



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.704 - SC (2016/0058576-5)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUIZ RODRIGO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRETENSE APLICAÇÃO DA "TEORIA DO TERMO MÉDIO". OPERAÇÃO ARITMÉTICA. DESCABIMENTO. CONDENAÇÕES DISTINTAS UTILIZADAS NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASES DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito, razão pela qual descabe a aplicação da suscitada "teoria do termo médio".

3. Embora seja "possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência", conforme entendimento consolidado no Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), em se tratando de réu multirreincidente, resulta justificada a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo hipótese de integral compensação, revelando-se idôneo o incremento de 1/6 na segunda fase da dosimetria.

4. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.704 - SC (2016/0058576-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUIZ RODRIGO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUIZ RODRIGO DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação n. 0910715-31.2014.8.24.0038).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 9 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal (e-STJ fls. 122 e 265/269).

Irresignado, o *Parquet* interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para redimensionar a pena do paciente para 10 anos, 5 meses e 19 dias de reclusão e multa (e-STJ fls. 157/165), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, § 2º, I, CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PRETENSO AFASTAMENTO DE COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. VIABILIDADE. RÉU MULTIRREINCIDENTE, FATOR QUE AUTORIZA UMA PORCENTAGEM MENOR DE DIMINUIÇÃO DA PENA. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES E DESTE TRIBUNAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/5), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve excessiva exasperação da pena-base, em descompasso com a "teoria do termo médio". Além disso, aduz que as condenações do paciente foram utilizadas tanto na primeira quanto na segunda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fase da dosimetria da pena, o que configura indevido *bis in idem*.

Ao final, formulou pedido liminar "para suspender o processo de origem com o fito de evitar que ocorra o trânsito em julgado" (e-STJ fl. 5) e, no mérito, pede a redução da pena.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 170/172).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 185/210, 212/214 e 231.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 218/223, opinou pelo não conhecimento do *writ*, cuja ementa segue transcrita:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. PENA BASE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. MULTIRREINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE NÃO SE CONFIGURA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

Realizadas diligências, o inteiro teor da sentença, constante de arquivo audiovisual, foi acostado aos autos às e-STJ fls. 265/269.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 350.704 - SC (2016/0058576-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o redimensionamento da pena do paciente em virtude das apontadas ilegalidades na fixação da pena-base, em descompasso com a "teoria do termo médio", além da utilização das condenações transitadas em julgado tanto na primeira quanto na segunda fase da dosimetria da pena.

Como é cediço, a individualização da pena na primeira fase da dosimetria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não está condicionada a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. REVISÃO PELA CORTE DE ORIGEM. ANÁLISE MATEMÁTICA, SEM CONSIDERAR AS SINGULARIDADES DO CASO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA. PROPORCIONALIDADE. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. ART. 226, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO OU CONGRUÊNCIA. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONCURSO DE PESSOAS. APLICAÇÃO DA MAJORANTE AINDA QUE APENAS UM DOS CORRÉUS SEJA AUTOR MATERIAL DO DELITO SEXUAL.

[...]

2. Embora haja discricionariedade do julgador na fixação da pena-base, é de rigor que a decisão esteja suficientemente fundamentada mediante a análise das circunstâncias do caso concreto, sendo há muito pacífico nesta Corte entendimento contrário ao exame meramente aritmético ou objetivo da dosimetria da pena na primeira fase.

[...]

5. Recurso especial provido em parte. (REsp 1.553.257/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 15/4/2016)

[...] DOSIMETRIA. PENA-BASE DO ROUBO MAJORADO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO.

1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via habeas corpus é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal, o que, como visto, não é o caso.

2. A ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 307.925/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 19/4/2016)

Dessa forma, não há falar em ilegalidade na primeira fase da dosimetria, mediante suposta inobservância à "teoria do termo médio", na medida em que a exasperação da pena-base pautou-se em circunstâncias concretas e que denotam maior desvalor da ação, como as diversas condenações definitivas anteriormente impostas ao paciente, conforme segue (e-STJ fls. 267/268):

A culpabilidade é normal. O réu registra antecedentes criminais, haja vista que, segundo consta, foi condenado em definitivo, em 27/8/2012, na 2ª Vara Criminal de Joinville, nos Autos n. 376149620118240038, pelo crime de furto qualificado. A sua conduta social dever ser avaliada como ruim, haja vista que, além dessa condenação, possui outras duas: uma na 1ª Vara Criminal e outra na 2ª Vara Criminal qui de Joinville. A da 1ª Vara Criminal, com trânsito em julgado em 21/11/2012, também por furto qualificado, Autos n. 430431020128240038, e na 2ª Vara pelo Processo n. 383830720118240038, com trânsito em julgado em 13 de abril de 2012, também pelo crime de furto qualificado. A personalidade deve ser considerada como desvirtuada tendente à prática criminosa, em especial, crimes contra o patrimônio, haja vista que o réu também registra uma condenação na 1ª vara Criminal com trânsito em julgado em 4 de junho de 2012, pelo crime de furto qualificado, nos Autos n. 4860619220118240038. Vale destacar, aqui, que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se o réu possui quatro condenações ou mais transitadas em julgado por fatos anteriores, sendo uma delas utilizada para caracterizar a reincidência, é possível a utilização de cada uma das outras isoladamente para negativar os antecedentes, a personalidade, a conduta social, sem que haja ilegalidade ou bis in idem [...]. O acusado registra um total de cinco condenações, quatro já avaliadas como antecedentes, convívio social e personalidade, mais uma que será avaliada como reincidência na próxima fase [...]. Assim, por conta dos antecedentes, da conduta social, da personalidade, fixo a pena-base do acusado em 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão e 141 (cento e quarenta e um dias-multa)

Em relação ao alegado *bis in idem* na utilização de condenações definitivas na primeira e segunda fases da dosimetria, ressaí da transcrição supra que foram utilizadas condenações distintas na primeira e segunda fases da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta-se, outrossim, que o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial para conferir preponderância à agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, tendo em vista tratar-se acusado multirreincidente, razão pela qual a pena foi aumentada em 1/6 na segunda fase da dosimetria. No ponto, merece destaque a seguinte assertiva da Corte local, que bem denota a não ocorrência de *bis in idem* por ocasião do julgamento da apelação (e-STJ fls. 164/165):

E a título de esclarecimento, não se diga que houve ofensa ao princípio do non bis in idem com a consideração dos processos supracitados para fins de multirreincidência, pois o magistrado utilizou 4 condenações na primeira fase para reconhecer como desfavoráveis os antecedentes, a conduta social e a personalidade, enquanto que poderia ter considerado apenas 3 condenações, ou seja, uma para cada circunstância judicial; consequentemente, tem-se que a ação realizada pelo sentenciante na primeira fase dosimétrica, não desautoriza o reconhecimento da multirreincidência para o fim de afastamento da compensação da reincidência com a confissão espontânea.

Portanto, embora seja "possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência", conforme entendimento consolidado no Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), em se tratando de réu multirreincidente, resulta justificada a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, não sendo hipótese de integral compensação, revelando-se idôneo o incremento de 1/6 na segunda fase da dosimetria. Sobre o tema, segue a jurisprudência desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIRREINCIDÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - A col. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1.341.370/MT (Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 17/4/2013), firmou entendimento segundo o qual "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espontânea com a agravante da reincidência."

IV - Todavia, conforme o entendimento consolidado pela Terceira Seção desta Corte, muito embora se reconheça a compensação da confissão espontânea com a reincidência, em se tratando de réu multirreincidente, a compensação integral implicaria ofensa aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, mormente porque a multirreincidência exige maior reprovação, devendo, pois, prevalecer sobre a atenuante.

Habeas corpus não conhecido. (HC 347.780/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 11/5/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA QUE NÃO SEGUE CRITÉRIO MATEMÁTICO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MULTIREINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 83/SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

- O acórdão recorrido encontra-se em consonância com a orientação jurisprudencial deste Tribunal, segundo a qual é descabida a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência quando se tratar de réu multirreincidente. Precedentes.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 789.738/DF, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 14/12/2015)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0058576-5

HC 350.704 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 080886968201480038 09107153120148240038 20150786869 80886968201480038
9107153120148240038

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : LUIZ RODRIGO DA SILVA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.