



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 550025 - DF (2019/0364005-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADOS : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DF008161
DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : V F DE M (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **V F DE M** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 22 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 186 dias-multa, como incurso nas sanções dos arts. 157, § 2º, I, 213, *caput*, do Código Penal, tendo sido absolvido quanto ao delito do art. 217-A do CP, com fundamento no art. 386, VII, do CPP (e-STJ, fls. 154-165).

Irresignadas, ambas as partes apelaram ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso da defesa tão somente para reduzir a pena pecuniária a 30 dias-multa, tendo, por outro lado, sido provido o apelo ministerial, a fim de condenar o réu pelo crime de estupro de vulnerável, aplicando-lhe pena de 10 anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional fechado (e-STJ, fls. 37-69).

Após o trânsito em julgado do decreto condenatório, a defesa ajuizou revisão criminal, sem êxito. Eis a ementa do julgado:

"REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTUM DE AUMENTO. SUPERVENIÊNCIA DE JURISPRUDÊNCIA MAIS FAVORÁVEL AO CONDENADO. FRAÇÃO DE 1/8 DA DIFERENÇA ENTRE AS PENAS MÍNIMA E MÁXIMA COMINADAS AO CRIME, PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INAPLICABILIDADE À COISA JULGADA. AGRAVANTE. EMPREGO DE ARMA (FACA). INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 4º DA LEI Nº 13.654/2018. INEXISTÊNCIA DE ERRO JUDICIÁRIO.

Não prevalecem as alegações revisionais, porquanto o julgador possui discricionariedade para explicitar os critérios que o levaram a quantificar apenas. Não se trata de critérios puramente matemáticos, mas daquilo que, servindo de base para apreciação, permita aferir a proporcionalidade entre os fundamentos expostos e a quantidade de pena aplicada, como no caso.

O Superior Tribunal de Justiça “firmou entendimento no sentido de não se admitir revisão criminal em casos de mudança no entendimento jurisprudencial” (REsp 1.675.648/PR, Relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, decisão monocrática publicada em 9/2/2018).

O entendimento que prevalece é o de que não se aplica a regra da retroatividade da lei penal mais benéfica ao entendimento jurisprudencial superveniente, a exemplo do critério que aplica, para cada circunstância judicial negativa, a fração de 1/8 sobre a diferença entre as penas máxima e mínima cominadas ao crime, incluindo a hipótese de matéria sumulada. Alteração de orientação jurisprudencial não justifica a modificação da pena, uma vez que não se pode

desconstituir uma sentença transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da coisa julgada, eternizando a discussão superada na ação de conhecimento e, conseqüentemente, causando indiscutível insegurança jurídica. Incabível o afastamento da causa de aumento referente ao emprego de arma (faca), primeiro, porque não houve ilegalidade na sua aplicação na época da sentença e do acórdão objetos da revisão criminal e, depois, porque foi reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 13.654/18 pelo Conselho Especial deste Tribunal. Pedido revisional julgado improcedente" (e-STJ, fls. 18-185).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "pelo critério de 1/6 adotado pelo STJ, cada circunstância judicial do roubo encontraria o limite de 8 meses sobre o mínimo legal. Por outro lado, pelo critério do TJDFT (adotado pela Câmara Criminal daquele Tribunal desde 2013 – antes, portanto, da decisão condenatória, cada circunstância judicial deste delito alcançaria o limite de 9 meses sobre o mínimo legal"; b) "a pena do estupro também foi realizada com infringência aos princípios da razoabilidade e da individualização da pena"; c) "ocorre que, novamente, a fração utilizada para as circunstâncias judiciais foi de encontro ao posicionamento consolidado neste STJ desde 2012, em ambas as Turmas Criminais"; d) quanto ao crime de estupro, "o TJDFT afrontou a jurisprudência consagrada nesta corte tanto no tocante à compensação integral entre a confissão espontânea com a reincidência quanto no que se refere à fração de 1/3 utilizada à única agravante remanescente"; e) "o requerente (ora paciente) não pretende a adoção retroativa de atual entendimento jurisprudencial, mas, sim, a aplicação de critérios jurisprudenciais que já se encontravam consolidados antes da decisão condenatória proferida em 3 de julho de 2014" (e-STJ, fls. 3-18).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de rever a pena dos crimes de roubo e estupro.

Sem pedido de liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 211-216).

É o relatório.

Decido.

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

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos parâmetros concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

No caso, percebe-se que a pena-base do crime de roubo foi elevada em razão da presente de três circunstâncias judiciais desabonadoras, tendo sido fixada em 7 anos de reclusão.

Com efeito, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar *quantum* de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

Importa reconhecer, ainda, "a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito." (AgRg no REsp 143071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 6/5/2015).

No caso, embora a adoção de critério meramente matemático indique a elevação da reprimenda em 9 meses por vetorial desabonadora, descabe falar em desproporcionalidade da pena, eis que o réu ostentava três condenações transitadas em julgado configuradoras dos maus antecedentes, além daquela valorada como recidiva, o que demanda pena superior, corolário dos

princípios da proporcionalidade e da individualização das penas.

Quanto crime de estupro, cuja pena-base o impetrante reputa, de igual modo, excessiva, razão não lhe assiste, da mesma forma. Isso porque foram valorados como desfavoráveis os antecedentes do réu e as circunstâncias do crime, revelando-se proporcional a elevação da pena superior ao indicado pelo parâmetro aritmético, em razão da pluralidade de antecedentes a serem valoradas e o *modus operandi* do crime, o qual revela a excessiva brutalidade empregada pelo réu.

Contudo, deve ser reconhecido o excesso na segunda fase da dosimetria do crime do art. 213 do CP.

Como cediço, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE EM TELA DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4 (UM QUARTO) PARA 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação dos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *ne bis in idem*.

- 'A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido' (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

- Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte inclina-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, é devida e concretamente fundamentada.

- Hipótese em que remanescendo duas condenações definitivas aptas a serem consideradas como reincidência, e não três, como dito na sentença, o aumento na fração de 1/5 (um quinto) mostra-se proporcional ao caso em tela. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. *QUANTUM* DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. APENAS UMA COM TRÂNSITO EM JULGADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

JUSTIFICATIVA IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

No caso, o acréscimo da pena pela reincidência se deu em 1/4, sob o argumento de ser o paciente birreincidente específico. Todavia, tendo em vista que uma das condenações não possui indicação de trânsito em julgado, de rigor seja reduzida a mencionada fração de aumento, de 1/4 para 1/5, em razão de permanecer o paciente como reincidente específico.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço (crime cometido com emprego de pelo menos duas armas de fogo e mediante comparsaria entre cinco a oito agentes).

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente Rodrigo de Souza Lima para 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias, mais 17 (dezessete) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 336.635/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015.)

Além disso, a instância antecedente justificou a aplicação da agravante da reincidência de 1/3 diante do fato de o paciente ser reincidente específico.

Ocorre que a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o entendimento de que, ostentando o paciente apenas uma condenação anterior para fins de reincidência, mostra-se desproporcional o aumento em patamar superior a 1/6, com amparo apenas no fato de se tratar de reincidente específico.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO NA SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A simples conduta de possuir ou portar ilegalmente arma, acessório ou munição é suficiente para a configuração dos delitos previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/03, sendo inaplicável o princípio da insignificância. Precedentes.

3. As penas foram aumentadas em 1/3 em razão da reincidência específica do paciente. Acontece que o atual entendimento desta Quinta Turma é no sentido

de que essa especificidade, por si só, não justifica aumento superior a 1/6.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a fração decorrente da reincidência específica mantidos os demais termos do decreto condenatório.

(HC 434.093/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 24/4/2018);

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES DE UM DOS ACUSADOS. CONDENAÇÃO DEFINITIVA ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CP. POSSIBILIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DE UM DOS ACUSADOS QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PENA REDUZIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

[...]

- Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta. - A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do acusado que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

- Hipótese em que o aumento de 1/3, utilizado para agravar a pena do paciente WESLEY na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas no fato de ser o acusado reincidente específico, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior, motivo pelo qual deve a pena ser agravada, agora, na usual fração de 1/6. Precedentes.

- Inalterada a pena corporal, resta prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional do paciente MICHAEL, que teve o regime mais gravoso estabelecido com lastro na presença de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

- Apesar de a pena do paciente WESLEY ter sido reduzida a patamar que comporta o regime inicial semiaberto, a sua reincidência e o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal impedem o abrandamento do regime, nos termos do art. 33, § 3º, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir as penas do paciente WESLEY para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 375.914/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 24/10/2017).

Nesse passo, considerando a presença de duas agravantes e da atenuante da confissão espontânea, deve o incremento da pena ser limitado a 1/6.

Passa-se, assim, à nova dosagem da pena do crime de estupro.

Partindo da pena-base de 8 anos e 6 meses de reclusão, merece a pena elevação de 1/6, conforme o acima declinado, chegando-se à pena de 9 anos e 11 meses de reclusão. Dada a inexistência de causa de aumento e diminuição de pena, torno-a definitiva em 9 anos e 11 meses de reclusão.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, apenas

para reduzir a pena do crime de estupro a 9 anos e 11 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor da sentença.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator