



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.109 - SP (2016/0325213-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA - SP329885
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E C DE J

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E V, C.C. ART. 14, II, E ART. 213, *CAPUT*, C.C. ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENAS-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SEGUNDA FASE. CRIME DE ROUBO TENTADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas 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.
2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula 545 desta Corte.
3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.
4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.
5. **Ordem concedida em parte**, a fim de reduzir a pena definitiva do paciente para 14 (quatorze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 18 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.109 - SP (2016/0325213-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA - SP329885
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E C DE J

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de E. C. de J., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0021170-53.2015.8.26.0050).

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, I, V, c.c o art. 14, II, e no art. 213, *caput*, do Código Penal, à pena total de 15 (quinze) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado.

A defesa, insatisfeita, interpôs recurso de apelação, ao qual o tribunal de origem deu parcial provimento para reduzir a pena imposta ao paciente para 15 (quinze) anos de reclusão.

Sustenta a impetrante, inicialmente, o cabimento deste *writ*, argumentando, em síntese, que, "embora existam outros meios recursais disponíveis, dúvidas não há de que em casos de patente ilegalidade que atinja direta ou indiretamente o direito de ir e vir, como no presente caso, tem cabimento a ação constitucional em voga, que é o mecanismo mais célere e, assim, mais efetivo de proteção à liberdade".

Alega que a pena-base foi aumentada em 1/3 (um terço) sem a devida fundamentação, salientando que "a gravidade inerente aos delitos de roubo e estupro não constitui motivo idôneo para a exasperação da pena". Assevera que a exasperação em razão dos maus antecedentes na primeira fase e na segunda fase da dosimetria da pena configura *bis in idem*. Defende que o aumento na primeira fase seja afastado ou seja reduzido para 1/6 (um sexto).

Argumenta, ainda, que deve ser realizada a compensação da atenuante da confissão, ainda, que parcial, com a agravante da reincidência. Cita precedentes desta Corte para reforçar sua tese.

Por fim, alega que, de acordo com o entendimento deste Superior Tribunal, "para a pena ser aumentada acima do mínimo legal de 1/3 deve haver demonstração da necessidade, sendo impossível levar em conta, apenas, o número de qualificadoras", como no caso em apreço. Invoca o enunciado sumular n.º 443/STJ e requer seja afastado o acréscimo além do mínimo legal.

Requer a concessão da ordem para reduzir a pena nos termos da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações foram juntadas às fls. 55-76 e 79-118.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 121-130, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Hilda Marsiaj Pinto, opinando pelo não conhecimento, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, para que seja aplicada a atenuante da confissão espontânea apenas em relação ao crime de roubo.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.109 - SP (2016/0325213-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E V, C.C. ART. 14, II, E ART. 213, *CAPUT*, C.C. ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENAS-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SEGUNDA FASE. CRIME DE ROUBO TENTADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação das penas 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.
2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula 545 desta Corte.
3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.
4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.
5. **Ordem concedida em parte**, a fim de reduzir a pena definitiva do paciente para 14 (quatorze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca-se com a presente impetração a redução das penas-base, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e sua compensação com a agravante da reincidência, bem como a redução da pena no que diz respeito às majorantes.

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. Assim, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária.

Pelo exposto, penso não haver constrangimento ilegal, no tocante à primeira fase das dosimetrias, eis que foram apontados elementos concretos para a fixação das reprimendas nos patamares estabelecidos.

Eis o teor da sentença condenatória:

Conforme certidões acostadas ao terceiro apenso, o réu tem contra si três condenações penais definitivas, uma por roubo, uma por porte ilegal de arma de fogo e outra por receptação em concurso material com adulteração de sinal identificador de veículo automotor, cujo trânsito em julgado da mais recente é datado de 28 de abril de 2014. Assim, essa última condenação, mais recente, funcionará como a circunstância agravante da reincidência, ao passo que as outras duas, mais antigas, incidirão como a circunstância judicial dos maus antecedentes.

Portanto, no que diz respeito ao delito de roubo, considerando-se seus maus antecedentes e o fato de, por três vezes, no período de aproximadamente três horas em que manteve as vítimas privadas de liberdade, tê-las feito se ajoelharem ao chão e colocado a arma de fogo na cabeça de ambas, dizendo que as mataria, o que revela personalidade reprovável, fixo a pena-base, com fundamento no art. 59, caput, do Código Penal, em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e mais 13 (treze) dias-multa.

(...)

No que tange ao delito de estupro, considerando-se seus maus antecedentes e o fato de ter praticado sexo oral com a vítima protegida II na presença de seu marido, bem como por ter ainda tentado praticar com ela conjunção carnal, também na frente de seu marido, o que, da mesma forma, revela personalidade reprovável e conseqüências mais graves do crime, fixo a pena-base, com fundamento no art. 59, *caput*, do Código Penal, em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão (fls. 29-30).

Colhe-se do aresto impugnado:

As penas básicas para ambos os crimes foram corretamente fixadas acima dos patamares mínimos, observados os critérios norteadores do art. 59, do Código Penal, levando-se em conta os maus antecedentes comprovados pelas certidões constantes no apenso respectivo, além das circunstâncias em que se deram os crimes, a revelar extrema a violência do apelante. (fls. 42-43).

Com efeito, verifica-se a plausibilidade dos argumentos alinhavados para exasperar as penas-base, eis que a reprovabilidade das condutas do paciente transcende de forma expressiva o normal para espécie. De fato, o *modus operandi* - mandar as vítimas ajoelharem no chão por mais de uma vez, chegando a fazer roleta russa com a arma em punho, bem como praticar os crimes sexuais na frente do esposo da vítima - revela uma agressividade deveras repudiável, que, indubitavelmente, respalda o incremento sancionatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa senda, importante consignar a narrativa dos fatos:

A vítima E. de O. dos S. narrou que estava com seu marido no interior do veículo do casal quando foram abordados pelo réu, que lhes exibiu uma arma de fogo. Na sequência, ele entrou no banco de trás e ordenou que ali ela também sentasse, colocando o seu marido ao volante e sob a mira de arma de fogo. Esclareceu que fizeram três paradas, nas quais ele mandou que se ajoelhasse, juntamente com o seu marido, e dizia que iria mata-los, chegando, inclusive, a fazer "roleta russa", apontando a arma para a cabeça do segundo. Na última parada, colocou o seu marido dentro do porta malas, ordenou que essa ofendida tirasse suas vestes e obrigou que nele fizesse sexo oral. Na sequência, colocou a arma de lado e tentou a penetração, momento em que o seu marido conseguiu se soltar e ambos entraram em luta corporal, durante a qual o veículo, que estava com o freio de mão solto, começou a andar. Diante dos pedidos de socorro, transeuntes se aproximaram para ajudar e logo em seguida chegaram os policiais militares. Indagada, reconheceu pessoalmente o réu, com absoluta certeza, como sendo a pessoa que praticou o roubo e os atos sexuais contra sua pessoa. No tocante à arma, acredita que, durante a luta corporal travada entre o seu marido e o imputado, terceira pessoa, entre aquelas que se aproximaram, dela se apossou (fl. 156- mídia).

A vítima A. S. N. corroborou integralmente a versão de E., acrescentando que o apelante tentou escapar, porém entraram em luta corporal e recebeu a ajuda de terceiros para detê-lo até a chegada dos policiais. Disse ainda que o imputado não aparentava estar embriagado ou sob o efeito de drogas, e que durante o tempo em que estavam subjugados, entregou a ele diversos bens de sua propriedade, entre os quais o aparelho de som do veículo, objetos esses que ele colocou dentro de uma sacola. Por fim, também reconheceu pessoalmente E. como sendo o autor do roubo e dos atos libidinosos praticados contra a sua esposa, vez que os presenciou (fl. 156- mídia). (fls. 40-41).

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

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESABONADA PELO TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - O efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial. Neste aspecto, é possível nova ponderação das circunstâncias que conduza à reavaliação destas, mesmo se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que a situação final do réu não seja agravada.

Habeas corpus não conhecido. (HC 368.323/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 29/11/2016)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento.

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

3. "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 que impõe ao magistrado apontar os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime" (AgRg no HC 188.873/AC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013).

4. *Habeas Corpus* não conhecido. (HC 361.006/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 30/09/2016)

Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de *habeas corpus*, depende, necessariamente, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça. (HC 119.544/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010)

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

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

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

Noutro giro, merece guarida o pleito da defesa de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, no tocante ao crime de roubo circunstanciado tentado, visto que o paciente confessou a prática do referido crime, embora não o tenha feito com relação ao crime de estupro.

Nesse passo, destaca-se o teor da sentença condenatória:

Ouvido em juízo, o acusado confessou parcialmente a imputação que lhe é feita, aduzindo que, mediante mera simulação de emprego de arma com o uso de seu aparelho celular, ingressou no automóvel ocupado por um casal, onde permaneceu com eles por cerca de duas horas com o objetivo de sacar o dinheiro de caixas eletrônicos, mas todos estavam fechados. Negou ter molestado sexualmente aquela mulher e não soube dizer porque estaria sendo injustamente acusado pelos ofendidos. Ao final de sua ação, foi agredido pela vítima do sexo masculino, em razão do que ficou internado três dias em um hospital.

(...)

Com efeito, conforme teor do interrogatório judicial do denunciado, corroborado pelo relato das duas vítimas e duas testemunhas de acusação, verifica-se ser incontroverso nos autos que Everaldo Conceição de Jesus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivamente ingressou no automóvel das vítimas mediante grave ameaça, mantendo-as privadas de liberdade por pelo menos duas horas e delas tentando subtrair bens materiais. (fls. 25-26).

Dessarte, se a confissão do réu for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante.

Mire-se no Enunciado Sumular nº 545 desta Corte:

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.

Ademais, no que se refere ao roubo circunstanciado tentado, nota-se que também prospera o pleito da defesa relativo à compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Isso porque é possível verificar patente constrangimento ilegal, diante do pacífico entendimento deste Sodalício no sentido de que é cabível a compensação das referidas agravante e atenuante na segunda fase da dosimetria.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, da relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

No mesmo sentido, confirmam-se ainda precedentes da Quinta e Sexta Turmas deste Sodalício:

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, judicial ou extrajudicial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação, como ocorre na espécie. Súmula 545/STJ.

IV - 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 espontânea com a agravante da reincidência".

V - "Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações" (AgRg no AREsp n. 398.516/RN, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 1º/8/2016).

VI - In casu, o regime inicial fechado foi estabelecido somente com base na reincidência do paciente. Contudo, tendo a pena-base sido fixado no mínimo legal, por serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostra-se mais adequada a adoção do regime intermediário (semiaberto), pois fixada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão. Inteligência da Súmula 269/STJ.

VII - O paciente não faz jus à substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, uma vez que a reincidência em crime doloso (condenação anterior por roubo) impede a concessão da benesse, nos termos do art. 44, II, do Código Penal. Precedente.

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, para reduzir a sanção imposta para 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, fixando-se o regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda.

(HC 365.794/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016)

PENA E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão - que diz respeito à personalidade do agente - e a reincidência - expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante - deve ser o mesmo, daí a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de compensação (EREsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 23/5/2012).

2. Agravo regimental improvido.

(AgInt no HC 363.177/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016)

Na hipótese, o magistrado esclareceu que a condenação pela prática do receptação com adulteração de sinal identificador de veículo automotor foi considerada para justificar a presença da agravante, o que revela ser a reincidência simples, não sendo o paciente reincidente específico e tampouco multirreincidente, fato que possibilita, nos termos esposados, a compensação integral entre as circunstâncias atenuante e agravante.

Registra-se o trecho da sentença condenatória:

Conforme certidões acostadas ao terceiro apenso, o réu tem contra si três condenações penais definitivas, uma por roubo, uma por porte ilegal de arma de fogo e outra por receptação em concurso material com adulteração de sinal identificador de veículo automotor, cujo trânsito em julgado da mais recente é datado de 28 de abril de 2014. Assim, essa última condenação, mais recente, funcionará como a circunstância agravante da reincidência, ao passo que as outras duas, mais antigas, incidirão como a circunstância judicial dos maus antecedentes. (fl. 28).

De mais a mais, não há falar em *bis in idem* quanto as duas primeiras fases da dosimetria, eis que viável a exasperação da pena pela valoração negativa dos antecedentes e incidência da agravante da reincidência, tendo em vista que o paciente possui três condenações distintas.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS PARA A NÃO REALIZAÇÃO DA PERÍCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E MAUS ANTECEDENTES. DECOTE DA CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. Vale ressaltar que não há se falar em *bis in idem*, porquanto as condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos.

7. Não há se falar em regime semiaberto, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 não lhe são favoráveis. Inaplicabilidade do enunciado n. 269/STJ.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para afastar a qualificadora e redimensionar a pena do paciente.

(HC 361.494/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E AMEAÇA. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NO TOCANTE À PERSONALIDADE DO AGENTE. BIS IN IDEM. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA.

(...)

3. Na espécie, correto o aumento da pena-base diante dos maus antecedentes do sentenciado, pois presente uma condenação definitiva em face do paciente, anterior à data do fato em análise, diferente da condenação utilizada na segunda etapa do cálculo da sanção para a configuração da reincidência.

4. Entretanto, evidente o constrangimento ilegal perpetrado no tocante à circunstância judicial relativa à personalidade do agente, porquanto o magistrado sentenciante relevou a mesma anotação penal com trânsito em julgado para majorar a reprimenda básica à conta de maus antecedentes, incorrendo em proscrição dupla valoração. Precedentes.

5. Por derradeiro, igualmente insuficiente a motivar a exasperação da pena-base a menção à "gravidade da infração cometida pelo réu, pois inculca entorpecentes do meio social, trazendo com isso outras consequências como furtos, roubos e demais crimes, pois os viciados praticam esses delitos para a manutenção do seu vício", porquanto tais elementos são genéricos e se confundem com os efeitos negativos naturais e inerentes ao tipo penal em análise. Precedentes.

6. Permanecem os regimes estipulados na origem, tendo em vista à reincidência do paciente, somada à presença de circunstância judicial negativa - maus antecedentes.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, redimensionando as penas impostas ao paciente, estabelecê-las em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, para o crime de tráfico de entorpecentes; 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção para o delito de ameaça, mantido, no mais, o acórdão estadual.

(HC 358.557/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017)

No tocante à dosimetria relativa à terceira fase (crime de roubo circunstanciado tentado), o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes, **como procedido *in casu***.

Eis o teor da sentença condenatória, no que interessa:

Na terceira fase, em razão da existência de duas causas de aumento de pena, previstas no art. 157, § 2º, incisos I e V, do Código Penal, consistentes no emprego de arma e privação de liberdade das vítimas, e não apenas uma, aumento a pena em 2/5 (dois quintos), elevando-a a 08 (oito) anos, 08 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, e mais 21 (vinte e um) dias-multa (fl. 29).

Colhe-se do aresto impugnado:

E no que tange ao pleito de redução para a fração de 1/3, em função das referidas causas de aumento, procede em parte o seu inconformismo, vez que foram duas as qualificadoras, e a fl. 164, o Julgador monocrático não proferiu nenhuma justificativa concreta para a manutenção da fração de 2/5.

Assim, o aumento de 3/8 se mostra o mais adequado, diante da natureza do ilícito e de número de qualificadoras, ficando as penas estabelecidas em oito anos, seis meses e vinte dias de reclusão e vinte dias-multa. (fl. 44).

Confiram-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 1/2. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 1/2, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal - CP), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal e ausentes circunstâncias que fundamentem a imposição do regime fechado, cabível a fixação do regime semiaberto, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir a fração de aumento da pena na terceira fase da dosimetria e fixar o regime semiaberto.

(HC 369.072/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELO NÃO ENFRENTAMENTO DE TESE DEFENSIVA. INOCORRÊNCIA. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE.

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

2. Nos moldes do entendimento deste Sodalício, o magistrado, ao apreciar a contenda, deve apresentar as razões que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, apontando fatos, provas, jurisprudência, aspectos inerentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso, porém não é obrigado a se pronunciar, ponto a ponto, sobre todas as teses elencadas pelas partes, desde que haja encontrado razões suficientes para decidir. Precedentes.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. Não é possível a imposição de regime mais severo que o fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, estabelecendo o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 370.708/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016)

Tal entendimento cristalizou-se na Súmula n.º 443 - STJ, *in verbis*:

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 sequência, dada a ilegalidade do acréscimo de 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, no que diz respeito ao roubo circunstanciado tentado, tal aumento deve se dar no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Assim, quanto ao **crime de roubo tentado**, mantenho a pena-base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, bem como reconheço a incidência da confissão e a compenso com a agravante da reincidência. Na terceira fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, a redução em 1/3 (um terço) da pena pela tentativa também se compensa com o aumento da reprimenda na mesma fração, diante das majorantes, totalizando a pena definitiva no referido *quantum*.

Por outro lado, mantém-se incólume a pena relativa ao **crime de estupro** - 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão -, tendo em vista a ratificação da dosimetria quanto à três etapas, conforme já delineado neste *decisum*.

Assim, em razão do concurso material de crimes, resultam as penas em 14 (quatorze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

Por fim, permanece adequado o regime inicial fechado, diante do *quantum* das penas, da presença de circunstância desfavorável e da reincidência.

Ante o exposto, **concedo a ordem em parte**, a fim de reduzir a pena definitiva do paciente para 14 (quatorze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0325213-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 382.109 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00211705320158260050 211705320158260050

EM MESA

JULGADO: 18/04/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. RONALDO FRANCHE AMORIM (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA - SP329885
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: E C DE J

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.