



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.708 - SP (2018/0104984-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA GALVAO TOURINHO - SP298866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DEBORA ALBERTINA DOS SANTOS MOURA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA PERSONALIDADE. AFASTAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVO). POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME FECHADO. CABIMENTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. **WRIT** 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 - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - As instâncias ordinárias se valeram do argumento da “**personalidade desvirtuada da acusada, voltada à criminalidade**”. Ocorre que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

IV - **In casu**, a pena foi exasperada na fração de 3/8 (**três oitavos**) com base na gravidade concreta do delito perpetrado pela paciente e seu comparsa, **armado**, que, para concretizarem a subtração **agrediram a vítima com tapas e chutes empregando violência desnecessária e gratuita**. Além disso, consta dos autos que a **paciente**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmou que o seu comparsa disparou contra os policiais militares, restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

V - O regime mais gravoso fundamentou-se nas circunstâncias do caso concreto, em que a paciente e seu comparsa desferiram chutes e tapas na vítima de forma desnecessária, além do comparsa da vítima ter efetuado disparos de arma de fogo contra os policiais militares, demonstrando maior perigo e risco de vida da vítima e de terceiros.

Habeas corpus não conhecido. Ordem **concedida de ofício** apenas para afastar a análise desfavorável da circunstância judicial da **personalidade**, mas **sem efeito** no **quantum** da pena que permanece definitivamente fixada em **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de junho de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.708 - SP (2018/0104984-7)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA GALVAO TOURINHO - SP298866

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DEBORA ALBERTINA DOS SANTOS MOURA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido limiar, impetrado pela Defensoria Pública estadual, em favor de DEBORA ALBERTINA DOS SANTOS MOURA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0001496-46.2016.8.26.0635.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2, incisos I e II, do Código Penal (fls. 21-26).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo em v. acórdão assim ementado:

"Roubo qualificado por emprego de arma e comparsaria (art. 157, § 2º, I e II, do Cód. Penal). Provas seguras de autoria e materialidade. Prisão em flagrante. Posse da "res furtiva". Palavras coerentes e incriminatórias dos Policiais Militares e da vítima, com reconhecimento seguro. Versões exculpatórias inverossímeis. Qualificadoras caracterizadas. Responsabilização inevitável. Condenação imperiosa. Apenamento criterioso, impassível de alterações. Regime inicial fechado adequado à hipótese. Apelo improvido" (fl. 28).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no aumento operado pelo r. sentença condenatória e ratificado pelo v. acórdão impugnado na pena na primeira e terceira fase da dosimetria, uma vez que configura **bi in idem**.

Para tanto, sustenta, que "O v. acórdão de fls. 232/247 manteve a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majoração da pena base em 1/6, sob o fundamento de que os acusados teriam praticado o roubo mediante violência e agiram em superioridade numérica, o que demonstraria “personalidade desvirtuada”” (fl. 3).

Assevera, ademais, que “Quanto à superioridade numérica dos agentes, ressalte-se que também já foi valorada para a exasperação promovida na terceira fase da dosimetria, que, ressalte-se, se deu na proporção se 3/8 justamente em razão da presença de duas causas de aumento” (fl. 3).

Aduz, ainda, que “A exasperação em pena base em razão de eventual ‘personalidade voltada a criminalidade’ é expressão do direito penal do autor extirpado de nosso ordenamento pátrio” (fl. 3).

Argumenta, também, que “O jurista não tem conhecimento técnico científico para auferir se a personalidade do agente é ou não voltada para a prática de crimes. Tal exame compete a outras ciências, tais como a medicina, psicologia, antropologia, etc. Não cabe ao juiz, ao proferir uma sentença, utilizar-se desse critério para exasperar a pena base, quando o mesmo não tem o conhecimento para tanto” (fls. 3-4).

Afirma, além disso, que “[...] ainda que se adotasse mero cálculo matemático para dosar as penas, não se justificaria acréscimo no patamar de 3/8 em razão da presença de apenas duas causas de aumento, atentando o v. acórdão, dessa forma, também contra a proporcionalidade e a razoabilidade” (fls. 5-6).

Por fim, alega, que “A paciente preenche os dois requisitos legais para o início do cumprimento da pena em regime semiaberto, ou seja, não é reincidente, bem como sua pena é inferior a oito anos (artigo 33, § 2º, “b”, Código Penal). Apesar de ter reconhecido a primariedade e dadas as circunstâncias judiciais favoráveis, conforme exposto acima, o v. acórdão manteve a fixação de regime mais gravoso, baseando-se, na gravidade em abstrato do delito” (fl. 6).

Requer, assim, a concessão da ordem a fim de que “[...] seja fixada a pena base no mínimo legal, reduzido o patamar relativo às majorantes para 1/3, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixado regime inicial semiaberto para início de cumprimento de pena" (fl 8).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 46-47.

Informações prestadas às fls. 54-55.

O Ministério Público Federal, às fls. 76-85, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA. ATENUANTE DA MENORIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ELEVÇÃO DA PENA, NA TERCEIRA FASE, EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

REGIME FECHADO. LEGALIDADE. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E, CASO ADMITIDO, PELA SUA DENEGAÇÃO" (fl. 76).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.708 - SP (2018/0104984-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CAMILA GALVAO TOURINHO - SP298866
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DEBORA ALBERTINA DOS SANTOS MOURA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. ROUBO MAJORADO.
DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO
LEGAL. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA
PERSONALIDADE. AFASTAMENTO.
FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TERCEIRA
FASE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES.
AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS
OITAVO). POSSIBILIDADE.
FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME
FECHADO. CABIMENTO. GRAVIDADE
CONCRETA DO DELITO. **WRIT** 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 - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - As instâncias ordinárias se valeram do argumento da **"personalidade desvirtuada da acusada, voltada à criminalidade"**. Ocorre que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

IV - **In casu**, a pena foi exasperada na fração de **3/8 (três oitavos)** com base na gravidade concreta do delito perpetrado pela paciente e seu comparsa, **armado**, que, para concretizarem a subtração **agrediram a vítima com tapas e chutes empregando violência desnecessária e gratuita**. Além disso, consta dos autos que a **paciente confirmou que o seu comparsa disparou contra os policiais militares**, restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

V - O regime mais gravoso fundamentou-se nas circunstâncias do caso concreto, em que a paciente e seu comparsa desferiram chutes e tapas na vítima de forma desnecessária, além do comparsa da vítima ter efetuado disparos de arma de fogo contra os policiais militares, demonstrando maior perigo e risco de vida da vítima e de terceiros.

Habeas corpus não conhecido. Ordem **concedida de ofício** apenas para afastar a análise desfavorável da circunstância judicial da **personalidade**, mas **sem efeito** no **quantum** da pena que permanece definitivamente fixada em **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que 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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Como relatado, busca-se na presente impetração a fixação da pena-base no mínimo legal e o estabelecimento da fração de 1/3 (um terço), em razão das majorantes, na terceira fase da dosimetria, bem como a fixação do regime semiaberto.

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

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos da r. sentença condenatória quanto à dosimetria da pena:

“Passo a fixar a pena.

As circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, são desfavoráveis à acusada.

Com efeito, segundo o relato da vítima, a ré e seu comparsa a agrediram com tapas e chutes durante a subtração de seus pertences.

O emprego desnecessário e gratuito de violência contra a vítima, que estava em inferioridade numérica, demonstra a personalidade desvirtuada da acusada, voltada à criminalidade.

Assim sendo, fixo a pena base acima do mínimo legal em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Presente a atenuante genérica da menoridade penal.

Torno a pena ao patamar mínimo de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa.

Presentes duas causas de aumento, previstas no § 2º, incs. I e II, do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

157, da lei penal. Inegável que a presença de duas qualificadoras deve implicar aumento de pena superior a um terço, sob pena de penalizar o agente que pratica roubo duplamente qualificado com a mesma sanção que seria imposta ao réu que comete o delito com apenas uma majorante, o que geraria verdadeira situação injusta, ferindo a individualização da pena.

Elevo, portanto, a pena de 3/8 (três oitavos), fixando-a em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente a ação penal e condeno DEBORA ALBERTINA DOS SANTOS MOURA como incurso na sanção do art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal, impondo-lhes a pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, calculados no mínimo legal e corrigidos desde a data do fato.

Fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Além de apresentar personalidade violenta, é certo que quem pratica crime de roubo à mão armada está, sem dúvida, disposto a utilizá-la, o que revela temibilidade e periculosidade do agente, características de personalidade que recomendam a imposição de regime carcerário mais gravoso" (fls. 24-25, grifei).

O eg. Tribunal de origem, por sua vez, ratificou todos os termos da r. sentença condenatória, **in verbis**:

"Quer-se dizer com isso, em suma, que havendo razoabilidade de critérios de formação da reprimenda e sempre obedecidos aqueles constantes dos artigos 59 e art. 68 do Cód. Penal, não há como se mudar o dimensionamento adotado.

Como aqui.

Assim, a pena-base permanece fixada em 1/6 acima do mínimo legal, precisamente como procedeu a origem.

À segunda fase, não há circunstâncias modificadoras aplicáveis.

Já à terceira fase de aplicação da pena, majoração de 3/8, face ao reconhecimento das qualificadoras do emprego de arma e da comparsaria.

Vale dizer, o aumento neste patamar, de 3/8, se apresenta razoável e plenamente justificado.

Afinal, presentes duas qualificadoras, além de circunstâncias específicas a denotar maior reprovabilidade da conduta, jamais a majoração deve ser a mínima, sem qualquer ofensa à Súmula nº 443 do E. Superior Tribunal de Justiça.

Forte no princípio de que se a lei escalona e gradua a majoração, é porque considera a existência de diferentes cometimentos e qualificadoras, como aqui.

O que mais se acentua ao verificar o propósito da Lei nº 9.426/96, que acrescentou mais dois incisos ao § 2º do art. 157 do Código Penal.

De sorte a dar entender que à maior incidência de agravantes, maior será o acréscimo, que deve encontrar proporcionalidade com o resultado.

E o entendimento, como se disse, não contraria a Súmula nº 443 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "o aumento na terceira fase de aplicação da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Pelo contrário, vai ao seu encontro, vez que nitidamente mais grave e, portanto como deve ser de maior reprovabilidade a conduta da acusada.

As causas de aumento levam também em conta o temor e o risco aos quais as vítimas são expostas, como aqui, devendo, dessarte, incidir em maior aumento.

Não se trata de mero cálculo fracional e injustificado.

No que diz à majoração diferenciada, em face dupla qualificação, assim deve ser, na conformidade do entendimento da C. Turma e, de resto, Câmara Julgadora: [...]

Portanto, como duas foram as qualificadoras reconhecidas, não se deve dar a majoração em apenas um terço, como quer a defesa.

Daí que o aumento de 3/8, se disse, é plenamente compatível à hipótese vertente.

Donde o acerto pela origem do tratamento diferenciado no caso concreto.

Ausentes outras circunstâncias modificadoras, as penas tornam-se definitivas em 5 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 13 dias-multa, mínimo valor unitário.

Quanto ao regime, finalmente, outro não poderia ser que não o fechado.

Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

E já se sabe, presentemente, malgrado a edição da Súmula nº 719, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando seja ele devidamente justificado, exatamente como na espécie.

Quem, agindo em comparsaria, com emprego de arma de fogo e uso de violência em face da vítima, propõe-se a assaltá-la, abordando-a em plena via pública, para despojá-la de seus pertences, e agredindo-a com tapas e chutes, colabora para incrementar o clima de terror e pânico em que se vive nas grandes cidades e expõe a violentíssimo perigo e risco de vida não só a vítima, como circunstantes ou transeuntes, por certo pais de família, trabalhadores que lutam para sobreviver, demonstrando não ter o mínimo apego à dignidade e respeito pelo ser humano.

Ou, como acima já se firmou e agora se repete.

Quem expõe a vítima a tão tremenda humilhação, deixando aquele ser humano, pessoa de bem vítima também desta sanha criminosa de violência que assola nossa terra e assusta a todos nós, levada à condição de um nada, sofrendo, com isto, toda sorte de humilhação possível, decerto em pânico e terror intenso durante a ação criminosa, não tem, como se disse, o mínimo respeito pelo próximo.

Merece tratamento severo, eficaz, responsável e compatível a seu ato indigno e de violência, compatível, mais, como resposta, ao que a sociedade assustada reclama e conclama a quatro ventos pelo país afora, especialmente do Poder Judiciário, jamais, dessarte, tratamento benevolente, sob pena de se incrementar, mais ainda, esta nefasta onda de violência que assola nossa terra e assusta todos nós, sabido que o semiaberto resulta praticamente em liberdade, significando convite a novos crimes àqueles que desrespeitam a vida humana, como aqui.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí porque o regime fechado inicial é mais do que aqui indicado" (fls. 38-42, grifei).

Com relação a **personalidade do paciente** as instâncias ordinárias se valeram do argumento da **"personalidade desvirtuada da acusada, voltada à criminalidade"**. Ocorre que é lamentável que a personalidade ainda conste do rol das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, pois se trata, na verdade, de resquício do Direito Penal de Autor. Além do mais, dificilmente constam dos autos elementos suficientes para que o julgador possa chegar a uma conclusão cientificamente sustentável. Por conseguinte, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base.

Nesse sentido, o seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VEDAÇÃO À COMBINAÇÃO DE LEIS. MINORANTE (TEXTO LEGAL VINCULADO). PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA (ART. 5º, INCISO XL DA CF/88). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 44, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 (NOVATIO LEGIS IN PEJUS). NECESSIDADE DE EXAME DE QUAL LEI, EM SUA INTEGRALIDADE, SERIA MAIS FAVORÁVEL AO PACIENTE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda. (Precedentes).

II - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, bem como de sua conduta social, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de justificar o aumento da pena-base (Precedente).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - In casu, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau, mantida pelo e. Tribunal a quo, apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível. Não existem argumentos suficientes a justificar, assim, a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

[...]

*Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena-base ao mínimo legal e, reconhecida a vedação à combinação de leis, determinar que o Juízo da Vara de Execuções analise qual lei apresenta-se mais favorável ao paciente" (HC n. 126.543/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJU de 14/9/2009).*

Nos termos da 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".

Na hipótese, a pena foi exasperada na fração de **3/8 (três oitavos)** com base na gravidade concreta do delito perpetrado pela paciente e seu comparsa, **armado**, que, para concretizarem a subtração **agrediram a vítima com tapas e chutes empregando violência desnecessária e gratuita**. Além disso, consta dos autos que a **paciente confirmou que o seu comparsa disparou contra os policiais militares**, restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA FRAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO CONCRETO. NÚMERO RAZOÁVEL DE AGENTES COM A LIBERDADE CERCEADA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. SUPLEMENTAÇÃO NA DOSIMETRIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AMPLITUDE DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos da 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *O número razoável de pessoas que tiveram a liberdade cerceada pelos agentes denota maior reprovabilidade da conduta, autorizando o estabelecimento de fração superior à mínima legal, na terceira fase da dosimetria da pena.*

3. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte, admite-se ao Tribunal, em decorrência da amplitude do efeito devolutivo da apelação, rever as considerações e suplementar a fundamentação na dosimetria da pena, desde que não agravada a pena do réu.

4. *Agravo regimental improvido"* (AgRg no HC n. 279.406/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 9/2/2017 - grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EXTRAVASAM O TIPO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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".

6. *Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - três agentes envolvidos na empreitada criminosa, com emprego de arma de fogo. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.*

[...]

9. *Habeas corpus não conhecido"* (HC n. 324.495/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/12/2016 - grifei).

Em relação ao regime prisional, sendo o paciente primário, fixada a pena-base no **mínimo legal** e considerada como **favoráveis todas as circunstâncias**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostrar-se-ia mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, do Código Penal.

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, havendo **fundamentação concreta**, e **diante das circunstâncias do caso**, é possível a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena.

Nesse sentido o seguinte precedente da col. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE, EM TESE. ANÁLISE DE CADA CASO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETADA À SEÇÃO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, inviável o seu conhecimento, cabendo a análise de flagrante ilegalidade.

2. A Terceira Seção decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso.

3. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade, haja vista que a Corte estadual invocou concretamente as circunstâncias do delito para justificar o regime prisional fechado, em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foi indicada a concreta gravidade do crime (tentativa de matar mulher grávida de 4 meses, valendo-se das relações domésticas, mediante meio cruel e motivo fútil, inclusive na presença do filho de 4 anos da vítima e mediante "roleta russa").

4. Writ não conhecido" (HC n. 362.535/MG, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/3/2017).

Na presente hipótese, o regime mais gravoso fundamentou-se nas circunstâncias do caso concreto, em que a paciente e seu comparsa desferiram chutes e tapas na vítima de forma desnecessária, além do comparsa da vítima ter efetuado disparos de arma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de fogo contra os policiais militares, demonstrando maior perigo e risco de vida da vítima e de terceiros.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

Contudo, **concedo a ordem de ofício** apenas para afastar a análise desfavorável da circunstância judicial da **personalidade**, mas **sem efeito** no **quantum** da pena que permanece definitivamente fixada em **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0104984-7

HC 448.708 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001496462016 00014964620168260635 1496462016 14964620168260635

EM MESA

JULGADO: 26/06/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CAMILA GALVAO TOURINHO - SP298866
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DEBORA ALBERTINA DOS SANTOS MOURA (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.