HABEAS CORPUS Nº 493.033 - SP (2019/0040178-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO FERNANDO NICOLÁS PENCO JUVÉ - SP420395
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	J M DE P (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de J M DE P contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 0005426-24.2016.8.26.0495.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado pela prática do crime descrito no art. 213, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, porque tentou constranger, mediante violência, a vítima S A V G a com ele ter conjunção carnal e praticar outros atos libidinosos (e-STJ fls. 30-35).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, tendo o recurso sido desprovido (e-STJ fls. 60-71).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal sem fundamentação idônea.

Sustenta que as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código penal foram analisadas de modo vago, sem individualização ou referência a dados concretos.

Aduz, ainda, que é desproporcional o acréscimo de 1/3 (um terço) apenas em razão da reincidência específica e que também não há fundamentação a justificar a redução de apenas 1/3 (um terço) em decorrência da tentativa.

Requer a concessão sumária e definitiva da ordem constitucional para que seja redimensionada a reprimenda.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 75-76).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 86-110 e 111-141).

Instado a se manifestar o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ 143-150).

É o relatório.

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

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

Acerca do tema deste *habeas corpus*, é preciso ter presente que os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto,

compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal fica restrita a hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitida a alteração do regime inicial ou o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou de diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

De início, observa-se que a Magistrada singular considerou negativamente as circunstâncias judiciais relativas às circunstâncias e às consequências do delito e majorou a pena-base em 2 (dois) anos, o que foi mantido pelo Tribunal de origem, conforme o seguinte excerto do acórdão combatido (e-STJ fl. 69):

> *A pena-base foi fixada em 1/3 (um sexto) acima do mínimo legal, ou seja, em 08 (oito) anos de reclusão, considerando-se as circunstâncias e consequências do crime [ou seja] J utilizou de força desnecessária, agredindo a vítima com socos.*
> *Correto o incremento, porquanto o acusado realmente utilizou-se de violência desnecessária, tendo em vista que a ofendida já se via vencida pelas circunstâncias tanto que já tinha até oferecido seus pertences, pensando estar sendo assaltada. Além disso, a ousadia do acusado demonstrou dolo exacerbado, abordando a vítima em local público, tudo a justificar a majoração da pena-base, que não se mostrou excessiva.*

Da análise do trecho acima transcrito, observa-se que a instância *a quo* asseverou que as circunstâncias e as consequências do delito eram desfavoráveis ao réu, motivo pelo qual entendeu que a fixação da pena-base em 8 (oito) anos de reclusão era adequada.

No tocante às **circunstâncias** do crime, que se referem ao *modus operandi* empregado na prática do delito, extrai-se da fundamentação utilizada que o réu abordou a vítima em local público e utilizou-se de violência desnecessária quando a vítima já havia sido subjugada, elementos que ultrapassam as características inerentes do tipo penal em tela e merecem reflexos mais gravosos na fixação da pena.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL POR SER MAIS FAVORÁVEL AO RÉU. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS. CONSEQUÊNCIAS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.*
> *1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, 'não obstante a Lei n.*

> *12.015/2009, ao tipificar o delito de atentado violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos, previsto no art. 214 do Código Penal, como "estupro de vulnerável" (art. 217-A do Código Penal), tenha determinado o recrudescimento da pena, deve ela retroagir, por ser mais benéfica, uma vez que também determinou a revogação da causa de aumento prevista no art. 9º da Lei 8.072/90' (HC 337.525/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/6/2016, DJe 28/6/2016).*
> *2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.*
> *3. No caso, o trauma perene causado à criança, assim como as circunstâncias nas quais os crimes contra a liberdade sexual foram perpetrados, indiciam, a toda evidência, a necessidade de exasperação da pena-base, como corolário dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.*
> *4. Considerando a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser mantida a pena nos patamares estabelecidos no decisum ora agravado, sendo descabido falar em bis in idem por ter sido operado aumento superior ao cabível caso fosse reconhecida a presença de apenas uma vetorial desabonadora.*
> *5. Agravo regimental desprovido.*
> (AgRg no HC 395.670/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018)

De outra sorte, quanto às **consequências** do delito verifica-se que as instâncias ordinárias deixaram de elencar qualquer elemento concreto indicativo de que o crime tenha causado resultados mais danosos que os já inerentes aos delitos contra a dignidade sexual. Assim, não se identificam fundamentos idôneos para considerar desfavorável ao acusado o referido vetor, devendo ser procedida a respectiva redução da sanção básica.

No que se refere à apontada ilegalidade no aumento operado na segunda fase da dosimetria, de acordo com a doutrina: *"Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante"* (NUCCI, Guilherme de Souza, Individualização da Pena, 3ª ed., RT:SP, 2009, p. 212).

Não obstante o entendimento doutrinário majoritário sobre o tema haver se firmado em que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou de diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado, este Superior Tribunal tem orientado no sentido de que o patamar de acréscimo pela circunstância agravante deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

Nesse norte:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA A QUO. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 PELA AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TERCEIRA FASE. PRESENÇA DE TRÊS MAJORANTES. FUNDAMENTO ÍNSITO AO TIPO INIDÔNEO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*
>
> ***2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento da pena, na segunda fase da dosimetria, em patamar superior a 1/6, pela agravante da reincidência, requer fundamento idôneo, não se prestando a tal a simples a referência a existência de uma condenação definitiva por fato anterior. Precedentes.***
>
> *3. Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ: "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".*
>
> *4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 6 anos, 2 meses e 20 dias, em regime fechado, e 14 dias-multa.*
>
> *(*HC 284.629/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe de 25/10/2016)

O Tribunal *a quo* manteve a majoração decorrente da reincidência em 1/3 (um terço), conforme estipulada pela Juíza sentenciante, com base na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 69-70):

> *Na sequência, já na segunda etapa do artigo 68 do Código Penal, presente a agravante da reincidência específica (autos nº 0001183-93.2011.8.26.0495 2ª Vara Judicial da comarca de Registro), a pena foi novamente majorada em 1/3 (um terço), perfazendo 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão.*
>
> *Escorreita a majoração, tendo em vista que a insistência do acusado na prática de crimes sexuais, denotando não ter assimilado a terapêutica penal.*

Como se vê, o aumento operado pela Magistrada de piso e mantido pelo Tribunal *a quo*, em 1/3 (um terço), na segunda fase, além de ter se mostrado superior ao

patamar médio, não apresentou justificativa concreta, tendo o acórdão combatido feito menção apenas à reincidência específica do acusado.

Dessa forma, é imperioso proceder à redução para patamar proporcional ao estabelecido na primeira fase da dosimetria, qual seja 1/6 (um sexto).

A propósito:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR. TEMA NÃO DISCUTIDO PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO EM 5/12 (CINCO DOZE AVOS). CRITÉRIO MATEMÁTICO AFASTADO. 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 possível a concessão da ordem de ofício.*
>
> *II - Pretensão de fixação da pena-base no mínimo legal, tendo em vista a impossibilidade de se considera para efeitos de maus antecedentes condenação açambarcada pelo período depurador. A Corte de origem não se pronunciou sobre o referido tema exposto na presente impetração, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.*
>
> *III - **Predomina nesta Corte Superior o entendimento de que o aumento da pena em patamar superior a 1/6, em virtude da incidência de circunstância agravante, demanda fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão. No caso, o Tribunal de origem manteve a fração para o incremento da pena em 1/3 (um terço), tão somente, pelo fato de ser a reincidência específica.***
>
> *IV - In casu, a pena foi exasperada, na terceira fase, na fração de 5/12 (cinco doze avos) em virtude da incidência de três causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido mediante emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o quantum de aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, baseando-se apenas no número de majorantes, em desacordo com a orientação firmada na Súmula n. 443/STJ: "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." (Precedentes).*
>
> *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, tão somente, fixar a pena do paciente em 8 (oito) anos, 5 (cinco) meses e*

> *18 (dezoito) dias, mais o pagamento de 28 (vinte e oito) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.*
> (HC 501.810/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe de 04/06/2019; sem grifos no original)
>
> *HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. QUANTIDADE NÃO EXACERBADA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA.*
> *AGRAVANTE. PATAMAR DE AUMENTO ACIMA DO QUANTUM DE 1/6 (UM SEXTO). REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.*
> *1. A circunstância judicial relativa à quantidade de drogas, prevista no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foi sopesada negativamente em razão da apreensão de 42,4g (quarenta e dois gramas e quatro centigramas) de "maconha", bem como 6,7g (seis gramas e sete centigramas) de "cocaína". Não obstante a variedade das drogas, as quantidades apreendidas não demonstram reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base, por não extrapolar o tipo penal.*
> *Precedentes.*
> *2. **A quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar pelo patamar mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). A reincidência específica não enseja aumento da pena na segunda fase da dosimetria, de forma isolada, em patamar mais elevado.** Precedentes.*
> *3. Concedida a ordem de habeas corpus a fim de, reformando o acórdão recorrido, readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 793 (setecentos e noventa e três) dias-multa, na fração mínima de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo para cada dia-multa.*
> (HC 473.289/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe de 11/03/2019; sem grifos no original)

Quanto ao pedido de redimensionamento do patamar de redução da pena em razão da tentativa, observa-se que a Corte estadual manteve a fração estabelecida pela Magistrada singular em razão do avançado *iter criminis* percorrido, como se observa no seguinte excerto (e-STJ fl. 70; sem grifos no original):

> *Por fim, reconhecida a prática do crime tentado, a pena foi acertadamente diminuída em 1/3 (um terço), já que **pouco faltou para a consumação**, de modo a totalizar, em definitivo, 07 (sete) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.*
> *De fato, o iter criminis percorrido pelo acusado só autoriza a diminuição mínima, porquanto, ainda que a vítima tenha relatado que ele não chegou a praticar nenhuma conduta com cunho sexual, se o tivesse feito,*

> *estaria consumado o crime. Dito de outra forma,* ***o contexto em que foi surpreendido indica a proximidade máxima da consumação****.*

Ressalte-se que a doutrina defende que *"quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução"* (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Ímpetus, 2007. p. 263).

In casu, verifica-se que o *quantum* corresponde ao *iter criminis* percorrido pelo agente, o qual somente não conseguiu consumar o crime em razão da chegada dos agentes de segurança, quando já estava com a vítima subjugada no interior do banheiro da rodoviária.

Nesse contexto, inviável o alteração do patamar aplicado, uma vez que, tendo as instâncias de origem, de forma fundamentada, concluído acerca do *quantum* a ser estabelecido para a redução da pena pela tentativa, para se concluir de maneira diversa, haveria a necessidade de revolvimento fático-probatório, o que não pode ser realizado na via eleita.

A propósito:

> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DA TENTATIVA NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*
> ***I - O v. acórdão combatido fundamentou adequadamente o percentual de redução em decorrência do reconhecimento da tentativa com base em circunstâncias concretas e na extensão do iter criminis percorrido, encontrando-se devidamente fundamentado, não havendo que se falar, neste ponto, em contrariedade à norma federal.***
> ***II - Ademais, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem e aplicar a tentativa no grau máximo seria imprescindível o revolvimento fático-probatório dos autos, o que é inviável na presente instância recursal, haja vista o óbice da Súmula 7/STJ.***
> *Agravo regimental não provido.*
> (AgRg no AREsp 1147574/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe de 01/12/2017; sem grifos no original)
>
> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
> ***1. A alteração do julgado, para se concluir de modo diverso quanto ao iter criminis percorrido considerado pelo Tribunal de origem e, consequentemente, determinar qual seria a fração adequada a aplicar pela tentativa, necessitaria do revolvimento de fatos e provas dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.***
> *2. Agravo regimental improvido.*
> (AgRg no REsp 1594254/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO,

> SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe de 06/11/2017; sem grifos no original)

Por tais razões, verificada a inadequação da consideração negativa das consequências do delito e a desproporcionalidade do aumento em 1/3 em razão da reincidência específica, deve ser redimensionada a pena aplicada ao paciente.

Na primeira fase, mantidos os demais parâmetros aferidos pelas instâncias ordinárias, afasta-se a valoração negativa dada às consequências do crime, fixando-se a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão.

Na segunda fase, comprovada a existência de uma condenação anterior já transitada em julgado, a sanção deve ser majorada em 1/6 (um sexto), resultando em 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Na terceira fase deve ser efetuada a redução de 1/3 (um terço) relativa à tentativa, conforme estipulada pelas instâncias ordinárias, totalizando 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir a pena cominada ao paciente para **5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator