



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.747 - SP (2017/0026262-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : L DA S O

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ESTUPRO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INDEFERIMENTO MOTIVADO DE PRODUÇÃO DE PROVA REQUERIDA PELO RÉU. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.

2. Na hipótese em apreço, o exame comparativo de DNA com o material colhido na vítima e o cedido pelo réu foi indeferido por se tratar de medida protelatória e prescindível, uma vez que há nos autos perícia positiva de conjunção carnal, além da palavra da vítima, que se encontra em consonância com diversos outros elementos de convicção reunidos no feito.

3. Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa da diligência postulada pela defesa do acusado, sendo certo que, para se concluir que seria indispensável para a comprovação da tese suscitada em seu favor, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita. Precedentes.

DOSIMETRIA. DELITO PATRIMONIAL. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MENÇÃO A CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS AO FATO CRIMINOSO PRATICADO. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA ALÍNEA "D" DO INCISO III DO ARTIGO 65 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. ENUNCIADO 231 DA SÚMULA DESTE SODALÍCIO. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. COAÇÃO ILEGAL CARACTERIZADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A menção a circunstâncias que não guardam relação com o delito praticado não constitui fundamento idôneo para a majoração da pena-base na primeira fase do cálculo da sanção.

2. Pacificou-se o entendimento de que se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a aludida circunstância deve ser aplicada, sendo irrelevante se foi espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houve posterior retratação. Enunciado 545 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Na espécie, embora a parcialidade da confissão do acusado não configure óbice à aplicação da atenuante, não é possível a redução de sua sanção abaixo do mínimo legal, consoante o disposto no verbete 231 da Súmula deste Sodalício.

4. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço) quando há a presença de três causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

5. Há constrangimento ilegal quando a reprimenda é exasperada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta. Enunciado 443 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO ILÍCITO QUE EXTRAPOLAM AS NORMAIS DO TIPO PENAL INFRINGIDO. PRESENÇA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEVAÇÃO PROPORCIONAL ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. CONSTANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

1. O fato de o paciente haver molestado a vítima de forma vil, apalpando-a, mordendo-a e dela tripudiando ao praticar a conjunção carnal sem a utilização de preservativo, fazendo com que tivesse que tomar um coquetel de drogas para tratamento, com graves efeitos colaterais, bem como se submetesse a tratamento psicológico, ainda encontrando-se traumatizada, extrapola as circunstâncias e consequências normais do tipo penal infringido e justificam o aumento procedido. Precedentes.

2. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente quanto ao crime de roubo para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de setembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.747 - SP (2017/0026262-2)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : L DA S O

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de L DA S O, apontando como autoridade coatora a 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0085741-33.2015.8.26.0050.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 18 (dezoito) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa, como incurso nos artigos 213 e 157, § 2º, incisos I e V, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido parcialmente provido para reduzir a reprimenda imposta ao réu para 14 (catorze) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa, mantidos os demais termos do édito repressivo.

Sustenta a impetrante que a ação penal em apreço seria nula, uma vez que o magistrado singular indeferiu o pedido de realização de exame de DNA postulado pela defesa.

Afirma que a aludida prova seria imprescindível, sobrepondo-se à palavra da vítima.

Alega que a pena-base do réu teria sido majorada com base em elementos próprios dos tipos penais infringidos.

Argumenta que a confissão parcial do acusado deveria ter sido considerada na segunda etapa da dosimetria.

Aduz que o togado sentenciante teria elevado a sanção do paciente no tocante ao crime de roubo em 3/8 (três oitavos) sem declinar qualquer fundamentação idônea, o que ofenderia o disposto no enunciado 443 da Súmula desta Corte Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça.

Requer a anulação da ação penal desde a fase instrutória, para que a diligência solicitada pela defesa seja realizada, ou, subsidiariamente, para que seja retificada a pena imposta ao paciente.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 110/111.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 122/123 e 148/149), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 199/205, manifestou-se pela manutenção da decisão impugnada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.747 - SP (2017/0026262-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a anulação da ação penal desde a fase instrutória, ou a redução da pena imposta ao paciente.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Quanto ao aventado cerceamento do direito de defesa ante o indeferimento da realização da perícia requerida pela Defensoria Pública, sabe-se que, embora o acusado, no processo penal, tenha o direito à produção da prova necessária a dar embasamento à tese defensiva, ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma motivada, das providências que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte.

Confira-se, a propósito, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, para quem *"embora se cuide de direito, isso não impede que o juiz da causa examine a pertinência da prova requerida (ver, por exemplo, art. 400, §1º, CPP), tendo em vista que cabe a ele a condução do processo, devendo, por isso mesmo, rejeitar as diligências manifestamente protelatórias."* (Curso de processo penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294).

Não destoa a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. EXPLORAÇÃO SEXUAL. NULIDADE. PLEITO DE REINQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA. PEDIDO INDEFERIDO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. (...) ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDO.

(...)

2. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 2/8/2010).

3. Sem embargo acerca do amplo direito à produção da provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, a parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. Precedentes.

4. No caso em exame, as instâncias ordinárias concluíram pela desnecessidade de nova inquirição das testemunhas, uma vez que, na oportunidade em que ouvidas, a defesa encontrava-se presente, sendo-lhe assegurado o exercício do contraditório, formular perguntas ou questionamentos, razão pela qual não há falar em cerceamento de defesa.

5. Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida durante a instrução, necessário seria uma profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via mandamental.

(...)

8. Writ não conhecido.

(HC 374.858/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990). PERÍCIA CONTÁBIL. INDEFERIMENTO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. MATERIALIDADE DELITIVA VERIFICADA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. REVOLVIMENTO DE PROVA. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não implica cerceamento de defesa o indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias. Hipótese em que foi indeferido o pedido de realização de perícia contábil, ao fundamento de que havia nos autos outros elementos de prova suficientes para o exame da materialidade delitiva.

2. A verificação da imprescindibilidade da perícia contábil demanda a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento vedado pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 318.790/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017)

O Supremo Tribunal Federal também adota o mesmo entendimento:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 400, § 1º, DO CPP. LEITURA DO DOCUMENTO EM PLENÁRIO DO JÚRI. POSSIBILIDADE. ARTS. 422 E 479 DO CPP. EXCEÇÃO DE SUPEIÇÃO. INEXISTÊNCIA, EM REGRA, DE EFEITO SUSPENSIVO. ART. 111 DO CPP. 1. Cabe ao juízo ordinário indeferir as diligências consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (CPP, art. 400, § 1º), sendo inviável, na via do habeas corpus, avaliar a necessidade, ou não, do que requerido pela defesa. Precedentes. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(RHC 126204 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015)

Ementa: Constitucional e Processo Penal. Agravo regimental em RHC. crime de pornografia infantil (art. 241, caput, da Lei n. 8.069/90, com a redação dada pela Lei n. 10.764/03). Testemunha desconhecedora dos fatos e do réu. Indeferimento da oitiva. Decisão fundamentada (artigo 400, § 1º, do CPP): Testemunha habilitada em informática e/ou direito eletrônico. Oportunidade de juntada de documento pertinente a tais conhecimentos técnicos. Ausência de afronta à ampla defesa. Decisão monocrática que nega seguimento a pedido ou recurso em contrariedade com a jurisprudência do Tribunal (artigos 21, § 1º, e 192 do RISTF). Precedentes. 1. O princípio do livre convencimento racional, previsto no § 1º do art. 400 do CPP, faculta ao juiz o indeferimento das provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Precedentes: HC 106.734, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe de 04/05/20110; HC nº 106.734/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 4/5/11; HC 108.961, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe de 08/08/2012; AI nº 741.442/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 15/6/11; AI nº 794.090/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 10/2/11; e AI nº 617.818/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 22/11/10 e RHC 115.133/DF, rel. Min. Luiz Fux. 2. In casu, o recorrente foi condenado a 2 anos e 11 meses de reclusão pela prática do crime de pornografia infantil (art. 241, caput, da Lei n. 8.069/90 com a redação dada pela Lei n. 10.764/03), sendo que a defesa arrolara três testemunhas, das quais duas figuraram como assistentes técnicos, restando apenas uma como testemunha na acepção do termo, tendo o magistrado indeferido sua oitiva, fundado em que “versaria exclusivamente sobre matéria de informática e/ou direito eletrônico”, uma vez que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não detinha conhecimento dos fatos e, por não conhecer o réu, não apresentaria informações relativas aos seus antecedentes, ressaltando, contudo, que o teor do seu relato, adstrito a conhecimentos técnicos em informática e/ou direito eletrônico, poderia ser documentado nos autos, à critério da defesa. 3. Deveras, tendo o magistrado indeferido fundamentadamente a oitiva, não cabe a esta Corte imiscuir-se em seu juízo de conveniência para aferir se a oitiva da testemunha era pertinente ou não ao interesse da defesa. (...) 6. Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 126853 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2015 PUBLIC 15-09-2015)

Na hipótese em apreço, durante a audiência de instrução e julgamento, a defesa requereu a realização de exame comparativo de DNA com o material colhido na vítima e o cedido pelo réu, o que foi indeferido pelo magistrado singular por se tratar de *"medida protelatória e que não se mostra imprescindível"*, havendo nos autos *"o Exame Positivo de Conjunção Carnal, além da palavra da ofendida, coincidente com diversos outros elementos de convicção"* (e-STJ fls. 65/66).

Verifica-se, assim, que foram declinadas justificativas plausíveis para a negativa de produção da perícia pleiteada, o que afasta o constrangimento ilegal suscitado na presente impetração..

Ademais, é imperioso salientar que, para se concluir que a prova em questão seria indispensável para a comprovação da tese defensiva, seria necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, providência incompatível com a via eleita, consoante vem decidindo este Sodalício:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA (ESTUPRO DE VULNERÁVEL). PLEITO DE PRODUÇÃO DE PROVAS INDEFERIDO PELO MAGISTRADO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Sem embargos acerca do amplo direito à produção da provas necessárias a dar embasamento às teses defensivas, ao magistrado, mesmo no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida. Precedentes.

2. Para uma melhor aferição acerca da concreta indispensabilidade da prova requerida durante a instrução, necessário seria uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

profunda incursão em todo o acervo fático-probatório dos autos, providência incompatível com a via mandamental.

3. Recurso ordinário desprovido.

(RHC 71.864/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REPRODUÇÃO SIMULADA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. RECURSO IMPROVIDO.

1 - O indeferimento de pedido de produção de prova, no caso, reprodução simulada, quando devidamente motivado, não configura cerceamento de defesa, por ser a discricionariedade motivada o critério norteador do juízo de necessidade.

2 - Não é o habeas corpus o meio adequado para a verificação da conveniência ou necessidade da produção de tais provas, se para tanto se fizer necessário o cotejo aprofundado dos elementos fático-probatórios contidos nos autos da ação penal (RHC 60.853/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 22/09/2015).

3 - Recurso ordinário improvido.

(RHC 57.431/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 15/08/2016)

No tocante à almejada redução da sanção cominada ao réu, sabe-se que dosimetria é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

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

Na espécie, o magistrado sentenciante afirmou que, quanto ao crime patrimonial, as circunstâncias judiciais seriam desfavoráveis, "*pois o acusado ostenta criminosa vida pregressa (...), além de reprovável "modus operandi", próprio de delinquentes habituados a cometer subseqüentes roubos*", tendo sido apreendidos em sua posse "*oito celulares de origem não comprovada, tudo a indicar que fazia uso do veículo adulterado, para praticar inúmeros roubos*", razão pela qual fixou a sua pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Na segunda etapa do cálculo, o togado deixou de aplicar a atenuante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão espontânea porque *"esta não foi plena, tendo o réu negado o emprego da arma de fogo, deixando de admitir também a subtração do numerário"*, e, na derradeira fase, elevou a sanção em 3/8 (três oitavos) diante da presença de duas causas de aumento, o que resultou na reprimenda final de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, mais pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Por sua vez, a autoridade impetrada asseverou que os expedientes considerados pelo sentenciante para elevar a sanção básica não teriam o condão de configurar antecedentes desabonadores por se tratarem de processos ainda em andamento, razão pela qual, diante da subsistência de uma circunstância judicial negativa, exasperou a pena-base em 1/6 (um sexto), que, diante da ausência de agravantes e atenuantes e a manutenção do acréscimo decorrente das causas de aumento, totalizou a reprimenda de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

Feitos tais esclarecimentos, verifica-se que as instâncias de origem se valeram de circunstâncias alheias ao crime de roubo praticado pelo paciente para majorar a sua reprimenda na primeira etapa da dosimetria, deixando de indicar elementos concretos aptos a justificar a maior reprovabilidade de sua conduta, impondo-se, assim, a sua redução ao mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão.

No que diz respeito à pretendida incidência da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, é cediço que esta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que se a confissão do agente é um dos fundamentos da condenação, a aludida circunstância deve ser aplicada, sendo irrelevante se foi espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo se houve posterior retratação.

Nesse sentido é o enunciado 545 da Súmula deste Sodalício, *verbis*:

"Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal."

Na espécie, embora a parcialidade da confissão do acusado não configure óbice à aplicação da atenuante, não é possível a redução de sua sanção abaixo do mínimo legal, consoante o disposto no verbete 231 da Súmula deste Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça:

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Finalmente, no tocante à aventada ilegalidade na majoração da pena referente ao crime de roubo, extrai-se do acórdão impugnado que a elevação da sanção em 3/8 (três oitavos) foi mantida em razão da quantidade de causas de aumento presentes na espécie, em ofensa ao disposto no enunciado 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça:

"O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Por conseguinte, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. (I) ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PORTE DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO DIVERSO. (II) DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE.
(...)

5. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Súmula 443/STJ).

6. Na espécie, a Corte Estadual fixou a fração de 3/8 (três oitavos), superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, com base apenas no número de majorantes, o que não encontra guarida na jurisprudência desta Casa, segundo a qual o aumento da reprimenda acima da fração mínima deve estar ancorado em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e que indiquem a maior reprovabilidade da conduta, como o emprego de várias armas de fogo, armas de grosso calibre, elevado número de agentes, entre outras. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a fração mínima de aumento, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, e assim, reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente para 10 (dez)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa. Estende-se os efeitos desta decisão ao corréu THIAGO CERQUEIRA DA SILVA.

(HC 377.519/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 09/02/2017)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. INSURGÊNCIA CONTRA A FRAÇÃO DE AUMENTO DE 3/8 PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE AGENTES. CRITÉRIO QUANTITATIVO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO PARA 1/3. PENA REDIMENSIONADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E PACIENTE REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Consoante a Súmula n. 443 deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

- Na hipótese, o aumento da pena na fração de 3/8 ocorreu em razão da quantidade das majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar constrangimento ilegal, o que impõe a necessidade de redimensionamento da pena, com a aplicação da fração mínima de aumento.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir a pena do paciente para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado.

(HC 373.802/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016)

Neste viés, procedendo-se à nova dosimetria, tem-se que, reduzida a sanção básica para o mínimo legal, e não sendo possível a aplicação da atenuante da confissão espontânea, com o acréscimo em 1/3 (um terço) pelas majorantes, perfaz-se a reprimenda final de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias multa.

Por sua vez, quanto ao crime sexual, depreende-se que o sentenciante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também considerou as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu ante a sua vida criminosa pregressa, bem como pelo fato de que *"a ofendida foi molestada de maneira vil, passando a ser apalpada, lambida e até mordida no mamilo do seio"*, tendo ele tripudiado *"ao dizer que iria cometer sexo anal, para depois obrigar a ofendida a ficar de quatro e penetra-la na vagina, copulando até ejacular, sem utilizar preservativo"*, o que fez com que a vítima tivesse que *"tomar um coquetel de drogas para tratamento, com graves efeitos colaterais"*, bem como passado a *"realizar tratamento psicológico"*, ainda estando muito traumatizada (e-STJ fl. 68).

No julgamento do recurso de apelação, o Tribunal de origem afastou os antecedentes do réu, elevando a reprimenda básica do estupro em 1/3 em razão das demais circunstâncias judiciais negativas, totalizando 8 (oito) anos de reclusão (e-STJ fl. 101), ante a inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição.

Não se constata, assim, qualquer ilegalidade na majoração da sanção do acusado quanto ao crime contra a dignidade sexual, uma vez que as consequências e circunstâncias do delito extrapolam as normais do tipo penal infringido.

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência desta Corte Superior:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 217-A, § 1º, DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. (...) PENA-BASE. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

V - O aumento da pena-base do crime de estupro de vulnerável está devidamente justificado na existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, culpabilidade (delito praticado no exercício de sua atividade como taxista); circunstâncias (o uso da força física para a prática do ato, em plena via pública, no interior do seu veículo); e as consequências (o abalo psicológico teria sido tamanho que a vítima desenvolveu incontinência urinária).

A pena-base foi fixada em 10 (dez) anos, inexistindo flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.

(...)

Habeas corpus não conhecido.

(HC 365.076/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. (...) CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. APROVEITAMENTO DA SITUAÇÃO DE MISÉRIA E REDUZIDA FORMAÇÃO DA MÃE. REITERAÇÃO DO ESTUPRO POR MAIS DE 3 MESES. CONSEQUÊNCIAS EXTREMAMENTE DESFAVORÁVEIS. GRAVIDEZ DA VÍTIMA. NECESSIDADE DE PROLONGADO TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PARÂMETRO DE AUMENTO DE 1/8. INCIDÊNCIA SOBRE O INTERVALO DA PENA EM ABSTRATO. PENA-BASE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PROPORCIONAIS. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...)

4. As circunstâncias e as consequências do crime não se confundem com elementares do tipo. A valoração negativa da primeira é de rigor, em virtude do crime ter sido facilitado pela extrema pobreza da mãe da vítima, bem como sua reduzida formação, o que culminou na prática de repetidos atos de estupro durante 3 (três) meses, tudo com o conhecimento da genitora; as consequências do crime, por sua vez, ultrapassam enormemente os resultados nefastos às vítimas de estupro, porquanto causou gravidez à vítima aos 12 anos, e ainda, em razão dos abusos sofridos, passou por tratamento psicológico pelo período de 2 anos para que pudesse voltar a sua vida normal de criança.

5. Há, portanto, duas circunstâncias judiciais a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. Estabelecido o consagrado parâmetro de aumento de 1/8 (um oitavo) para cada circunstância desfavorável, fazendo-as incidir sobre o intervalo de pena em abstrato do preceito secundário do crime de estupro de vulnerável (7 anos), resultaria no acréscimo de 1 (um) ano e 9 (nove) meses à pena mínima cominada pelo tipo penal, fixando-se, pois, a pena-base em 9 (nove) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Contudo, como as consequências do crime são extremamente desfavoráveis, mostra-se proporcional e consectário com a individualização da pena uma valoração mais acentuada nessa circunstância judicial, motivo pelo qual é de rigor a manutenção da pena-base fixada pelo Tribunal a quo em 10 (dez) anos de reclusão.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 305.505/RR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

Em arremate, registre-se que a presente de 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis justificam a majoração da sanção em 2 (dois) anos acima do mínimo legalmente estabelecido pelo legislador, *quantum* que não se revela excessivo ou desproporcional às peculiaridades do caso concreto.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir a pena imposta ao paciente quanto ao crime de roubo para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0026262-2

HC 387.747 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0085741332015 00857413320158260050 16782015 20160000646074 85741332015
857413320158260050

EM MESA

JULGADO: 14/09/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : L DA S O

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.