

***Habeas corpus* - Processual e penal - Roubo e resistência - (1) Condenação reformada em grau de apelação. - Via indevidamente utilizada em substituição a recurso especial - Ausência de ilegalidade manifesta - Não conhecimento - (2) Crime de resistência - Dosimetria - Pena-base - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Fundamentação concreta - Revolvimento probatório - Vedação - Ausência de constrangimento ilegal - (3) Crime de roubo - Reincidência e confissão espontânea - Compensação - Possibilidade - Ilegalidade manifesta a ser reconhecida - (4) *Writ* não conhecido - Ordem concedida de ofício**

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso especial

cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. O que se verifica na espécie.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem apontou motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, ao invocar a circunstância desfavorável da conduta social (o acusado praticou anteriormente outros roubos contra o mesmo estabelecimento comercial). 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. Entretanto, há manifesta ilegalidade a ser reconhecida de ofício, no que tange ao crime de roubo, pois na segunda fase de aplicação da pena, a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, *ex officio*, para reduzir a sanção imposta ao paciente para 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, além do pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

**HABEAS CORPUS Nº 176.829 - MG (2010/0113101-9)  
- Relatora: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Advogado: Carina Bicalho Piacenza - Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Lourivaldo Santos de Jesus.

#### **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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ / PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 4 de junho de 2013 (data do Julgamento). - *Ministra Maria Thereza de Assis Moura* - Relatora.

#### **Relatório**

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido

de medida liminar, impetrado em favor de Lourivaldo Santos de Jesus, contra acórdão proferido em sede de apelação criminal pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Apelação Criminal nº 1.0231.07.100162-3/001).

Ressuma dos autos que o paciente, em primeiro grau de jurisdição, foi condenado à pena de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 2 (dois) dias de reclusão, além do pagamento de 79 (setenta e nove) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 157, incisos I e II, § 2º, do Código Penal e absolvido quanto aos crimes previstos no art. 329 do Código Penal e no art. 1º da Lei nº 2.252/54.

Irresignados, defesa e acusação interpuseram recurso de apelação, o qual restou provido em parte no que tange ao pedido do Ministério Público e desprovido no que diz respeito ao pleito da defesa, em acórdão assim ementado (f. 299):

Ementa: Apelação criminal. Roubo majorado. Emprego de arma. Não apreensão do revólver utilizado no crime. Irrelevância. Resistência. Agente em fuga que efetua disparos de revólver contra os seus perseguidores. Delito configurado. Corrupção de menores. Lei nº 2.252/54. Inocorrência. Recurso ministerial provido parcialmente e desprovido o defensivo. I - O simples fato de a arma não ter sido apreendida e, por via de consequência, periciada, não impede o reconhecimento da majorante, sobretudo quando a sua utilização no roubo restou indiscutivelmente demonstrada pelo depoimento da vítima e pela prova testemunhal. II - Comete o crime de resistência o agente que, após praticar um delito de tentativa de homicídio, troca tiros com os policiais que tentavam prendê-lo em flagrante. III - Inexistindo nos autos certidão de nascimento comprobatória da idade do menor coadjuvante, não se configura o crime de corrupção de menores previsto no art 1.º da Lei nº 2.252/54. IV - Recurso ministerial provido em parte, defensivo desprovido.

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante requer, em relação ao crime de resistência, seja fixada a pena-base em seu patamar mínimo e limitado o acréscimo pela incidência da agravante da reincidência ao *quantum* de 1/6 da básica reprimenda.

Pleiteia, ainda, no que toca o crime de roubo, seja fixada a pena-base no mínimo legal e compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Sem pedido de medida liminar, foram as informações prestadas às f. 387/406.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, pela denegação da ordem (f. 409/416).

É o relatório.

## Voto

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora) - Preliminarmente, cumpre registrar a

compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

*Habeas corpus*. Julgamento por tribunal superior. Impugnação. - A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. Processo-Crime. Diligências. Inadequação. - Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC 109956, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07.08.2012, Processo Eletrônico DJe-178 Divulg 10.09.2012 Public 11.09.2012.)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

De saída, quanto ao pedido de diminuição da pena no que se refere ao crime de resistência, cumpre ressaltar que a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu - o que não é a hipótese dos autos.

Passe-se, então, a análise do caso concreto.

O Tribunal de origem condenou o paciente pela prática do crime de resistência nestes termos (f. 304/305):

[...] Portanto, restando irretorquível que o increpado, durante a fuga, com o intuito de obstaculizar a sua prisão, efetuou disparos procurando alvejar os milicianos, caracterizado o crime de resistência, conforme narra o art. 329 do Código Penal.

[...]

Passo, pois, a fixação das penas.

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, em particular a culpabilidade e a conduta social do réu, fixo-lhe a pena-base em 8 (oito) meses de detenção, reprimenda esta que agravo de 3 (três) meses pela comprovada circunstância agravante da reincidência (CAC de f. 37/38), convertendo-a definitiva em 11 (onze) meses de detenção, a ser cumprida em regime semi-aberto, ex vi do art. 33, § 3º, do Código Penal, após a execução da pena mais grave (art. 76 do Código Penal). [...]

No tocante à dosimetria da pena desse crime, entendo não haver constrangimento ilegal, eis que o

Tribunal de origem apontou motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal.

Como visto, foi destacado no acórdão objurgado “[...] em particular [...] a conduta social do réu, fixo-lhe a pena-base em 8 (oito) meses de detenção [...]” (f. 305). Ressalte-se que o Magistrado de primeiro grau, analisando as circunstâncias judiciais dos crimes cometidos, assim se manifestou, em relação à conduta social (f. 192/193):

[...] As declarações das vítimas - f. 08, 82 e 83 - dão conta que o acusado já havia praticado outros assaltos no estabelecimento “Drogaria Genérica”. Assim, tendo em vista que a denúncia não imputou, em desfavor do acusado, a prática desses assaltos, o que impede este juízo, à vista do princípio da correlação entre acusação e sentença, de condená-lo por esses fatos, esses assaltos devem ser considerados em desfavor do acusado, na valoração da presente circunstância judicial; [...]

Tal fundamentação justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Na segunda fase da dosagem da reprimenda, o Tribunal a quo agravou a pena em 3 (três) meses pela reincidência (f. 305). Tornando-a definitiva em 11 (onze) meses de detenção.

Portanto, verifica-se que não há flagrante ilegalidade a ser sanada por esta estreita via do *habeas corpus*. Mantenho, portanto, a condenação referente ao crime de resistência.

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:

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

Da minha relatoria, *mutatis mutandis*:

Somente se conhece de *habeas corpus*, visando a redução da pena-base, se demonstrada flagrante ilegalidade, ausente na espécie. (HC 95.118/PB, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05.08.2010, DJe 06.09.2010.)

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, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 26.06.2012, Acórdão Eletrônico DJe-159 Divulg 13.08.2012 Public 14.08.2012.)

Não há, portanto, flagrante ilegalidade, apta a relevar a impropriedade da via eleita.

De outro lado, relativamente ao crime de roubo, no que concerne ao pedido de compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, verifica-se que, na segunda fase de aplicação da pena, se fez preponderar a agravante da reincidência, a despeito de ter havido confissão espontânea. Aumentou-se a pena, pela agravante, em 1/12 (um doze avos). Veja-se (f. 194):

[...] Considerando que há 2 (duas) circunstâncias judiciais - conduta social e consequências do crime - desfavoráveis ao réu num quadro de 7 (sete) circunstâncias judiciais passíveis de serem valoradas negativamente, tem-se que a pena-base deve ser fixada em 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Nesse cálculo, aumentou-se, para cada circunstância judicial negativa, a pena-base em 1/8 (um oitavo), com incidência apenas sobre o intervalo de pena que vai da pena mínima cominada até o termo médio, salvo em relação à circunstância judicial dos antecedentes, que, por possuir peso dobrado, implica, se negativa, no aumento de 2/8 (dois oitavos).

[...]

Verifica-se que o acusado possui, em seu favor, uma circunstância atenuante genérica, qual seja a da confissão espontânea, prevista na letra “d” do inciso III do art. 65 do Código Penal, possuindo, em seu desfavor, a circunstância agravante genérica da reincidência, prevista no inciso I do art. 61 do Código Penal.

Adota-se, no concurso de circunstâncias atenuantes e agravantes, o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário<sup>5</sup>, que fixa, à luz do art. 67 do Código Penal, a seguinte escala de preponderância:

1. Menoridade;
2. Reincidência;
3. Confissão;
4. Motivos do crime;
5. Outras circunstâncias de cunho subjetivo;
6. Outras circunstâncias de cunho objetivo.

Uma circunstância agravante ou atenuante preponderante neutraliza uma circunstância de polo oposto, implicando, ainda, agravamento ou atenuação de 1/12 (um doze avos), haja vista que, tendo cada circunstância agravante ou atenuante o valor imaginário de 1/6 (um sexto), é razoável que a circunstância agravante ou atenuante preponderante implique, já após a neutralização, aumento ou diminuição de metade desse valor<sup>7</sup>, sendo de se destacar que o agravamento ou a atenuação está sempre limitada, respectivamente, ao máximo ou ao mínimo da cominação legal, nos termos do Enunciado nº 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Com base nesses critérios, e considerando que '[...] A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal' (STJ, 5ª Turma. HC 76745/DF, Rel. Min. Felix Fischer, j. 04.09.07, DJ de 12.11.07, p. 249), deve-se fixar a pena provisória em 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e pagamento de 57 (cinquenta e sete) dias-multa. [...]

Todavia, não há como prosperar o acréscimo da pena, pela agravante da reincidência, sem se proceder à redução da sanção, porquanto a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a aludida agravante. É este o entendimento da Sexta Turma desta Corte, como se vê:

Penal. Roubo agravado. Pena. Aplicação. Confissão espontânea. Reincidência. Expressões da personalidade do agente. Compensação. Possibilidade.

1. 'A atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência' (HC-115.986, Ministra Maria Thereza, DJe de 24.05.2010.)
2. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 122.752/DF, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 16.11.2010, DJe 06.12.2010.)

*Habeas corpus*. Arts. 12, *caput*, e 14 da lei nº 6.368/1976. Dosimetria. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Personalidade. Voltada à prática delitiva. Ausência de dados concretos. Fundamentação inidônea. Antecedentes e reincidência. Mais de uma sentença condenatória com trânsito em julgado. Caracterização de circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência. Não ocorrência de violação aos princípios do *ne bis in idem* e da presunção de inocência. Inocorrência. Confissão espontânea e reincidência. Compensação. Redução da pena. Ordem concedida em parte.

1. Existindo mais de uma condenação com trânsito em julgado, nada impede que deem ensejo a valorações distintas, porquanto oriundas de fatos diferentes. Assim, não implica *bis in idem* a utilização de uma decisão condenatória para caracterização da reincidência (agravante genérica do art. 61 do Código Penal) e da outra na valoração desfavorável dos antecedentes (circunstância judicial do art. 59 do Código Penal). Precedentes.

2. A Sexta Turma adotou o entendimento de que deve ser compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

3. Para o reconhecimento negativo da personalidade a fim de fundamentar o aumento da pena-base, é imprescindível que o julgador tenha, nos autos, dados suficientes para chegar a uma conclusão tecnicamente sustentável. Precedentes.

4. Inviável a aplicação do art. 77, § 2º, do Código Penal, pois tal benefício tem como requisito objetivo a condenação à pena de até quatro anos, o que, na espécie - mesmo com as alterações feitas -, não sucedeu, dadas as várias outras circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

5. Ordem parcialmente concedida, inclusive de ofício, a fim de, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, redimensionar a pena para oito anos de reclusão e oitenta dias-multa, e, no tocante ao delito de associação para o tráfico, reduzir a reprimenda para cinco anos de reclusão.

(HC 112.150/DF, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do Tj/Sp), Sexta Turma, julgado em 26.10.2010, DJe 22.11.2010.)

*Habeas corpus*. Roubos duplamente circunstanciados (cinco vezes). Percentual de exasperação relativo ao concurso formal. Vinculação ao número de infrações. Elevação da reprimenda a título de maus antecedentes e reincidência. Existência de condenações diversas. Possibilidade. *Bis in idem*. Inexistência. Compensação da reincidência com confissão espontânea. Viabilidade.

1. Na linha da orientação perflhada na Súmula 241 desta Corte, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.

2. No caso, os pacientes ostentavam mais de uma condenação. Assim, nada impede que uma seja utilizada como maus antecedentes (circunstância judicial desfavorável) e outra exaspere a reprimenda a título de reincidência (agravante).

3. 'O melhor parâmetro para a escolha do acréscimo da pena (de um sexto até metade), conseqüente do concurso formal, é a consideração do número de fatos (ou seja, de vítimas, crimes ou resultados)'.

(DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 5. edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 132.)

4. Na hipótese, considerando serem 5 (cinco) as vítimas de roubo, é devida a exasperação em 1/3 (um terço).

5. Segundo orientação prevalente na Sexta Turma desta Corte, é possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

6. Ordem parcialmente concedida para, compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão e diminuindo a 1/3 (um terço) o acréscimo referente ao concurso formal, reduzir a pena recaída sobre os ora pacientes, de 9 (nove) anos de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, mantido o regime prisional para o início de cumprimento da expiação.

(HC 75.874/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 05.10.2010, DJe de 25.10.2010.)

Como consequência desse entendimento, na segunda fase da dosimetria, compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

No que diz respeito ao pedido de redução da pena-base ao mínimo legal, melhor sorte não traz a impetração, pois segundo a condenação em primeira instância, da análise das circunstâncias judiciais, no que se refere à conduta social (f. 192/193):

[...] As declarações das vítimas - f. 08, 82 e 83 - dão conta que o acusado já havia praticado outros assaltos no estabelecimento 'Drogaria Genérica'. Assim, tendo em vista que a denúncia não imputou, em desfavor do acusado, a prática desses assaltos, o que impede este juízo, à vista do princípio da correlação entre acusação e sentença, de condená-lo por esses fatos, esses assaltos devem ser considerados em desfavor do acusado, na valoração da presente circunstância judicial; [...].

Tal fundamentação justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Dessarte, passe-se à dosimetria da pena.

Compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena, torno provisoriamente a reprimenda em 4 (anos) anos de reclusão e 9 (nove) meses de reclusão, além do pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa. Na terceira fase da dosagem da reprimenda, diante do aumento de pena referente ao uso de arma de fogo e concurso de agentes de 2/5 (dois quintos), fixo a pena final em 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 74 (setenta e quatro) dias-multa, mantida, no mais, a condenação.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Concedo a ordem, de ofício, para reduzir a sanção imposta ao paciente referente ao crime de roubo para 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, além do pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

É como voto.

## 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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 4 de junho de 2013. - *Eliseu Augusto Nunes de Santana* - Secretário.

(Publicado no DJe de 14.06.2013.)

...