



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.495 - SP (2016/0268016-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO FAGUNDES GOUVÊA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABDIAS ADELINO DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE NEGATIVAMENTE VALORADAS COM BASE EM DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO AO TEMPO DOS FATOS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. LONGA INTERNAÇÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA EM 1/3. *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. REGIME FECHADO MANTIDO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Conforme o entendimento firmado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.
3. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.
4. Evidenciada a existência de duas condenações transitadas em julgado ao tempo da prática delitiva, não valoradas na segunda etapa da individualização da pena a título de reincidência, não se infere arbitrariedade no incremento da básica pela personalidade e conduta social do réu.
5. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se eskorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o longo período de internação da vítima, por certo, constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena-base.
6. Hipótese na qual a reprimenda restou exasperada na primeira fase do critério dosimétrico em apenas um 1/6, malgrado tenham sido negativamente valoradas três circunstâncias judiciais, sendo que tal *quantum* de aumento incidiu sobre o mínimo estabelecido para o crime de homicídio, não sobre o intervalo de pena estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, o que, deveras, revelou-se bastante favorável ao réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. No que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.
8. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.
9. Pena que restou reduzida em 1/3 por terem as instâncias ordinárias, de forma motivada, reconhecido que o acusado realizou o bastante para atingir o resultado criminoso, tendo desferido golpes de faca em áreas vitais do corpo da vítima, que permaneceu afastada de suas atividades habituais por mais de 30 (trintas) dias. Decerto, para infirmar tal conclusão seria necessário revolvimento fático-comprobatório, o que não se admite na via do *writ*.
10. Ainda que a natureza hedionda do crime de homicídio não justifique, *de per se*, a imposição de regime prisional mais gravoso, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu. Precedentes.
11. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da atenuante da confissão espontânea, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.495 - SP (2016/0268016-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO FAGUNDES GOUVÊA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABDIAS ADELINO DOS SANTOS

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ABDIAS ADELINO DOS SANTOS**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, c/c os art. 14, II, e 61, I, do Código Penal (e-STJ, fls. 25-27).

Da sentença, foi interposta apelação pelo réu, que restou parcialmente provida para reduzir a pena para 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, ficando mantido o regime fechado (e-STJ, fls. 28-39).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "no caso em apreço, a análise da personalidade do agente feita pelas instâncias ordinárias permaneceu na superfície do tema, resumindo-se a identifica-la como distorcida a partir dos antecedentes criminais do paciente, sem quaisquer análises de sua história de vida ou das circunstâncias formadoras de seu caráter"; b) "a análise da conduta social, como circunstância judicial, demanda estudo do comportamento do agente no meio social, isto é, suas relações com as demais pessoas, sua influência no tecido social, sua participação na vida comunitária"; c) "a Colenda 16ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não realizou o referido o estudo ou indicou fatos nesse sentido. Pelo contrário, manteve a majoração estabelecida em primeiro grau de maneira, em que pese o respeito, equivocada, submetendo o réu à coação ilegal. Deve ser a referida circunstância, portanto, desconsiderada"; d) "para exasperação da pena base considerou-se a gravidade das consequências do crime, já que a vítima ficou internada por longo período para tratamento"; e) "o tempo de internação da vítima, bem como a gravidade das lesões que experimentou devem ser valoradas para fins de escolher o montante de redução pela tentativa e não para fins de valoração das consequências do delito"; f) "o Magistrado de Primeiro Grau procedeu a ambos: reduziu a pena pelo *conatus* em apenas 1/3 (um terço) justamente por considerar 'que a vítima sofreu lesão de natureza grave derivada do perigo de vida e suportou incapacidade para suas ocupações habituais por mais de 30 dias' (Doc. 03) e majorou a pena base com base nos mesmos fundamentos"; g) "pouco importa se a confissão é ou não qualificada. Aliás, quase sempre o agente que confessa um crime aduz em seu favor algum instituto penal que lhe favoreça. Logo, a confissão qualificada nada mais é do que o desdobramento legítimo do direito de defesa (autodefesa) e nesse sentido seria um rematado contrassenso punir o agente, não reconhecendo em seu favor a atenuante, pelo simples fato de lançar mão de um direito que possui assento constitucional"; h) "o montante de redução da reprimenda deveria ter sido maior, uma vez que a vítima, segundo o exame de corpo de delito (Doc. 06 – fl. 282), sofreu lesões corporais de natureza grave e não de natureza gravíssima, o que constitui, mais uma vez, constrangimento ilegal ao paciente"; i) "impõe-se a correção do regime de cumprimento de pena do paciente, de forma a levar em conta as diminuições de pena a serem promovidas, as circunstâncias judiciais favoráveis e a errônea consideração do homicídio simples como crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondo, fixando-se ao paciente o regime inicial ABERTO para cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta" (e-STJ, fls. 1-19).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que seja revista a dosimetria da pena e fixado o regime prisional aberto para o desconto da reprimenda imposta ao réu.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fls. 47-48).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 133-145).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 374.495 - SP (2016/0268016-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO FAGUNDES GOUVÊA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ABDIAS ADELINO DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE NEGATIVAMENTE VALORADAS COM BASE EM DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO AO TEMPO DOS FATOS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. LONGA INTERNAÇÃO DO RÉU. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA EM 1/3. *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. REGIME FECHADO MANTIDO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Conforme o entendimento firmado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.
3. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.
4. Evidenciada a existência de duas condenações transitadas em julgado ao tempo da prática delitiva, não valoradas na segunda etapa da individualização da pena a título de reincidência, não se infere arbitrariedade no incremento da básica pela personalidade e conduta social do réu.
5. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o longo período de internação da vítima, por certo, constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena-base.
6. Hipótese na qual a reprimenda restou exasperada na primeira fase do critério dosimétrico em apenas um 1/6, malgrado tenham sido negativamente valoradas três circunstâncias judiciais, sendo que tal *quantum* de aumento incidiu sobre o mínimo estabelecido para o crime de homicídio, não sobre o intervalo de pena estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, o que, deveras, revelou-se bastante favorável ao réu.
7. No que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

8. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

9. Pena que restou reduzida em 1/3 por terem as instâncias ordinárias, de forma motivada, reconhecido que o acusado realizou o bastante para atingir o resultado criminoso, tendo desferido golpes de faca em áreas vitais do corpo da vítima, que permaneceu afastada de suas atividades habituais por mais de 30 (trintas) dias. Decerto, para infirmar tal conclusão seria necessário revolvimento fático-comprobatório, o que não se admite na via do *writ*.

10. Ainda que a natureza hedionda do crime de homicídio não justifique, *de per si*, a imposição de regime prisional mais gravoso, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu. Precedentes.

11. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da atenuante da confissão espontânea, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

A fim de permitir a análise da legalidade da dosimetria da pena, transcrevo, respectivamente, excertos da sentença e do acórdão proferido no julgamento do apelo defensivo:

"[...] Diante das diretrizes do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Anoto que a pena-base merece exasperação porquanto o Réu ostenta duas condenações criminais anteriores (fls. 272 e 319), ou seja, seu modo de agir denota que se cuida de pessoa voltada à criminalidade e de conduta social inadequada. Some-se a isso o longo período de internação da vítima, o que indica a gravidade das conseqüências do fato para sua vida.

Na segunda fase, verifico que o Réu é reincidente (fls. 310 - certidão decorrente da condenação da 8ª Vara Criminal), o que justifica novo aumento da pena de 1/6, de modo que a pena passa a totalizar 08 anos e 09



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão.

Quanto a reincidência, destaco que o Réu foi condenado anteriormente por três vezes, de sorte que duas das condenações foram empregadas para a majoração da pena-base e a terceira como circunstância enseja adora da reincidência.

Não vislumbro atenuantes. Quanto à confissão, destaco que deixo de aplica-la em virtude do Réu apenas confirmar a autoria dos fatos para justificar sua ação, buscando a absolvição por legítima defesa. Sobre o tema:

[...]

Finalmente, na terceira fase de quantificação da pena, constato a presença apenas da causa de diminuição derivada da tentativa. Assim, ante o disposto no artigo 14, inciso II, do Código Penal, diminuo a pena aplicada de 1/3 (um terço), porque os atos de execução muito se aproximaram da consumação.

A redução no referido patamar é fruto das etapas percorridas pelo autor dos fatos, que logrou atingir a vítima em regiões nobres do corpo (fígado e diafragma).

Não bastasse, a vítima sofreu lesão de natureza grave derivada do perigo de vida e suportou incapacidade para suas ocupações por mais de 30 dias. Fica, assim, a pena definitiva fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão" **(e-STJ, fls. 24-25).**

"[...] Na primeira fase de dosimetria, considerando que a personalidade delinqüente e desvirtuada do réu, uma vez que já praticou outros crimes no passado (certidões de fls. 272, 310 e 319), bem como sua conduta social inadequada e a grave consequência do crime, deve a pena-base ser fixada 1/6 (um sexto) acima do patamar mínimo, isto é, em 07 (sete) anos de reclusão.

Ora, as mencionadas condenações não foram consideradas como antecedentes criminais, mas sim para determinar a personalidade delinqüente e desvirtuada do réu.

Na segunda fase, diante da ausência de outras circunstancias atenuantes ou agravantes, a pena deve permanecer inalterada.

A certidão de fl. 310 não se presta para caracterizar reincidência, uma vez que o respectivo transito em julgado se deu a mais de 05 (cinco) anos da data dos fatos em questão.

Não há falar, outrossim, em confissão espontânea, não sendo o caso da aplicação da respectiva atenuante, pois o apelante tentou se eximir da responsabilidade, alegando suposta conduta agressiva da vítima.

[...]

Na terceira fase, por se tratar de homicídio tentado, considerando o *iter criminis* percorrido, foi a pena reduzida corretamente de 1/3 (um terço), tornando-se definitiva em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão" **(e-STJ, fls. 36-39).**

Conforme o entendimento firmado no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes.

Quanto ao tema, os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES EM QUE O CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA OCORRERAM HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR.

1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de as condenações criminais cujo cumprimento ou extinção da pena ocorreram há mais de 5 anos, a despeito de não implicarem reincidência nos termos do que dispõe o art. 64, I, do CP, são hábeis a caracterizar maus antecedentes para fins de exasperação da pena-base.

2. Incidência do óbice do Enunciado n. 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.

3. Agravo a que se nega provimento."

(AgRg no AREsp 787.889/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016, grifou-se.)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DEVIDA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NÃO GERADORAS DE REINCIDÊNCIA. CONCEITO MAIS AMPLO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO E FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE.

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

2. O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes.

3. O patamar da reprimenda imposta (5 anos) não permite, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, a concessão da substituição da pena e, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, a fixação do regime aberto.

4. *Habeas Corpus* não conhecido."

(HC 246.122/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 15/03/2016, grifou-se)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda, a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

A esse respeito:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

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 *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.

4. No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se que, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação."

(HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se.)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.

3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de *habeas corpus*.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

5. A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.

6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado."

(HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, evidenciada a existência de duas condenações transitadas em julgado ao tempo da prática delitiva, não valoradas na segunda etapa da individualização da pena a título de reincidência, não se infere arbitrariedade no incremento da básica pela personalidade e conduta social do réu.

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escoreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o longo período de internação da vítima, por certo, constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena-base.

Forçoso reconhecer, ainda, que a reprimenda restou exasperada na primeira fase do critério dosimétrico em apenas um 1/6, malgrado tenham sido negativamente valoradas três circunstâncias judiciais, sendo que tal *quantum* de aumento incidiu sobre o mínimo estabelecido para o crime de homicídio, não sobre o intervalo de pena estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, o que, deveras, revelou-se bastante favorável ao réu.

No que se refere à segunda fase do critério trifásico, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.

IV - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. (Precedentes STF e STJ).

V - Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula n. 545/STJ: '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.'

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, devendo o processo retornar ao eg. Tribunal de origem para nova dosimetria da pena" (HC 331.946/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 01/12/2015, grifou-se)

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO PARCIAL DA PRÁTICA DELITIVA. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.

2. Assim, tendo o paciente confessado o crime, merece ser concedida a ordem para reconhecer a incidência da referida atenuante.

[...]

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 272.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015, grifou-se).

In concreto, verifica-se que a confissão do réu, ainda que qualificada, foi sopesada na formação do juízo condenatório, devendo ser reconhecida a incidência da atenuante do art. 65, III, *d*, do CP.

Ademais, o Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

A propósito, confira-se:

"[...] LATROCÍNIO. TENTATIVA. REDUÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). DECISÃO MOTIVADA. PLEITO PARA AUMENTAR FRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA RESTRITA DO MANDAMUS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Verificado que o *quantum* fixado, em razão da prática do delito de latrocínio na modalidade tentada, foi fundamentado no *iter criminis* percorrido pelo agente, inviável a alteração da fração de redução, porquanto demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via sumária eleita.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 307.925/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.

4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao *quantum* de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.

6. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 342.659/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016)

In casu, verifica-se que a pena restou reduzida em 1/3 por terem instâncias ordinárias, de forma motivada, reconhecido que o acusado realizou o bastante para atingir o resultado criminoso, tendo desferido golpes de faca em áreas vitais do corpo da vítima, que permaneceu afastada de suas atividades habituais por mais de 30 (trintas) dias.

Decerto, para infirmar tal conclusão seria necessário revolvimento fático-comprobatório, o que não se admite na via do *writ*.

Por derradeiro, ainda que a natureza hedionda do crime de homicídio não justifique, *de per se*, a imposição de regime prisional mais gravoso, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

[...]

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se)

"*HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. WRIT DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3º e 44, III, ambos do CP.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se)

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da atenuante da confissão espontânea, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0268016-6

HC 374.495 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000362220148260626 08374919520138260052 20160000340036 362220148260626
8374919520138260052

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RICARDO FAGUNDES GOUVÊA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ABDIAS ADELINO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Simples

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.