécie, da vítima Hélio de Souza Barros, mediante grave ameaça consistente em simular um porte de arma de fogo.

Ao ser interrogado, o réu negou a autoria do delito, em versão totalmente infundada, que restou isolada no conjunto probatório.

A vítima, por sua vez, reconheceu o acusado e descreveu com detalhes a prática criminosa (fl. 136), esclarecendo que foi abordado por dois homens, ambos com as mãos embaixo da camisa simulando estarem armados; que entregou os documentos e o dinheiro após ser anunciado o assalto e que o acusado era o mais agressivo dos assaltantes, pois dizia "para que esse velho otário quer dinheiro".

Assim, impossível o acolhimento da pretensão defensiva à absolvição, ante a prova segura e inquestionável quanto à autoria e ao crime, especialmente pelas circunstâncias do auto de prisão em flagrante e pelo depoimento da vítima, acima referido.

O fato de o reconhecimento do réu não ter obedecido ao disposto no art. 226 do Código de Processo Penal não desmerece o ato, pois a regra da norma acima citada será obedecida "se possível".

A pena, ao contrário do sustentado pela defesa, foi fixada de forma adequada, na forma do art. 59 do Código Penal, em especial pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agressividade do acusado durante o crime e o fato de o mesmo ter permanecido foragido por muitos anos, o que não merece qualquer reparo.

A majorante, de igual forma, deve ser mantida, pois a vítima, comprovadamente, possuía 68 anos de idade quando da prática do crime. Esclareça-se que o Código Penal não exige que o acusado tenha ciência prévia da idade da vítima, o que seria até absurdo, razão pela qual se afasta a tese defensiva.

Por fim, quanto ao regime prisional, nenhum reparo há de ser feito, vez que o apelante praticou um delito que gera absoluta intranquilidade à população, merecendo resposta penal mais grave, motivo pelo qual não deve ser alterado o regime imposto, pois o fechado se apresenta mais adequado aos objetivos preventivo/repressivo ao crime.

O parecer da Ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Delma Moreira Acioly, sustenta a manutenção da sentença apelada, o que é acolhido, ante os fundamentos acima expostos.

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso. (fls. 48-52).

Manejados embargos de declaração, o Tribunal *a quo* os rejeitou:

Rejeição liminar dos presentes embargos de declaração, uma vez que inexistente qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão de fls. 209-213, especialmente porque analisadas e decididas, explícita e implicitamente, todas as questões de fato e de direito alegadas pelas partes.

Quanto à questão da indenização, além de não alegada no momento oportuno, ou seja, no recurso de apelação, entendo que a mesma deve ser mantida, pois a obrigação de indenizar, após a edição da Lei 11.719/08, que incluiu o parágrafo único no art. 63 e modificou a redação do inciso IV do art. 387, ambos do Código de Processo Penal, já tinha previsão legal nos arts. 186 e 187 do Código Civil. Portanto, a única mudança foi a liquidação do valor da indenização na sentença condenatória.

De qualquer forma, a norma processual se aplica de imediato ao processos em andamento e, portanto, não é hipótese de aplicação do princípio do tempo rege o ato. (fls. 86-87).

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que a pena-base foi exasperada sem a devida fundamentação, pois as razões apresentadas pelo magistrado já foram consideradas pelo legislador na escala penal.

Assere que o fato do paciente ter permanecido foragido durante algum tempo depois da prática do crime, bem como de ter a vítima afirmado que ele foi grosso e agressivo, não são argumentos válidos para a elevação da pena-base.

Destaca que o paciente é primário e possui bons antecedentes.

Aduz que deve ser afastada a agravante relativa à idade da vítima, uma vez que não foi apontada na denúncia. Invoca o princípio da congruência.

Pontua que "para prosperar a qualificadora da idade da vítima, deveria restar demonstrado que o paciente tinha conhecimento da idade da mesma, o que não restou evidenciado, fato este que tampouco foi comprovado pelo órgão acusatório" (fl. 7).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assinala que não se pode reconhecer a fixação da indenização, sem que seja a matéria ventilada em qualquer outra oportunidade nos autos. (fl. 8).

Argumenta que "o delito foi cometido antes da vigência da Lei 11.789/09, a previsão do art. 387, IV, do CPP, de fixação de indenização à vítima é de cunho material e desfavorável ao réu, logo não pode atingir fato ocorrido antes da entrada em vigor da Lei" (fl. 10).

Salienta que a pena aplicada divergiu do regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que seria mais técnico o estabelecimento do regime semiaberto ou aberto.

Invoca as Súmula 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como o afastamento da agravante prevista no art. 61, *h*, do CP, e da verba indenizatória, e, ainda, seja modificado o regime inicial de cumprimento da pena para outro menos gravoso.

As informações foram juntadas às fls. 70-88.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 91-96, da lavra do Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, opinando pela denegação da ordem.

Segundo as informações, o paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto em 5.5.2011.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.806 - RJ (2010/0082860-1)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. (A) CONDUTA SOCIAL. FUGA. PREJUÍZO PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. INCREMENTO JUSTIFICADO. (B) OFENSAS VERBAIS. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) SEGUNDA FASE. AGRAVANTE. VÍTIMA MAIOR DE 60 ANOS. AFASTAMENTO. PECULIARIDADE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO. OCORRÊNCIA. (4) VERBA INDENIZATÓRIA. FIXAÇÃO. DEBATE IMPRÓPRIO. INEXISTÊNCIA DE AMEAÇA OU LESÃO À LIBERDADE LOCOMOÇÃO. (5) *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. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, em 6 (seis) meses, considerar a circunstância judicial relativa à conduta social do paciente como desfavorável, tendo em vista que ficou foragido após o cometimento do delito. Todavia, imprescindível o decote do incremento sancionatório, notadamente porque deve se afastar a valoração negativa referente à circunstância do crime (*réu grosso e agressivo*), já que não justifica a exasperação da pena em mais 6 (seis) meses de reclusão. Por mais que, evidentemente, o fato ostente maior reprovabilidade, com as ofensas perpetradas, tal circunstâncias poderia, se tanto, ensejar persecução penal por crime contra a honra, cujo exercício da ação penal sujeita-se à tempestiva intervenção da vítima, o que coarcta a atuação de ofício do magistrado a respeito.

3. 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. O pleito de afastamento da fixação do valor mínimo de indenização à vítima não pode ser debatido no seio do *mandamus*, pois trata-se de tema estranho ao universo de cognição do *habeas corpus*, restrito que deve ser à tutela da liberdade de locomoção

5. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida de ofício** a fim de reduzir a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como para afastar a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, *h*, do CP, tornando a pena definitiva no *quantum* de 6 (seis) anos de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, cumpre deixar assentado que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

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 proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada.

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA.
RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO
ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE
VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados.

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do *habeas corpus*, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o *habeas corpus* presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, em 6 (seis) meses de reclusão, considerar a circunstância judicial relativa à conduta social do paciente como desfavorável, tendo em vista que ficou foragido após o cometimento do delito. Todavia, imprescindível o decote da reprimenda, notadamente porque deve se afastar a valoração negativa referente à circunstância do crime (*réu grosso e agressivo*), já que genérica, não justificando a exasperação da pena em mais 6 (seis) meses de reclusão.

Nesse sentido, alguns julgados sobre o tema:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA SIMPLES. CRIMES ANTERIORES À LEI Nº 12.015/09. CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA. TESE JURÍDICA JULGADA NA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. (3) REINCIDÊNCIA. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRIMARIEDADE DO PACIENTE. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (4) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (5) WRIT NÃO CONHECIDO.

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. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo. Recurso especial representativo da controvérsia n.º 1.110.520/SP desta Corte.

3. Da leitura do édito condenatório, é de ver que o Magistrado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciante reconheceu ser o réu primário e possuidor de bons antecedentes, portanto, não há se falar em afastamento da reincidência se não foi utilizada para majoração da reprimenda.

4. A majoração da pena-base acima do mínimo legal está devidamente fundamentada, porque as circunstâncias em que se deu o crime justificam o agravamento da pena.

5. *Writ* não conhecido. (HC 159.938/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 10/05/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ESTUPRO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal. Portanto, não se comprovando ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente. Precedentes.

3. Ordem de *habeas corpus* denegada. (HC 204.134/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 23/04/2013)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO (ART. 121, CAPUT DO CPB). PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 9 ANOS. INCIDÊNCIA DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA INFLUÊNCIA DE VIOLENTA EMOÇÃO. PENA CONCRETIZADA: 8 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DOLO INTENSO. CONDUTA SOCIAL REPROVÁVEL. PACIENTE QUE PERMANECEU FORAGIDO POR 13 ANOS APÓS A PRÁTICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal foi devidamente justificada pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Com efeito, a particularidade de se tratar de homicídio perpetrado com intenso dolo, mediante uma facada no pescoço da vítima, torna especialmente grave a conduta, que, por isso, merece maior reprovação. Ressalte-se, ainda, que, como bem consignou o Magistrado sentenciante, o paciente demonstrou comportamento reprovável após o crime, eis que ficou foragido por 13 anos, fato que, adequadamente, foi considerado na majoração da pena-base.

Importante salientar que a elevação ocorreu de forma moderada e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcional, apenas em 3 anos acima do mínimo previsto na norma penal de regência, que estabelece um intervalo de 6 a 20 anos.

3. Tendo sido imposta, fundamentadamente, pena superior 8 anos, inadmissível a aplicação de regime prisional diverso do fechado para o início do cumprimento da pena, ex vi da interpretação do art. 33, § 2o., alínea a do CPB.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem denegada.

(HC 104.073/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008)

Por mais que, evidentemente, o fato ostente maior reprovabilidade, com as ofensas perpetradas, tal circunstâncias poderia, se tanto, ensejar persecução penal por crime contra a honra, cujo exercício da ação penal sujeita-se à tempestiva intervenção da vítima, o que coarcta a atuação de ofício do magistrado a respeito.

No tocante ao pleito de afastamento da agravante relativa à idade da vítima (maior de 60 anos), penso que o pedido merece guarida.

Colhe-se da denúncia:

Ao dia 23 de janeiro de 2004, por volta das 13h40min, no interior de um ônibus, que circulava na Avenida Presidente Kennedy, Centro, nesta comarca, os denunciados, livres e conscientemente, agindo em comunhão de ações e desígnios entre si, subtraíram, para si ou para outrem, mediante grave ameaça consistente em simular um porte de arma de fogo, documentos e R\$632,77, de Hélio de Souza Barros. O roubo ocorreu quando a vítima foi abordada no coletivo mencionado, tendo o 2º denunciado anunciado o 'assalto', enquanto que o primeiro denunciado simulava portar uma arma de fogo. Ato contínuo, os denunciados subtraíram os bens da vítima, consumando o delito, vez que a res saiu da esfera de vigilância daquela, que perdeu sobre esta o poder de disponibilidade. Diante do exposto, sendo típicas e ilícitas as condutas dos denunciados, que se encontra incursos nas penas do art. 157, §2.º, II, do Código Penal, requer o Ministério Público o recebimento da presente, ordenando-se a citação dos acusados para que respondem a todos os termos do processo, devendo ser condenados nos moldes da presente imputação. (fls. 16-17).

Na espécie, 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, constando apenas das alegações finais do *Parquet*.

É de ver que alguns julgados desta Corte firmaram o entendimento de que não afronta o princípio da ampla defesa e do contraditório o reconhecimento de agravante genérica pelo juízo sentenciante, mesmo que não conste da denúncia. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRIPLO HOMICÍDIO (ART. 121, § 2º, II E IV; ART. 121, CAPUT; E ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, II, TODOS DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CP). ABORTO PROVOCADO POR TERCEIRO (ART. 125, CP). PRONÚNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INCLUSÃO DE CAUSA DE AUMENTO NÃO MENCIONADA NA EXORDIAL OU DURANTE A ETAPA DO *JUDICIUM ACCUSATIONIS*. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE ALTERAR OS SUPOSTOS FATOS ILÍCITOS. IRREGULARIDADE INEXISTENTE. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A inclusão pelo Tribunal de origem da causa de aumento decorrente de possuir uma das vítimas mais de 60 anos na data dos supostos fatos delituosos, que não fora reconhecida pelo magistrado singular ao pronunciar o réu - embora levantada pelo *Parquet* em sede de alegações finais -, não constitui nulidade por ausência de correlação entre a acusação e a sentença, uma vez que não tem o condão de alterar a empreitada ilícita como narrada na inicial, vindo a atingir apenas eventual pena imposta.

2. Da mesma forma, não se vislumbra o alegado cerceamento de defesa, por se tratar de circunstância objetiva constante dos autos desde a lavratura do respectivo boletim de ocorrência e da juntada do laudo de exame de corpo de delito da ofendida, que trazem, com amparo em documento oficial de identificação, sua data de nascimento e idade. EXCESSO DE PRAZO. SUPERVENIENTE SOLTURA DO ACUSADO. PERDA DO OBJETO. PREJUDICIALIDADE. 1. Sobrevindo decisão que deferiu a soltura do paciente, há evidente perda do objeto do pedido quanto ao excesso de prazo na medida constritiva. 2. *Writ* julgado parcialmente prejudicado e, quanto às alegadas nulidades, denegado. (HC 139.008/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 11/10/2010)

RECURSO ESPECIAL. ROUBO CONSUMADO. POSSE TRANQUILA. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. AGRAVANTE IMPLÍCITA NA DENÚNCIA. CONSIDERAÇÃO NA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTIGO. 385, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO.

I. A consumação do delito de roubo não exige posse tranquila da *res*, bastando a posse ainda que breve, a cessação da clandestinidade e da violência.

II. A redução da pena-base aquém do mínimo legal não tem sido admitida em face de circunstância atenuante, de acordo com a inteligência da Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça.

III. O reconhecimento de agravante não descrita na denúncia não resulta em quebra do princípio da correlação entre o fato descrito na denúncia ou na queixa e aquele fato pelo qual o acusado é condenado, principalmente se suscitada em sede de alegações finais da acusação ministerial. Inteligência do artigo 385 do Código de Processo Penal.

IV. Recurso provido para considerar o delito como roubo consumado cometido contra maior de sessenta anos de idade, nos termos do artigo 157, §2º, I e II, c/c artigo 61, II, *h*, ambos do Código Penal. (REsp 937.837/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, DJ 04.06.2008).

Todavia, penso ser este um oportuno momento para refletirmos novamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobre o tema. Nesse diapasão, 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 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 decano do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Assim, necessário o redimensionamento da pena. Na primeira fase da dosimetria, reduzo a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Na segunda fase não há agravantes e atenuantes a serem consideradas. Na terceira fase, mantenho o acréscimo da pena em 1/3 (um terço), diante do concurso de agentes, tornando a reprimenda definitiva no *quantum* de 6 (seis) anos de reclusão, mais o pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

No que tange ao pleito de afastamento da fixação do valor mínimo de indenização à vítima, é de ver que não pode ser debatido no seio do *mandamus*, pois trata-se de tema estranho ao universo de cognição do *habeas corpus*, restrito que deve ser à tutela da liberdade de locomoção. Nesse sentido, o julgado de minha relatoria:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO TENTADO. BEM: AUTOMÓVEL (AVALIADO EM R\$ 5.409,00). RES RECUPERADA. (1) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA BEM DOSADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. (3) REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (4) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SURSIS. INVIABILIDADE. (4) FIXAÇÃO DO QUANTUM MÍNIMO DE INDENIZAÇÃO. VIA ELEITA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO.

1. Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.

(...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 2. Não é insignificante a conduta de tentar subtrair um automóvel, cujo valor, R\$ 5.409,00, à toda evidência, não se confunde com ninharias.

3. É inviável a desclassificação do furto simples para a figura privilegiada, tendo em vista a reincidência e o elevado valor do objeto material. Igualmente, nesse contexto, mostra-se bem fixada a pena de dez meses de reclusão, com o regime inicial semiaberto, vedada a substituição e o sursis, diante das circunstâncias judiciais negativas e da recidiva específica.

4. O pleito de afastamento da fixação do valor mínimo de indenização à vítima não pode ser debatido no seio do habeas corpus, pois trata-se de tema estranho ao universo de cognição do habeas corpus, restrito que deve ser à tutela da liberdade de locomoção 5. Ordem conhecida em parte, e, no mais, denegada.

(HC 181557/MG, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2012, DJe 20/08/2012)

Por fim, quanto à modificação do regime inicial de cumprimento da pena, forçoso reconhecer que o objeto do *writ* esvaiu-se, uma vez que o paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto em 5.5.2011.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas expeço ordem de ofício a fim de reduzir a pena-base para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, bem como para afastar a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, *h*, do CP, tornando a reprimenda definitiva no *quantum* de 6 (seis) anos de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0082860-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 171.806 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20040210039940 200905006407 40584220048190021

EM MESA

JULGADO: 06/06/2013

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. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MARCOS ANTONIO GERALDO DE SOUZA

CORRÉU : MAXIMILIANO FREDERICO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

"Após o voto da Sra. Ministra Relatora não conhecendo do habeas corpus, mas concedendo a ordem de ofício, pediu vista o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Aguardam as Sras. Ministras Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE). Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes."

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.806 - RJ (2010/0082860-1)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Pedi vista destes autos pelos mesmos motivos que me levaram a analisar mais profundamente o tema levantado pela Ministra Maria Thereza no HC n. 183.075/RJ.

Ali, concluí que a questão não tinha sido objeto de debate e decisão pelo Tribunal local e, como não enxerguei ilegalidade manifesta, entendi que não seria o caso de suprimir instância e discutir a problemática envolvendo o art. 385 do Código de Processo Penal.

Aqui, a situação é pouco diferente.

Na hipótese em exame, conquanto da denúncia tenha constado pedido de condenação nos termos do art. 157, § 2º, II, do Código Penal e da descrição dos fatos não haja como retirar a informação de que a vítima era pessoa idosa, nas alegações finais, o Ministério Público requereu que **Marcos Antonio Geraldo de Souza** fosse condenado, *considerando que a autoria delitiva teria restado amplamente comprovada*, com a ressalva de que o outro acusado Maximiliano foi condenado em 04/06/2004 no processo originário (2004.021.001004-3), pedindo ainda a *majoração da pena-base do acusado, tendo em vista que a vítima Hélio possuía 68 anos de idade na ocasião do crime, com base no artigo 61 "h", do Código Penal* (fl. 34).

Contra isso a Defensoria Pública não se insurgiu nas suas alegações finais, como se observa deste trecho da sentença (fl. 34):

[...]

A defesa em suas alegações finais (fls. 150/156), ao revés, pugna pela absolvição do réu, sustentando que não há certeza quanto à autoria do crime atribuído ao acusado. Sustenta alternativamente que eventual condenação deverá observar a primariedade, os bons antecedentes do réu, bem como a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausência de circunstâncias desfavoráveis, devendo a pena base manter-se em seu mínimo legal. [...]

E das próprias razões finais, juntadas às fls. 25 e seguintes.

Ao sentenciar, a Juíza singular reconheceu a *circunstância agravante prevista no artigo 61, h, do Código Penal*, dizendo ser certo que a afirmação do acusado "*para quê esse velho otário quer dinheiro*" evidencia a ciência com relação ao fato de se tratar de pessoa idosa. Tal circunstância foi devidamente descrita, eis que consta a qualificação da vítima nos autos (fl. 38).

Na apelação, questionou-se, entre outros aspectos, o seguinte (fl. 44 – grifo nosso):

[...]

Ademais, **na segunda fase da fixação da pena reconheceu circunstância agravante prevista no artigo 61, h, do Código Penal sem que esta tenha sequer constado da exordial acusatória**, bem como sem a efetiva comprovação de estar o apelante ciente de que a vítima possuía mais de 60 anos, razão pela qual há de ser afastada.

Situações que agravam imputação e não narradas na peça vestibular não podem ensejar o reconhecimento pelo magistrado quando da prolação da sentença condenatória, até porque o acusado defende-se dos fatos narrados na denúncia. Portanto, exerce todas as faculdades processuais inerentes à ampla defesa, considerando a imputação feita na petição inicial acusatória.

Exasperar a pena por fato não descrito na denúncia é violar de modo claro o princípio processual constitucional da ampla defesa.

[...]

E o Tribunal fluminense entendeu que, ao contrário do sustentado pela defesa, *a majorante [...] deve ser mantida, pois a vítima, comprovadamente, possuía 68 anos de idade quando da prática do crime.* E esclareceu que o Código Penal não exige que o acusado tenha ciência prévia da idade da vítima, o que seria até absurdo, razão pela qual se afasta a tese defensiva (fls. 51/52).

Neste *writ*, a impetrante repisa os pleitos de redução da pena-base, de afastamento da agravante da idade da vítima, de inaplicabilidade da reparação do dano à vítima e de fixação de regime prisional diverso do fechado. Quanto ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pormenor em debate, eis o que consta da inicial do *habeas corpus* (fls. 6/7 – grifo nosso):

[...]

Não pode prosperar a circunstância agravante, já que, além de não ter sido apontada na denúncia, tampouco restou comprovada de forma irrefutável no curso da instrução.

Como se sabe o princípio da congruência exige que a sentença se restrinja àquilo que foi imputado pelo autor da ação penal, **sob pena de acarretar desrespeito ao princípio da ampla defesa**, já que impossibilita que o réu se manifeste sobre o alegado.

Para prosperar a qualificadora da idade da vítima, deveria restar demonstrado que o paciente tinha conhecimento da idade da mesma, o que não restou evidenciado, fato este tampouco comprovado pelo órgão acusatório. [...]

Bom, no que tange à comprovação irrefutável da idade da vítima, não há como, no âmbito desta impetração, concluir de forma diferente do que disseram a magistrada de primeiro grau e o Tribunal estadual, para os quais, conforme os autos, tanto ficou claro que se tratava de pessoa idosa como que o réu tinha ciência dessa condição. Mudar tal conclusão demandaria profundo reexame de fatos e de provas, procedimento que não se coaduna com a via eleita.

A propósito do dito desrespeito aos princípios da ampla defesa e da congruência – tese com a qual a eminente Relatora concorda e acresce, ainda, a ofensa ao princípio do contraditório, conforme página 15 de seu relatório/voto –, tenho algumas observações a fazer.

Não me parece tenham sido afetados nem o princípio do contraditório nem o da ampla defesa no caso concreto. Com efeito, a agravante genérica ora contestada foi efetivamente suscitada pelo Ministério Público em alegações finais. Teve a Defensoria Pública oportunidade de refutar o dispositivo legal antes da prolação da sentença, contudo, na ocasião, quedou-se silente. Na apelação, rebateu esse ponto do *decisum*, o que denota o regular exercício da ampla defesa.

Talvez possa se dizer que a interpretação do art. 385 do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal deve ser feita de forma restritiva, de modo a que se permita o reconhecimento *ex officio* apenas das agravantes que constem explicitamente dos autos ou implicitamente da denúncia ou tenham sido objeto de alegações finais e sejam objetivamente aferíveis – por exemplo, a condição de idoso e de criança.

Quanto às que demandam análise subjetiva da prova, sem que a defesa possa manifestar-se a respeito – entre outras, a prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal (inobservância à regra técnica de profissão, arte ou ofício) –, concordo, a princípio, com a linha adotada pela Terceira Seção quando julgou os EREsp n. 435.187/MS, Ministro Paulo Medina, DJ 7/6/2004. Esta, a ementa do acórdão (grifo nosso):

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA OPOSTOS CONTRA ARESTO DA E. 5ª TURMA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE RATIFICADO. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTES GENÉRICAS CONTIDAS NO ARTIGO 62, I E IV, DO CÓDIGO PENAL, *EX OFFICIO*, PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DEVOLUTIVO, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EXCLUSÃO.

[...]

O princípio devolutivo, do qual teve origem a expressão latina "*tantum devolutum quantum appellatum*" (devolve-se o conhecimento da causa tanto quanto for apelado), assinala que o Tribunal poderá livremente apreciar o recurso, desde que não modifique o pedido e a causa de pedir, elementos delimitadores da pretensão autoral.

É inviável a aplicação de agravante genérica pelo Tribunal de Apelação, sem a exposição de fatos feita pelo órgão acusador em sua peça inicial ou em suas razões de apelação, sob pena de ferir-se os princípios da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal.

Embargos de divergência conhecidos e providos para excluir das penas impostas aos embargantes as agravantes genéricas contidas no artigo 62, incisos I e IV, do Código Penal.

Com essas considerações, peço vênias à Ministra Maria Thereza para, somente nesse ponto, de S. Exa. divergir. Quanto ao mais, voto com a Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.806 - RJ (2010/0082860-1)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, sem prejuízo de reexaminar a matéria, em outra ocasião, não obstante o disposto no art. 385 do Código de Processo Penal, vou me louvar no precedente da Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp 435.187/MT, que foi relatado pelo Sr. Ministro Paulo Medina.

Estou entendendo que, efetivamente, se esta agravante genérica não constou da peça acusatória ou da apelação, haveria ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal.

Confesso que, na primeira leitura, ia acompanhar V. Exa., Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior. Meditei sobre o art. 385 do CPP, mas percebi que o precedente da 3ª Seção do STJ é em sentido contrário à tese de V. Exa. Como somos um Tribunal de precedentes, fico, por ora, com o precedente do Tribunal, embora, em leitura que fiz do Damásio de Jesus, em Código de Processo Penal Anotado, haja um registro de um precedente do Supremo Tribunal Federal, no RHC 6.987, julgado, em 1983, pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no sentido do texto do art. 385 do CPP, mas não fica muito claro se a agravante constaria da apelação.

Vou pedir vênias e acompanhar a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0082860-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 171.806 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20040210039940 200905006407 40584220048190021

EM MESA

JULGADO: 06/08/2013

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. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MARCOS ANTONIO GERALDO DE SOUZA

CORRÉU : MAXIMILIANO FREDERICO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

Prosseguindo no julgamento após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do pedido de habeas corpus, mas concedendo a ordem de ofício em menor extensão, sendo acompanhado pela Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira, e o voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães acompanhando a Sra. Ministra Relatora, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de habeas corpus e, em razão do empate, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira votaram com a Sra. Ministra Relatora quanto ao não conhecimento.

Votou com a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura quanto a concessão da ordem de ofício em maior extensão, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0082860-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 171.806 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20040210039940

200905006407

40584220048190021

EM MESA

JULGADO: 13/08/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MARCOS ANTONIO GERALDO DE SOUZA

CORRÉU : MAXIMILIANO FREDERICO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

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

Retificando decisão proferida em sessão do dia 06/08/2013: prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior não conhecendo do pedido de habeas corpus, mas concedendo a ordem de ofício em menor extensão, sendo acompanhado pela Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira, e o voto da Sra. Ministra Assusete Magalhães acompanhando a Sra. Ministra Relatora, a Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido de habeas corpus, expedindo, contudo, a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira concederam a ordem de ofício em menor extensão.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes (art. 162, § 2º, do RISTJ).

Presidiu o julgamento o Sr. Og Fernandes.