



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.534 - SP (2014/0152305-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : MARCEL FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO CASSALHO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MAJORADA. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DOS CRIMES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS POR TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE. AUMENTO CABÍVEL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA EXASPERAÇÃO SUPERIOR A 1/3 NA TERCEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ NÃO EVIDENCIADA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. 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. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A culpabilidade, para fins de individualização da pena, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Na hipótese, o fato de o réu ser policial militar denota serem as condutas mais censuráveis, o que impõe a fixação da básica acima do piso legal.

4. As circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* dos delitos revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo e extorsão, máxime em razão das agressões físicas sofridas pelas vítimas.

5. Em relação às consequências do crime, as quais correspondem ao resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se eskorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. No caso, o prejuízo suportado pelas vítimas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostra-se mais expressivo do que o próprio aos crimes contra o patrimônio, devendo ser destacado, ainda, que a *res furtivae* não foi recuperada.

6. Considerando a presença de três vetoriais desfavoráveis a serem sopesadas na primeira fase da dosimetria e o aumento ideal de 1/8 por circunstância desabonadora, bem como o intervalo da condenação prevista nos preceitos secundários dos tipos penais dos arts. 157 e 158 do CP, que corresponde a 6 anos, não há se falar em desproporcionalidade no incremento das reprimendas em 1 ano e 4 meses a justificar a intervenção excepcional desta Corte.

7. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo para a incidência da majorante, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização nos crimes de roubo e extorsão, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

8. A teor do entendimento pacífico desta Corte, "justifica-se a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal, quando a vítima é mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente" (HC n. 197.684/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 29/6/2012), o que resta evidenciado na hipótese dos autos, na qual as vítimas foram mantidas sob ameaça de arma de fogo por mais de uma hora.

9. Descabe falar em ofensa à Súmula 443/STJ, porquanto as circunstâncias concretas do delito de roubo, praticado mediante o emprego de armas de fogo, com o concurso de cinco agentes e restrição da liberdade das vítimas por mais de uma hora, evidenciam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena. Da mesma forma, forçoso concluir que o incremento superior ao mínimo legal no tocante ao crime de extorsão mereceu fundamentação idônea, por se tratar de crime praticado por cinco agentes e com o emprego de armas de fogo.

10. Nos termos da jurisprudência desta Corte, conquanto os crimes de roubo e extorsão sejam do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, tornando despiciendo o exame dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a incidência do art. 71 do Código Penal.

11. *Writ* não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.534 - SP (2014/0152305-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCEL FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO CASSALHO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado por **ADRIANO CASSALHO**, em benefício próprio, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o impetrante/paciente foi condenado à pena de 20 anos e 5 meses de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de 87 dias-multa, pela prática dos delitos previstos nos arts. 157, § 2º, I, II e V, e 158, § 1º, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso para reduzir o *quantum* de reprimenda para 15 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mais 37 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 22-55).

Ainda inconformada, interpôs recurso especial do acórdão, ao qual foi negado trânsito. Dessa decisão, foi interposto agravo em recurso especial, que restou desprovido, tendo a sentença condenatória transitado em julgado.

Neste *writ*, o impetrante/paciente sustenta, em síntese, que: a) a pena-base deve ser reduzida ao piso legal, dada a carência de motivação idônea para a sua exasperação; b) a reprimenda estabelecida para o crime de roubo foi exasperada acima do mínimo legal de 1/3 sem fundamentação concreta; c) deve ser decotado o aumento corresponde às majorantes do crime de roubo, do emprego de arma de fogo e da restrição à liberdade da vítima, bem como a majorante do crime de extorsão; d) deve ser reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão (e-STJ, fls. 1-20).

Pugna, assim, pela concessão da ordem para que seja revista a pena imposta pelas instâncias ordinárias.

Não foi deduzido pedido de liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela parcial concessão da ordem tão somente para reduzir o patamar de aumento da pena na terceira fase da dosimetria a 1/3 (e-STJ, fls. 159-162).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.534 - SP (2014/0152305-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARCEL FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO CASSALHÔ (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MAJORADA. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DOS CRIMES. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS POR TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE. AUMENTO CABÍVEL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA EXASPERAÇÃO SUPERIOR A 1/3 NA TERCEIRA FASE DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ NÃO EVIDENCIADA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. 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. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A culpabilidade, para fins de individualização da pena, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Na hipótese, o fato de o réu ser policial militar denota serem as condutas mais censuráveis, o que impõe a fixação da básica acima do piso legal.

4. As circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* dos delitos revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo e extorsão, máxime em razão das agressões físicas sofridas pelas vítimas.

5. Em relação às consequências do crime, as quais correspondem ao resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se eskorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. No caso, o prejuízo suportado pelas vítimas mostra-se mais expressivo do que o próprio aos crimes contra o patrimônio,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devendo ser destacado, ainda, que a *res furtivae* não foi recuperada.

6. Considerando a presença de três vetoriais desfavoráveis a serem sopesadas na primeira fase da dosimetria e o aumento ideal de 1/8 por circunstância desabonadora, bem como o intervalo da condenação prevista nos preceitos secundários dos tipos penais dos arts. 157 e 158 do CP, que corresponde a 6 anos, não há se falar em desproporcionalidade no incremento das reprimendas em 1 ano e 4 meses a justificar a intervenção excepcional desta Corte.

7. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo para a incidência da majorante, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização nos crimes de roubo e extorsão, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

8. A teor do entendimento pacífico desta Corte, "justifica-se a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal, quando a vítima é mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente" (HC n. 197.684/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 29/6/2012), o que resta evidenciado na hipótese dos autos, na qual as vítimas foram mantidas sob ameaça de arma de fogo por mais de uma hora.

9. Descabe falar em ofensa à Súmula 443/STJ, porquanto as circunstâncias concretas do delito de roubo, praticado mediante o emprego de armas de fogo, com o concurso de cinco agentes e restrição da liberdade das vítimas por mais de uma hora, evidenciam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena. Da mesma forma, forçoso concluir que o incremento superior ao mínimo legal no tocante ao crime de extorsão mereceu fundamentação idônea, por se tratar de crime praticado por cinco agentes e com o emprego de armas de fogo.

10. Nos termos da jurisprudência desta Corte, conquanto os crimes de roubo e extorsão sejam do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, tornando despiciendo o exame dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a incidência do art. 71 do Código Penal.

11. *Writ* não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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 os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

O Magistrado processante, ao proceder à dosimetria da pena, fez consignar:

"Analisadas as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, constato que o réu é primário, sendo que a forma pela qual se deu a prática do crime demonstrou maior periculosidade de seus comparsas, e que é extensiva, o réu, vez que aqueles, durante a prática do delito e, de forma desnecessária, porque já haviam contido as vítimas, ficavam agredindo estas, inclusive, dando chutes em José Luiz. Não obstante isto, réu era policial militar, o que também merece maior reprovação na aplicação da pena, vez que sua conduta social deve ser proteger e resguardar coletividade e não praticar um dos mais temerosos dos crimes. Logo, aplico a pena-base em 7 anos de reclusão e 30 dias-multa, para cada um dos delitos.

Na segunda fase de aplicação da penas não verifico a presença de agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na 3ª fase de aplicação da pena, quanto ao crime de roubo, constato que não há causas de diminuição da pena, existindo três causas de aumento, quais sejam: o concurso de agentes, o emprego de arma de fogo e a manutenção da vítima em poder dos réus, restringindo sua liberdade.

Logo, a pena é aumentada em 5/12, resultando em pena privativa de liberdade de 09 anos, 11 meses de reclusão e pena pecuniária de 42 dias-multa.

[...]

Quanto ao crime de extorsão, e na terceira fase de aplicação da pena, denoto a configuração do concurso de agentes e emprego de arma de fogo, assim, a pena deve ser aumentada até a metade. Ficando a pena em 10 anos, 06 meses de reclusão e 45 dias-multa" (e-STJ, fls. 94-97).

O Colegiado de origem, por seu turno, deu parcial provimento ao apelo defensivo pelos seguintes fundamentos:

"[...] Configuradas as qualificadoras do emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade da vítima, apontadas na denúncia (incisos I, II e V, § 2º, artigo 157 do Código Penal). Os acusados estavam previamente ajustados para a prática de crime contra o patrimônio, demonstrando que um emprestava apoio ao outro na empreitada criminosa, restringindo a liberdade das vítimas durante a ação criminosa, sob ameaça de arma de fogo.

O emprego da arma de fogo, igualmente, não pode ser afastado; embora não tenha sido possível sua apreensão e perícia, esta causa especial ficou demonstrada pelas declarações das vítimas.

[...]

Assim, foram comprovadas as qualificadoras do concurso de agentes, emprego de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas (incisos I, II e V, parágrafo 2º, artigo 157 do Código Penal), apontadas na denúncia.

[...]

Também não era caso de se reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos.

Ressalto que, embora os dois crimes tenham sido praticados no mesmo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contexto fático, não se pode falar em continuidade delitiva, crime-meio ou absorção, tendo em vista a nitidez dos desígnios autônomos: os criminosos roubaram dinheiro e bens pessoais das vítimas e, posteriormente, constrangeram uma delas a determinar que o gerente de seu comércio conseguisse mais dinheiro.

[...]

A pena-base, para ambos os crimes, foi fixada muito acima do mínimo legal, mas sem a necessária motivação, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal. Além disso, não indicou a MMA. Juíza sentenciante o caminho percorrido ao fixar o patamar das penas em 07 (sete) anos de reclusão.

Assim, na primeira fase, com fundamento nos artigos 59 e 60 do Código Penal, levando-se em consideração a periculosidade, as Assim, na primeira fase, com fundamento nos artigos 59 e 60 do Código Penal, levando-se em consideração a periculosidade, as consequências do crime e, principalmente, a personalidade demonstrada pelo réu, fixo a pena-base, para os dois crimes (roubo e extorsão), em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e o pagamento de 13 (treze) dias-multa, para cada delito.

Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, as reprimendas permanecem no patamar inicial.

Na terceira fase, para o roubo, presentes três qualificadoras (concurso de agentes, uso de arma e restrição da liberdade das vítimas), mantenho a majoração de 5/12 (cinco doze avos) utilizada na sentença, resultando na pena de 07 anos, 06 meses e 20 dias de reclusão e mais 18 dias-multa, que torno definitiva à míngua de circunstâncias modificadoras.

Justifico o entendimento de que na existência de duas ou mais qualificadoras deve o aumento ser sempre maior que o acréscimo quando somente uma qualificadora se faz presente.

[...]

Para a extorsão, correto também o critério utilizado em 1º Grau, presentes as duas causas de aumento (concurso de agentes e emprego de arma), elevo a pena em 1/2 (metade), resultando em 08 (oito) anos de reclusão e o pagamento de 19 (dezenove) dias- multa, que, não havendo outras modificações possíveis, torna-se definitiva" (e-STJ, fls. 139-148).

Com efeito, a culpabilidade, para fins de individualização da pena, deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Na hipótese, o fato de o réu ser policial militar denota serem as condutas mais censuráveis, o que impõe a fixação da básica acima do piso legal.

Ademais, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* dos delitos revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo e extorsão, máxime em razão das agressões físicas sofridas pelas vítimas.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. CABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que o Tribunal de origem pode, mantendo a pena e o regime inicial aplicados ao réu, lastrear-se em fundamentos diversos dos adotados em 1ª instância, ainda que em recurso exclusivo da defesa, sem configurar ofensa ao princípio do *ne reformatio in pejus*; desde que observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na exordial acusatória.

3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corrêus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados.

4. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

5. Os fundamentos quanto às consequências do crime não são idôneos. Isso porque o fato de os bens não terem sido recuperados não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, porquanto a subtração é inerente ao crime de roubo. Da mesma forma, o desvalor da personalidade está baseado em elementos genéricos, sem indicação de dados concretos a justificar a elevação da reprimenda-base.

6. Por outro lado, a valoração negativa da circunstância do crime está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o *modus operandi* empregado, que revela a maior gravidade do crime. A forma violenta com que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes em uma delas, extrapola as condições próprias do tipo de roubo e evidencia a maior reprovabilidade do crime praticado.

7. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima.

8. Refeita a dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo para 5 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau."

(HC 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

I - Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

II - Dessa forma, tendo sido fixada a pena-base acima do patamar mínimo, em virtude da valoração negativa da culpabilidade (justificada pelo *modus operandi* e pelo emprego de meio que impossibilitou a defesa da vítima), das circunstâncias do delito (o crime foi cometido em ambiente carcerário, com a burla das medidas de segurança e com fomento de animosidade entre os detentos) e dos motivos do crime (o delito foi praticado para assegurar a ocultação de outro crime), com fundamentação concreta e dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não há como proceder a qualquer reparo em sede de recurso especial (precedentes).

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 749.151/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/5/2016, DJe 16/5/2016, grifou-se).

Em relação às consequências do crime, as quais correspondem ao resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o prejuízo suportado pelas vítimas mostra-se mais expressivo do que o próprio aos crimes contra o patrimônio, devendo, ainda, ser destacado que a *res furtivae* não foi recuperada.

Nesse passo, considerando a presença de três vetoriais desfavoráveis a serem sopesadas na primeira fase da dosimetria e o aumento ideal de 1/8 por circunstância desabonadora, bem como o intervalo da condenação prevista nos preceitos secundários dos tipos penais dos arts. 157 e 158 do CP, que corresponde a 6 anos, não há se falar em desproporcionalidade no incremento das reprimendas em 1 ano e 4 meses a justificar a intervenção excepcional desta Corte.

No tocante à terceira fase da dosimetria, verifica-se que as penas foram majoradas pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma, tendo ainda sido reconhecida a incidência da majorante da restrição da liberdade das vítimas em relação ao crime de roubo.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo para a incidência da majorante, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização nos crimes de roubo e extorsão, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

Para corroborar tal entendimento, confirmam-se os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. REGIME PRISIONAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440 DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. Hipótese em que o Tribunal de origem fundamentou adequadamente a condenação, mediante cotejo da prova testemunhal colhida e dos demais elementos de convicção. E não é possível, nesta via estreita do *mandamus*, reexaminar o contexto probatório para inverter o decidido.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é prescindível a apreensão e a perícia da arma para a comprovação de seu potencial lesivo, bastando, para a aplicação da causa de aumento, que seja devidamente comprovado o seu emprego para a prática do crime.

4. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 deste Superior Tribunal de Justiça. *In casu*, a Corte estadual fixou o regime fechado ao único fundamento de que 'é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta, máxime se qualificada a infração'. Contudo, a gravidade abstrata do crime não serve como fundamento hábil a justificar o regime prisional mais severo.

5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de a garantir ao paciente o início do desconto da sanção aqui tratada em regime semiaberto."

(HC 325.107/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 3/11/2015).

"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. RÉU QUE ADMITE A PRÁTICA DO DELITO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ.

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

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização de causa de aumento de pena quando outros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos comprovem tal utilização.

3. Para haver a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma com que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação. Na hipótese, o paciente, ainda que tenha negado o emprego de arma, admitiu a sua participação no crime de roubo, fazendo jus à consideração dessa atenuante no cálculo da pena.

4. No crime de roubo circunstanciado, a fixação acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em dados concretos, não servindo de justificativa a mera quantidade de majorantes.

Inteligência da Súmula 443 do STJ.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício para, reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência, aplicar a fração mínima de 1/3 (um terço) em face da presença das majorantes e, por conseguinte, redimensionar a reprimenda imposta ao paciente."

(HC 283.304/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2015, DJe 5/10/2015).

De igual modo, a teor do entendimento pacífico desta Corte, "justifica-se a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal, quando a vítima é mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente" (HC n. 197.684/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 29/6/2012), o que resta evidenciado na hipótese dos autos, na qual as vítimas foram mantidas sob ameaça de arma de fogo por mais de uma hora.

Lado outro, descabe falar em ofensa à Súmula 443/STJ, porquanto as circunstâncias concretas do delito de roubo, praticado mediante o emprego de armas de fogo, com o concurso de cinco agentes e restrição da liberdade das vítimas por mais de uma hora, evidenciam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena. Da mesma forma, forçoso concluir que o incremento superior ao mínimo legal no tocante ao crime de extorsão mereceu fundamentação idônea, por se tratar de crime praticado por cinco agentes e com o emprego de armas de fogo.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 443 E 440 DO STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. UM DOS PACIENTES POSSUI CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E, EM RELAÇÃO AO OUTRO ACUSADO, A FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO ALICERÇOU-SE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- 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'.

- É de ser mantida a fração de aumento de 3/8, ante as majorantes do 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pois o acórdão recorrido fundamentou a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do crime - os pacientes contaram com a colaboração de um terceiro agente e, no momento da empreitada, houve o emprego de duas armas de fogo -, circunstâncias que justificam o afastamento da fração mínima.

- Não há óbice na fixação de regime de regime mais gravoso a paciente que teve a pena-base estabelecida acima do mínimo legal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável.

- Por outro lado, mesmo em relação ao paciente cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal, uma vez que o regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, cometido com violência exacerbada - a vítima, mulher, foi abordada em frente de sua residência e depois foi mantida trancada em um cômodo, sob o domínio de três agentes armados, enquanto os criminosos roubavam seu carro e diversos outros pertences que se encontravam no interior da residência. No mesmo sentido: RESp 1501738/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 18/8/2015).

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 334.746/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 21/10/2015).

Por derradeiro, conquanto os crimes de roubo e extorsão sejam do mesmo gênero, são de espécies distintas, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva, tornando-se despiciendo o exame dos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a incidência do art. 71 do Código Penal.

A fim de corroborar tais entendimentos, trago à colação os seguintes precedentes desta Corte:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS DELITOS. INEXISTÊNCIA. CONCURSO MATERIAL. INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O entendimento desta Corte Superior é uníssono acerca da incidência da Súmula n. 231 do STJ na segunda etapa da dosimetria da pena, de forma que a reprimenda, nesse momento, não pode ser reduzida a patamar inferior ao mínimo previsto em lei para o delito em questão.

2. A jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é firme em assinalar que se configuram os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair, mediante emprego de violência ou grave ameaça, bens da vítima, constrange-a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a entregar o cartão bancário e a respectiva senha, para sacar dinheiro de sua conta corrente.

3. Agravo regimental não provido."

(AgRg no AREsp 323.029/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 1/9/2016, DJe 12/9/2016, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO E EXTORSÃO. ALEGADA EXISTÊNCIA DE CRIME ÚNICO. CONDUTAS DIVERSAS, COMETIDAS EM CONCURSO MATERIAL. PRETENSÃO DE QUE SE RECONHEÇA A CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CRIMES DE ESPÉCIES DIVERSAS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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 *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- **Entende a jurisprudência desta Corte que em situações como a dos autos, nas quais há subtração de bens e, posteriormente, a vítima é obrigada a fornecer a senha para a realização de saques em sua conta bancária, estão configurados dois crimes autônomos, de roubo e de extorsão, em concurso material. Não há que se falar, assim, em delito único.**

- **Não é possível o reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, pois não são delitos da mesma espécie.**

Ademais, o reconhecimento da continuidade delitiva demandaria a incursão no acervo fático-probatório, tarefa vedada na via do *habeas corpus*.

- *Habeas Corpus* não conhecido."

(HC 324.896/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/8/2015, DJe 28/8/2015, grifou-se).

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PEDIDO DE ABSORÇÃO DOS CRIMES DE ROUBO PELO DE EXTORSÃO. DELITOS DE ESPÉCIES DISTINTAS. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL. EXTORSÃO QUALIFICADA. PENAS PREVISTAS PELO LEGISLADOR. PROPORCIONALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 - **"Tendo a autoridade apontada como coatora consignado que os delitos de roubo teriam ocorrido em contexto distinto do crime de extorsão mediante sequestro, o que não autorizaria a aplicação do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

princípio da consunção, não há que se falar em constrangimento ilegal a ser reparado por este Sodalício' (HC n. 268.946/SP, QUINTA TURMA, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 17/9/2013).

III - Os crimes de roubo e extorsão, apesar de serem do mesmo gênero, são espécies delituosas diferentes, não se configurando, portanto, a continuidade delitiva, mas sim o concurso material (precedentes do STF e do STJ).

IV - Não há que se falar em inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 158, § 3º, do Código Penal, por suposta violação do princípio da proporcionalidade, uma vez que a extorsão qualificada atenta não apenas contra o patrimônio, mas também, contra a liberdade individual, razão pela qual o legislador previu pena mais severa.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 343.976/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/8/2016, DJe 19/9/2016, grifou-se).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0152305-5

HC 297.534 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 001687252014 1687252014 20130000287338 90000012920058260106

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCEL FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO CASSALHO (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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.