



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.058 - SP (2015/0322724-3)

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FABIANO BRANDAO MAJORANA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RODRIGO DOS SANTOS COSTA

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. RECONHECIMENTO DO ACUSADO. RECOMENDAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERADA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. "A jurisprudência desta Corte Superior entende que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, mas apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova". (HC 278.542/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 18/08/2015)

3. *In casu*, além do reconhecimento por meio fotográfico em delegacia e pessoal em juízo, sob o crivo do contraditório, as instâncias de origem fundamentaram a autoria do delito com base na prova testemunhal colhida em audiência de instrução, não havendo se falar em eiva que macule a higidez da condenação. Qualquer outra incursão envolveria o revolvimento do contexto fático-probatório, incabível no veio restrito e mandamental do *habeas corpus*.

4. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente ou a desclassificação do crime para a forma tentada.

5. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa da personalidade do paciente. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça. De rigor, a fixação da pena-base no mínimo legal.

6. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

7. 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.

8. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o cumprimento de pena, quando a reprimenda resultar em patamar superior a quatro anos de reclusão, sendo o condenado reincidente.

9. É inviável a apreciação do pleito relativo à aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, eis que a defesa não cuidou de apresentar documento probatório quanto ao cumprimento pelo paciente de prisão preventiva, situação que conduz a pretensão ao Juízo da execução, como mencionado pelas instâncias de origem.

10. *Writ* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) 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, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, 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.

Brasília, 21 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 346.058 - SP (2015/0322724-3)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FABIANO BRANDAO MAJORANA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : RODRIGO DOS SANTOS COSTA

### RELATÓRIO

#### **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de RODRIGO DOS SANTOS COSTA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0011270-23.2014.8.26.0554).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, nos termos da ementa transcrita:

ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO - AUTORIA DELITIVA PROVADA - Suficientes os elementos probatórios a demonstrar a autoria de agente que subtraiu, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, concurso de agentes e restrição de liberdade das vítimas, coisas alheias móveis, de rigor o decreto condenatório pelo roubo qualificado. (fl. 17).

Dá o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que "ausência de cautela e inobservância dos requisitos legais no procedimento investigativo concernente ao reconhecimento pessoal dos réus, como ombreamento deles com pessoas similares e prévia descrição deles antes da indicação dos suspeitos, provoca a imprestabilidade do ato por nulidade absoluta" (fl. 3).

Assere que "durante a instrução judicial realizada em contraditório, novamente, desprestigiando o procedimento legal estipulado no artigo 226 do Código de Processo Penal, o douto Juízo "a quo" ofereceu o apelante ao reconhecimento isolado em sala, vestido com roupas de penitenciária e algemado, pronto para ser considerado culpado pelas vítimas, altamente sugestionadas" (fl. 3).

Sublinha que "as provas derivadas e as colhidas na audiência instrutória referida sem a observância do procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, são ilícitas" (fl. 3).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assinala que "advindo a declaração de nulidade dos reconhecimentos policial e judicial, impugnados pela defesa mais uma vez (fls. 237), resta incontornável a conclusão absolutória, pois não há lastro do decreto condenatório, em especial quanto à autoria do apelante" (fl. 4).

Sustenta que o crime teria ocorrido na sua forma tentada, uma vez que o delito não teria se aperfeiçoado (fls. 4-5).

Ressalta que inexistia a certidão de fl. 116, a qual o magistrado faz menção para exasperar a pena-base do paciente pela valoração negativa da personalidade. Acrescenta que "ao contrário, as certidões de fls. 106, 126 e 127 demonstram que o apelante detinha uma única e exclusiva condenação na data dos fatos imputados contra ele" (fl. 7).

Pontua que "a confissão foi considerada na fundamentação do decreto condenatório, portanto, deveria aproveitar ao apelante para compensar o expressivo agravamento da pena provocado pela reincidência" (fl. 8).

Argumenta que "diante da inexpressividade dos fatos ensejadores das majorantes, merece revisão para estabelecer o mínimo aumento previsto no § 2º do artigo 157 do Código penal" (fl. 10).

Ressalta que o paciente faz jus ao regime inicial semiaberto.

Reclama a revisão do regime inicial de cumprimento da pena, considerando-se inclusive o período de prisão processual suportado (art. 387, § 2º, do Código Penal) (fl. 12).

Requer, liminarmente e no mérito, "declarando-se a absolvição dele ou, subsidiariamente, anulando-se o processo, ou minorando-se as reprimendas penais estipuladas excessivamente".

O pedido liminar foi indeferido, às fls. 40, pelo Ministro Presidente Francisco Falcão.

As informações foram juntadas às fls. 44-63.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 67-80, da lavra do Subprocurador-Geral da República Nívio de Freitas Silva Filho, opinando pela concessão da ordem de ofício apenas para "determinar que, mantida a condenação e o limite da reprimenda, o juízo proceda a nova dosimetria com a devida compensação entre a confissão e a reincidência, determinando-se, ainda, que a Corte de origem reavalie, após a detração do período transcorrido em prisão processual, o regime inicial de cumprimento de pena, com aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal" (fl. 80).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 346.058 - SP (2015/0322724-3)

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. RECONHECIMENTO DO ACUSADO. RECOMENDAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERADA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. "A jurisprudência desta Corte Superior entende que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, mas apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova". (HC 278.542/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 18/08/2015)

3. *In casu*, além do reconhecimento por meio fotográfico em delegacia e pessoal em juízo, sob o crivo do contraditório, as instâncias de origem fundamentaram a autoria do delito com base na prova testemunhal colhida em audiência de instrução, não havendo se falar em eiva que macule a higidez da condenação. Qualquer outra incursão envolveria o revolvimento do contexto fático-probatório, incabível no veio restrito e mandamental do *habeas corpus*.

4. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente ou a desclassificação do crime para a forma tentada.

5. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa da personalidade do paciente. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça. De rigor, a fixação da pena-base no mínimo legal.

6. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

7. 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.

8. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o cumprimento de pena, quando a reprimenda resultar em patamar superior a quatro anos de reclusão, sendo o condenado reincidente.

9. É inviável a apreciação do pleito relativo à aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, eis que a defesa não cuidou de apresentar documento probatório quanto ao cumprimento pelo paciente de prisão preventiva, situação que conduz a pretensão ao Juízo da execução, como mencionado pelas instâncias de origem.

10. *Writ* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

### VOTO

#### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão da ordem de ofício.

A primeira das controvérsias jurídicas cinge-se a saber se a não observância estrita das formalidades atinentes ao procedimento de reconhecimento extrajudicial do acusado implica em vício que possa macular a condenação.

Eis o teor do édito condenatório de primeiro grau, no que pertinente:

Não sendo caso de absolvição sumária, houve designação de audiência de instrução, debates e julgamento (fls. 169/170), oportunidade em que foram ouvidas duas vítimas e duas testemunhas arroladas em comum pelas partes. O réu foi interrogado. Não havendo requerimento de diligências outras, a instrução processual foi encerrada.

(...)

De início, cabe salientar que nulidade processual em decorrência de cerceamento de defesa não ocorreu, já que o acusado teve plena condição de se defender nos autos, inclusive de produzir todas as provas necessárias para o sentenciamento do processo. Daí, descabida tal alegação. Acrescenta-se que o reconhecimento havido em juízo se deu sob o crivo do contraditório e na presença do ilustre Defensor Público, de maneira que em harmonia com os procedimentos legais e constitucionais. As preliminares suscitadas, pois, ficam repelidas.

(...)

Como se vê, além de as vítimas terem tecido detalhes sobre a





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

empreitada criminosa e terem reconhecido o réu em todas as oportunidades que tiveram, tais fatos foram corroborados pela confissão do acusado no que toca à autoria do roubo. (fls.31 e 33).

Colhe-se do aresto impugnado:

No que concerne ao reconhecimento do réu por meio de fotografia, inquestionável a validade como meio de prova no processo penal condenatório. Assim tem entendido, reiteradamente, a Corte Suprema:

(...)

Além disso, Rodrigo foi submetido a reconhecimento pessoal durante a audiência de instrução e as vítimas foram firmes e seguras em reconhecê-lo com absoluta certeza como o autor do roubo.

Registre-se que a regra prevista no artigo 226 do Código de Processo Penal não é absoluta, tanto que consta do mencionado dispositivo que a pessoa que se pretende reconhecer será colocada, "se possível", ao lado de outras que com ela tiverem semelhança.

O termo "se possível" refere-se à exigência de serem colocadas pessoas que guardem certa semelhança com a que deve ser reconhecida, não sendo tal previsão essencial para o reconhecimento do agente criminoso, mas apenas uma recomendação.

Ademais, como bem salientou o Douto Promotor de Justiça oficiante nos autos "no processo existem outros elementos probatórios para a condenação do apelante, notadamente o depoimento dos policiais e o reconhecimento dos objetos subtraídos pelas vítimas, os quais estavam na posse do apelante no momento da prisão. Ademais, o apelante confessou a prática delitiva." (fls. 18-19).

Quanto à apontada nulidade, é de ver que, no caso em apreço, os requisitos mínimos exigidos em lei para o reconhecimento teriam sido observados, mas, **mesmo que assim não fosse**, eventual irregularidade não teria o condão de implicar em nulidade de toda a ação penal. E desse modo, constata-se que o raciocínio jurídico desenvolvido pela Corte *a quo* está em fina sintonia com o entendimento deste Sodalício Superior quanto à matéria. Isso porque, "a jurisprudência desta Corte Superior entende que a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, mas apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova" (HC 278.542/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 18/08/2015), assim como na hipótese presente. No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. AUSÊNCIA DE NULIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- **As disposições inculpidas no art. 226 do Código de Processo Penal - CP, configuram uma recomendação legal, e não uma**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**exigência, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso. Precedentes.**

Agravo regimental desprovido".

(AgRg no AREsp 635.998/DF, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 16/03/2015)

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

**1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato. Precedentes.**

2. Na hipótese em tela, o auto de reconhecimento da paciente não contém qualquer eiva capaz de impedir a sua utilização como prova nos autos.

(...)

3. *Habeas corpus* não conhecido".

(HC 252.156/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 03/02/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ACÓRDÃO FUNDADO EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA.

**I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é harmônica no sentido de que a eventual inobservância do art. 226, do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, sendo necessária a efetiva demonstração de prejuízo.**

II. Agravo Regimental improvido".

(AgRg no AREsp 304.970/RS, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, DJe 12/05/2014)

Com efeito, denota-se que, para o reconhecimento da autoria, pautaram-se as instâncias de origem em outros meios de prova que não o reconhecimento extrajudicial do acusado. De fato, a condenação encontra-se amplamente fundamentada na prova testemunhal colhida em audiência de instrução e que lhe dá suporte, não havendo se falar em eiva capaz de macular a higidez processual.

Os argumentos alinhavados na impetração - absolvição ou desclassificação do crime para forma tentada - não prescindem do revolvimento material fático-probatório, o que se afigura inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Assim, tal questão não é passível de solução por meio do *writ*, por demandar uma análise mais acurada dos fatos, depoimentos e todas as demais circunstâncias e provas





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em que se arrimaram as instâncias ordinárias.

A propósito, os seguintes julgados deste Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS INDEFERIDO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PEDIDO ALTERNATIVO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA E PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio ou de revisão criminal, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O indeferimento fundamentado de pedido de produção de prova não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente a realização das diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias (art. 400, § 1º, do CPP).

**3. No que se refere aos pedidos de absolvição ou desclassificação do delito para tipo penal diverso, melhor sorte não assiste ao impetrante, pois tais requerimentos exigem o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do remédio constitucional. Precedentes.**

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 198.386/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 02/02/2015)

*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Não se anula julgamento proferido pelo Tribunal do Júri por eventual fragilidade das provas, mas tão-somente quando os jurados decidem sem nenhum lastro nas provas dos autos, o que não se verifica na espécie.

2. As provas coligidas foram apresentadas em plenário, para formar a convicção dos jurados, que optaram, por sua livre e natural convicção, pela versão acusatória, que lhes pareceu mais verossímil, rejeitando a tese defensiva de legítima defesa própria.

**3. Para se acolher o pleito absolutório, calcado na fragilidade das provas, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência que, como cediço, é vedada na via estreita do *habeas corpus*.**

4. A pena infligida ao paciente pela prática do delito de homicídio qualificado encontra-se devidamente fundamentada, motivo pelo qual a sentença não merece nenhum reparo. A pena-base foi fixada no mínimo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, mantida inalterada na segunda fase, não obstante o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pela impossibilidade de reduzi-la aquém do mínimo previsto em lei, a teor da Súmula n. 231 do STJ, tornando-se definitiva nesse patamar, na terceira etapa, à mingua de causas de aumento e diminuição de pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 259.353/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 01/12/2014)

*HABEAS CORPUS*. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E PARTICULAR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DESCRITA NO ARTIGO 345 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Na hipótese, o Juízo Singular, ao proferir a sentença, procedeu o cotejo das provas produzidas durante a instrução criminal, indicando precisamente os elementos em que se fundava para chegar à conclusão da condenação pelos delitos de falsificação de documento público e particular, em razão da presença do elemento subjetivo do tipo, razão pela qual não há ilegalidade a ser sanada através da via eleita.

2. **Seguindo o entendimento deste Sodalício, eventual conclusão em sentido diverso, desclassificando-se a conduta atribuída ao paciente para aquela descrita no artigo 345 do Código Penal, como pretendido, seria necessário o revolvimento de todo o elenco probatório amealhado nos autos principais, o que é vedado na via estreita do remédio constitucional.**

3. Ordem denegada.

(HC 166.033/ES, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 19/12/2011)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, §2º, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) CONDENAÇÃO LASTREADA EM EXTENSO E ROBUSTO LASTRO PROBATÓRIO. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. OBSERVÂNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA (3) ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME COMETIDO PARA A FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (4) DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (5) REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 8 ANOS E SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTOS CONCRETOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ADEQUAÇÃO. (6) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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

2. A condenação está lastreada em amplo e robusto acervo probatório, tendo sido conferido à Defesa o direito ao contraditório e à ampla defesa, não subsistindo qualquer respaldo à alegação de consideração desfavorável do silêncio do réu na fase inquisitorial.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**3. A desclassificação do crime de roubo consumado para a forma tentada demanda necessário revolvimento de provas, fato que não se coaduna com a via estreita do mandamus. (Precedentes)**

4. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, não há falar em redução ao mínimo legal da pena-base, tendo em vista que as instâncias de origem arrolaram elementos concretos quanto às circunstâncias judiciais do delito, sobretudo em relação à violência externada pelos réus, aumentando a pena-base em 1/6.

5. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, além de subsistir circunstância judicial desfavorável. Na espécie, o Tribunal salientou particularidade fática (abordagem da vítima extremamente violenta, com chutes e demonstração de audácia e ousadia fora do comum), que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 321.529/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015)

Ademais, 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 correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária.

Na espécie, a **pena-base** foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa da personalidade do paciente.

Colhe-se da sentença condenatória:

(...) o réu já que ostenta ele personalidade voltada para a prática de crimes, em especial contra o patrimônio, conforme se extrai da certidão de antecedentes criminais de fls. 116, fixo-lhe a pena base acima do mínimo legal, isto é, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa (fl. 34).

Registra-se o aresto impugnado:

A pena-base foi acertadamente fixada em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, 4 anos e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 11 dias-multa, no menor patamar, tendo em vista que o réu ostenta personalidade afeita à prática de ilícito, tanto que possui condenação anterior pendente de trânsito em julgado pela prática de furto qualificado (fl. 126 e fl. 7 da F.A. acostada à contracapa do segundo volume), sendo incabível redução, mesmo porque pena-base não é sinônimo de pena mínima. (fl. 23).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça.

Eis o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. DOSIMETRIA DA PENA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA APENAS QUANTO À NEGATIVAÇÃO DA CONDUTA SOCIAL. VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO N. 444, DA SÚMULA DO STJ. NÃO REDIMENSIONAMENTO. PROPORCIONALIDADE DO AUMENTO. GRAVIDADE DA CONDUTA PERPETRADA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - No que tange à culpabilidade, tenho que as instâncias ordinárias esposaram fundamentos concretos, aptos a justificar o aumento da pena-base, mormente quando destacam que o desvio se deu sobre verba pública federal destinada ao custeio de merenda escolar de alunos da educação básica do Município de Aparecida/PB, o que, de fato, aumenta a reprovabilidade da conduta em apreço. (Precedente).

II - No que se refere aos maus antecedentes, está evidente que o magistrado utilizou-se de quatro ações com trânsito em julgado, sendo que as três primeiras serviram para valorar negativamente a circunstância judicial em referência, e a última delas, na qual já teve início a fase de execução penal, para a caracterização da reincidência. (Precedentes).

III - **Quanto à conduta social, verifico que a fundamentação expendida pelas instâncias ordinárias destoa do que preconizado pela jurisprudência desta Corte, especialmente por se utilizar de ações penais em curso para majoração da pena-base, o que viola o Enunciado n. 444, da Súmula do STJ, verbis: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".**

IV - Contudo, à luz da fundamentação das instâncias ordinárias para a culpabilidade e para os maus antecedentes, o aumento promovido revela-se proporcional à gravidade da conduta perpetrada, de modo que entendo deva ser ele mantido no patamar em que se encontra.

V - Não há se falar em *reformatio in pejus* para o caso, uma vez que a situação original do agravante será mantida, interpretação que equivale àquela já externada por essa Corte Superior de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal quando da apreciação dos limites do efeito devolutivo do recurso de apelação. (Precedentes).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 334.130/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015)

*HABEAS CORPUS*. COLABORAÇÃO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES AGRAVADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. AUSÊNCIA DA DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. REGIME INICIAL. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Anotações constantes da folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa da personalidade ou da conduta social, por força da Súmula n. 444 do STJ: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

2. O réu primário, condenado a pena igual ou inferior a 4 anos, e cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, deve começar o cumprimento de pena em regime aberto, à mingua de outras circunstâncias concretas aptas a indicar a maior reprovabilidade da conduta.

3. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir a pena-base aplicada ao paciente para o mínimo legal e, conseqüentemente, tornar a sua reprimenda definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 350 dias-multa.

(HC 306.738/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

De mais a mais, pela leitura dos autos, constata-se que o paciente confessou parcialmente o cometimento do crime. Nesse sentido, o teor da sentença condenatória:

Na segunda fase, por força da circunstância agravante da reincidência, consoante se extrai da certidão de antecedentes criminais de fls. 106, não sopesada na primeira fase da dosimetria, elevo a reprimenda em 1/6 (um sexto) e fixo ao réu cinco anos, cinco meses e dez dias de reclusão e pagamento de doze dias-multa. Deixo de levar em conta a confissão do acusado porque não se deu de forma integral, haja vista que o réu afirmou que o crime foi praticado com um simulacro quando na verdade houve emprego de arma, conforme se extrai do auto de exibição e apreensão de fls. 27/28. (fl. 34).

Confira-se trecho do aresto atacado:

Na segunda fase, em razão da agravante da reincidência (fl. 106 e fl. 7 da F.A. acostada à contracapa dos autos), a pena foi majorada na fração de 1/6, que nada tem de inconstitucional nem representa *bis in idem* consoante jurisprudência e doutrina amplamente dominante, totalizando 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, além do pagamento de 12 dias-multa.

Frise-se que, a reincidência não se confunde com os maus antecedentes e circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, cada uma devendo ser valorada em seu momento próprio, conforme expressa determinação legal, inexistindo *bis in idem* em sua aplicação.

Não era mesmo caso de ponderar a atenuante da confissão espontânea, visto que esta não restou caracterizada, uma vez que o réu admitiu apenas parte dos fatos, aduzindo que praticou o roubo com simulacro de arma, quando na verdade houve o emprego de arma de fogo, conforme se extrai das provas colhidas nos autos (fls. 23-24).

Com efeito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Confirmam-se:

(...)

APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

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 importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

(...)

(HC 171.784/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 18/02/2013)

*HABEAS CORPUS*. PENAL. ROUBO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. RÉU RECONHECIDAMENTE REINCENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, o Paciente confessou a subtração, logo, ainda que tenha negado o emprego de violência contra a vítima, impõem-se a aplicação da atenuante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

5. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, quando condenado à pena superior a quatro anos. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça.

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para fixar a pena





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão.

(HC 200.113/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES TENTADO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUA UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO, AINDA QUE PARCIAL. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ERESP 1.154.754/RS. PENA INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recursos ordinários, tampouco de recursos extraordinário e especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em Habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. O presente Habeas corpus, substitutivo de recurso especial, não merece ser conhecido.

V. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

VI. *In casu*, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

VII. Para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, basta que tenha ela servido de base para a condenação, seja a confissão



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

total ou parcial ou retratada em Juízo. Precedentes.

VIII. A Terceira Seção do STJ, no julgamento, em 23/05/2012, do EREsp 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, pacificou o entendimento de que a confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência, na segunda fase da aplicação da pena (Informativo de Jurisprudência n.º 498 do STJ).

IX. Faz jus o paciente ao regime semiaberto, na medida em que, embora seja reincidente, teve a pena-base fixada no mínimo legal, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva fixada em Súmula do STJ: "é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

X. "Imposta pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser aplicado o regime semiaberto ao acusado reincidente. Súmula n.º 269 do STJ." (STJ, HC 235.481/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 28/05/2012).

XI. *Habeas corpus* não conhecido. XII. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a atenuante da confissão espontânea, compensá-la com a agravante da reincidência - reduzindo as penas, em consequência, a 02 anos de reclusão e 05 dias-multa - e estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (Súmula 269 do STJ).

(HC 248.275/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 30/10/2012)

De rigor, pois, seja **aplicada a atenuante da confissão espontânea**, a qual, por também envolver a personalidade do agente, deve ser **compensada com a agravante da reincidência**. É este o entendimento desta Corte, como se vê:

*HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ARTS. 157, § 2º, I, II E V, E 158, § 1º, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

1. A mera alegação de que a "culpabilidade restou devidamente comprovada, tendo em vista que o acusado tinha plena consciência que a conduta a qual praticava era ilícita", não é apta a ensejar a exasperação da pena-base, por não evidenciar o maior grau de reprovabilidade da conduta.

2. Em relação aos motivos do crime, registrou-se que o paciente manifestou "vontade consciente de subtrair bens da vítima, mediante grave ameaça, em proveito próprio" e, quanto à extorsão, "vontade consciente em extorquir a vítima, com o fim de obter vantagem econômica indevida", razões inerentes aos tipos penais imputados ao paciente e que não justificam a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, porquanto já consideradas pelo legislador na cominação da pena em abstrato.

3. No julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reconhecer a ilegalidade na exasperação da pena-base e compensar a confissão espontânea com a reincidência, redimensionando a pena final do paciente para 13 anos de reclusão e 31 dias-multa.

(HC 214.096/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015)

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TESES NÃO DEBATIDAS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONFISSÃO E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. PACIENTES HIPOSSUFICIENTES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Pleitos não debatidos na instância originária impedem o exame pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância.

3. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, "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 artigo 67 do Código Penal".

4. A dosimetria da pena merece reparo diante do flagrante constrangimento ilegal sofrido pelo paciente, pois, ausente qualquer fundamentação, necessária se faz a compensação entre a confissão e a reincidência, na segunda fase.

5. O condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais para a causa especial de diminuição de pena prevista no art.

33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Verifica-se que o legislador não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena.

6. As instâncias ordinárias fixaram a pena-base no mínimo legal e reconheceram a minorante do tráfico privilegiado ao paciente, determinando a redução na fração de 1/2, em vista da quantidade de droga apreendida.

7. Estando devidamente fundamentada a aplicação de fração diversa do máximo, não há que se falar em constrangimento ilegal, visto que não cabe reexame do juízo subjetivo de convencimento realizado pelas instâncias ordinárias.

8. Tendo em vista que o descumprimento da pena de multa prevista no preceito secundário do crime de tráfico não autoriza a conversão da reprimenda em privativa de liberdade, não é possível admitir tal pleito como



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

objeto de habeas corpus.

9. Este Superior Tribunal já firmou entendimento de que a alegação de impossibilidade financeira não tem o condão de afastar a pena de multa, pois trata-se de sanção de aplicação cogente e inexistente previsão legal que possibilite a isenção do preceito secundário contido no tipo penal incriminador.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para efetuar a compensação da atenuante de confissão espontânea com a agravante da reincidência, redimensionando a reprimenda do paciente.

(HC 298.188/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 28/04/2015)

Ainda no que se refere à dosimetria, passo a analisar a terceira fase.

Esta Corte vem reiteradamente decidindo que, 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, bem como a gravidade abstrata do delito, **como procedido in casu**.

Eis a sentença condenatória, no que interessa:

Por fim, na terceira e última fase da aplicação da pena, diante da incidência de três das cinco causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, do Código Penal, isto é, emprego de arma de fogo, concurso de agentes e restrição da liberdade das vítimas, preconizadas nos incisos I, II e V do referido artigo, aumento a reprimenda de 2/5 (dois quintos) e fixo definitivamente ao réu 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 14 (catorze) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa. Tal aumento se justifica em virtude da quantidade de causas de aumento presentes no delito perpetrado pelo acusado (fls.34).

Colhe-se do aresto guerreado:

Em razão das causas de aumento (concurso de agente, emprego de arma de fogo e restrição de liberdade da vítima), que potencializaram a execução do crime e infligiram maior temor nas vítimas, a pena foi acertadamente majorada na fração de 2/5 (fl. 24).

Com efeito, notabiliza-se que as instâncias de origem exasperaram a pena na terceira fase da dosimetria em fração acima o mínimo legal, sem apontar concretamente as razões do acréscimo na fração de 3/8 (três oitavos), o que não é aceito por esta Corte.

Nesse sentido, os seguintes julgados deste Sodalício:

**HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 n. 443 do STJ. 2. O magistrado - no que foi corroborado pela Corte de origem - tão somente dividiu o tempo máximo de aumento da condenação pelas cinco circunstâncias especiais de aumento de pena, a fim de aplicar a fração correspondente ao caso concreto.

3. A simples gravidade abstrata do delito cometido não constitui, por si só, fundamentação idônea para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada.

4. Ao fazer a opção pelo regime mais gravoso, o Tribunal de origem - apesar de haver reduzido a pena-base ao mínimo legal - entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena porque o crime é de "extrema gravidade, que gera imenso desassossego na sociedade", o que "denota a atividade criminoso e demonstra a periculosidade do réu".

5. Não obstante o quantum de pena haver sido fixado em 5 anos e 4 meses de reclusão, o paciente ser primário e não haver circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi determinado o regime inicial fechado, com fundamento na gravidade abstrata do delito, o que configura coação ilegal nos termos das Súmulas n. 440 do STJ e ns. 718 e 719 do STF.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da dosimetria, com a readequação da pena final, e para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

(HC 251.442/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)

PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. MAJORANTE DESCARACTERIZADA. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA 440 DO STJ E SÚMULA 719 DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

01. As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição aos recursos previstos nos incisos II e III do art. 105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi; HC n. 239.999, Rel. Ministra Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura). No entanto, por força de norma cogente nela contida (art. 5º, inc. LXVIII) e também no Código de Processo Penal, cumpre aos tribunais "expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Por isso, deve o *habeas corpus* ser processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

02. O emprego de arma de fogo, ainda que comprovadamente desmuniada, tipifica o crime de roubo, pois, por si só, tem o condão de infligir à vítima "grave ameaça". Todavia, porque ausente a potencialidade lesiva, não há como reconhecer a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal (STJ, HC 169.083/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011; HC 161.326/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/09/2010).

03. "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" (STJ, Súmula 443).

04. De acordo com a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"; com a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

05. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas aplicada aos pacientes e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento inicial.

(HC 302.090/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

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, tal aumento deve se dar no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Assim, mantenho a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, bem como reconheço a incidência da atenuante da confissão espontânea e a compenso com a agravante da reincidência. Na terceira fase da dosimetria, elevo a pena em 1/3 (um terço) pelas majorantes, tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

Nesse passo, não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o cumprimento de pena, quando a reprimenda resultar em patamar superior a quatro anos de reclusão, sendo o condenado reincidente.

Assim, diante da pena fixada, superior a 4 (quatro) anos de reclusão, e da reincidência do paciente, não há como proceder a modificação do regime inicial de cumprimento da pena, pela letra clara do conteúdo do art. 33 do Código Penal, sendo o regime fechado o mais adequado.

Confirmam-se, a propósito, alguns julgado desta Corte:





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL. FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus utilizado em substituição ao recurso adequado.

2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes.

3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

4. Este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros precedentes, assentou o entendimento de que a imposição de regime mais severo do que aquele legalmente previsto deve estar fundamentada nas circunstâncias concretas do delito, que possam demonstrar a real periculosidade do agente, consubstanciada no *modus operandi* ou prejuízo extraordinário advindo da conduta perpetrada.

5. Na hipótese, o regime fechado estabelecido se encontra devidamente justificado na gravidade concreta do delito perpetrado, na reincidência e nos maus antecedentes do apenado.

6. Ordem não conhecida.

(HC 267.383/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013)

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO MAJORADO. ARMA E CONCURSO DE AGENTES. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. FASES DISTINTAS. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO EM 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REDUÇÃO AO PATAMAR DE 1/6. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. CONDENADO REINCIDENTE COM PENA FIXADA ACIMA DE 4 ANOS. SÚMULA 440/STJ. INAPLICABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Considerando que se trata de pacientes reincidentes em que a reprimenda foi fixada acima de 4 (quatro) anos de reclusão, inexistente constrangimento ilegal na imposição do regime fechado. Inaplicabilidade do verbete n. 440 da Súmula desta Corte Superior.

- *Habeas Corpus* não conhecido. Concedida ordem de ofício para fixar fração de aumento referente a reincidência dos pacientes em 1/6 (um sexto) e estabelecer a exasperação das causas de aumento de pena em seu



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar mínimo legal de 1/3 (um terço), redimensionando as penas dos pacientes MARCIO ALEX SOARES e EDISON FERNANDO DE ASSIS para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

(HC 173.805/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/03/2013)

*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. ROUBO. REGIME FECHADO. (...) PARA O RÉU RECONHECIDAMENTE REINCIDENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. OBRIGATORIEDADE.

(...)

4. É obrigatório o regime inicial fechado para o réu reincidente condenado a pena superior a 4 anos de reclusão.

5. Ordem parcialmente prejudicada e denegada.

(HC 58.546/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 07.12.2006, DJ 09.04.2007 p. 274)

Por fim, é inviável a apreciação do pleito relativo à aplicação do art. 387, § 2º, do Código Penal, eis que a defesa não cuidou de apresentar documento probatório quanto ao cumprimento pelo paciente de prisão preventiva, situação que conduz a pretensão ao Juízo da execução, como mencionado pelas instâncias de origem.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) 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: 2015/0322724-3

**HC 346.058 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00112702320148260554 10152014 112702320148260554 20150000761321

EM MESA

JULGADO: 21/06/2016

#### **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. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : FABIANO BRANDAO MAJORANA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS COSTA

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

#### **CERTIDÃO**

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, 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.