



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.232 - SP (2012/0238712-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVERTON GARCIA DO NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CONSIDERAÇÃO DE FATOS DISTINTOS PARA O AUMENTO DA PENA NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. O juiz sentenciante considerou, para majorar a pena-base, o fato de o Paciente ter cometido o crime quando gozava de livramento condicional, o que não confunde com o fato de ser o Paciente reincidente.

5. Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, visto que, na hipótese dos autos, existem dois fatos diferentes justificando a elevação da pena. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos.

6. O fato de o Paciente ter se aproveitado da idade das vítimas para cometer o crime justifica a exasperação da pena pela valoração negativa da culpabilidade, pois trata-se de circunstância que imprimiu maior reprovabilidade à sua conduta.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.232 - SP (2012/0238712-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVERTON GARCIA DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de EVERTON GARCIA DO NASCIMENTO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação n.º 0285168-74.2009.8.26.0000, assim ementado:

Roubo qualificado - Impossibilidade de absolvição - Conjunto probatório suficiente para a condenação - Reconhecimento da tentativa - Afastamento das custas processuais - Recurso defensivo parcialmente provido. (Fl. 23, grifos no original.)

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 18 dias-multa, pela prática do delito de roubo majorado consumado. Interposta apelação pela Defesa, a Corte *a quo* desclassificou o crime para a forma tentada e reduziu as penas para 05 anos, 02 meses e 06 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 dias-multa.

No presente writ, sustenta-se, em suma, que a mesma condenação definitiva foi utilizada a título de maus antecedentes e, posteriormente, como agravante da reincidência.

Alega-se, ainda, que "*o fato de ter agido com violência contra adolescente, conforme explicitou o MM. Juízo na r. sentença, também não autoriza a elevação da pena-base porquanto a violência, neste caso, é circunstância inerente ao próprio tipo penal*" (fl. 05).

Postula-se, assim, a reforma da condenação "*para que seja fixada pena-base no mínimo legal, sob pena de configuração de bis in idem*" (fl. 06).

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 42/70, com a juntada de documentos pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 74/76, opinando pela denegação do writ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.232 - SP (2012/0238712-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. INOCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. CONSIDERAÇÃO DE FATOS DISTINTOS PARA O AUMENTO DA PENA NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

4. O juiz sentenciante considerou, para majorar a pena-base, o fato de o Paciente ter cometido o crime quando gozava de livramento condicional, o que não confunde com o fato de ser o Paciente reincidente.

5. Não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, visto que, na hipótese dos autos, existem dois fatos diferentes justificando a elevação da pena. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos.

6. O fato de o Paciente ter se aproveitado da idade das vítimas para cometer o crime justifica a exasperação da pena pela valoração negativa da culpabilidade, pois trata-se de circunstância que imprimiu maior reprovabilidade à sua conduta.

7. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação do **injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física** das pessoas [...].
[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta o art. 10 do AI nº 5/68 -, causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

*"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)*

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, a dosimetria da pena realizada em primeiro grau restou assim fundamentada, *ad litteram*:

"[...]

Provas a autoria e a materialidade do crime, não há como se deixar de condenar o réu; este que, em pleno gozo de livramento condicional, com audiência admonitória aos 07/04/08 (fls. 60), em 17/10/08



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voltou a ser preso em flagrante, por persistir em crime contra o patrimônio alheio. Agiu contra duas adolescentes, uma das quais, com violência física real. Longe de demonstrar um mínimo de arrependimento, revelou tratar-se de pessoa afeta à prática de crimes com violência, desprovido de sentimentos de culpa e/ou reparação diante dos sofrimentos acarretados a terceiros, além de ter mantido sua conduta criminosa mesmo depois de ter sofrido condenação. Esse conjunto de fatores desfavoráveis ao réu, autoriza sejam adotadas como base, as penas mínimas, acrescidas de 1/4 (4 + 1 ano recl.; 10 + 2 d.m.). Sobre as penas base (5 anos recl.; 12 d.m.), incide a circunstância agravante de o réu ser reincidente na prática de crime doloso (art. 61, I, c/c art. 64, I, ambos do CP - fls. 88 ou 118). Tratando-se de única circunstância desfavorável, relativa a única condenação transitada em julgado, nada justifica que o acréscimo seja superior a 1/6. Sobre o resultado (5 anos e 10 meses reclusão; 14 d.m.), incide causa de aumento, consistente em o roubo (art. 157, do CP) ter sido praticado mediante o concurso de agentes (§ 2º, II), impondo-se o acréscimo, mínimo, de 1/3. O novo resultado (7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão; 18 dias-multa) se torna definitivo, por não existirem circunstâncias atenuantes, nem causa especial para a diminuição das penas." (Fls. 18/19)

Por sua vez, o acórdão impugnado, ao manter a pena-base, asseverou, *in verbis*:

"[...]

Em primeiro lugar, o aumento de um quarto na base encontra-se plenamente justificado pelo ilustre Magistrado diante das circunstâncias judiciais amplamente desfavoráveis, bem explicitadas na r. sentença (fls. 184/185), e no fato deste crime ter sido cometido enquanto o apelante gozava de livramento condicional (fls. 60), de forma que não comporta mitigação.

Igualmente justo o aumento de um sexto em decorrência da reincidência específica (fls. 88) e de um terço diante da agravante da qualificadora do concurso de agentes.

Dessa forma as aflições, inicialmente impostas em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e 18 dias-multa, devem ser reduzidas apenas de um terço, pela tentativa, totalizando 5 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão, além de 12 dias-multa." (Fls. 26/27)

Assevere-se, preliminarmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo. E, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

Na espécie, conforme se observa da transcrição realizada, a fixação da pena-base acima do mínimo legal restou **suficientemente fundamentada**, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Paciente **especial reprovabilidade** e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal.

Com efeito, não assiste razão à Impetrante quando sustenta que a pena-base foi exasperada pela consideração da existência de maus antecedentes. Conforme ressaltado pelo acórdão impugnado, a pena-base foi estabelecida acima do mínimo pelo *"fato deste crime ter sido cometido enquanto o apelante gozava de livramento condicional"* (fls. 26/27).

De fato, a exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nas circunstâncias concretas do crime, que se afastaram do normal à espécie. O Paciente cometeu o roubo no gozo de livramento condicional em condenação anterior pelo mesmo crime, o que certamente aumenta sua **culpabilidade**.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I, II, E IV, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA POR AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. DECLARAÇÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR O JUÍZO CONDENATÓRIO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. LEGALIDADE. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis. O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciente cometeu o roubo no gozo de livramento condicional em condenação anterior pelo mesmo crime, o que certamente aumenta sua culpabilidade e justifica a pequena exasperação na reprimenda inicial (06 meses).

[...]

10. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para reconhecer a incidência da atenuante de confissão espontânea e compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionando a sanção penal nos termos do voto." (HC 214980/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013, sem grifos no original.)

Carece de fundamento a alegação de *bis in idem*, quanto à suposta consideração do mesmo crime tanto na primeira quanto na segunda fase da fixação da dosimetria da pena.

Verifica-se a distinção entre o fato utilizado, na primeira fase, para fixação da pena-base acima do mínimo legal e, na segunda, para a aplicação da agravante da reincidência.

Nesse contexto, vale destacar o entendimento da Corte Suprema, no que tange ao descumprimento ao referido princípio, quando da fixação da pena: "**Somente existe bis in idem quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de um mesmo crime.**" (AP 470 EDj-quartos, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2013, PUBLIC 10-10-2013; sem grifos no original.)

Assim, não se trata de violação ao princípio do *non bis in idem*, visto que existem dois fatos diferentes justificando a majoração da pena. Na primeira fase, restou evidenciado que o MM. Juiz considerou o fato de o Réu ter cometido o delito durante o livramento condicional, o que enseja reprovabilidade especial da conduta, daí o aumento de pena em função da circunstância judicial de culpabilidade, prevista no art. 59, do Código Penal. Por outro lado, no segundo momento do sistema trifásico, utilizou-se do fato de haver condenação com trânsito em julgado contra o Paciente.

Também justifica a valoração negativa da **culpabilidade** em razão da atuação mais intensa da agente, que cometeu o crime "*contra duas adolescentes*" (fl. 18), o que imprimiu maior reprovabilidade a sua conduta, sem correspondência com o tipo penal.

A propósito:

"PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA VÍTIMAS DISTINTAS. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. REEXAME DE MATERIAL FÁTICO PROBATÓRIO. DESNECESSIDADE.

[...]

DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. SÚMULA N.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7/STJ. FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA. NÚMERO DE INFRAÇÕES E CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO ESTATUTO REPRESSOR. AUMENTO JUSTIFICADO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. A culpabilidade e as consequências do crime foram negativamente valoradas pelas instâncias ordinárias ante a tenra idade das vítimas, bem como pelo trauma psicológico a elas ocasionado, o que justifica a exasperação da pena base acima do mínimo legal.

2. Em sendo assim, entendimento diverso por esta Corte Superior de Justiça, demandaria o revolvimento do material fático probatório dos autos vedado no âmbito do recurso especial nos termos do Enunciado Sumular n.º 7/STJ.

3. O aumento decorrente da aplicabilidade do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, demanda análise do requisitos objetivo (número de infrações) e subjetivo (circunstâncias judiciais do art. 59 do Estatuto Repressor).

4. Existindo duas circunstâncias desfavoráveis ao agravante e sendo dois os crimes pelos quais restou condenado, justifica-se o aumento de 1/5 (um quinto) pela continuidade delitiva.

5. Agravos regimentais a que se negam provimento." (AgRg no REsp 1201487/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 26/08/2011, sem grifos no original.)

Diante da **ausência de manifesta ilegalidade**, seria inviável reexaminar a fundamentação exarada pelo julgador, pois, conforme já consignado, a estreita via do *habeas corpus* não é adequada para avaliar se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. A sentença condenatória apontou circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade, motivos do crime, circunstâncias e consequências) que, à luz do art. 59 do Código Penal, autorizam a exasperação da pena acima do mínimo legal. Dessa forma, a fixação da pena-base está suficientemente fundamentada, inexistindo flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício.

3. Habeas corpus não conhecido." (HC 248.589/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 18/03/2013; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A AUTORIA DELITIVA. MAJORANTE DO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/06. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. O Paciente foi condenado como incurso no crime de associação para o tráfico à pena de 04 anos de reclusão, e nas sanções do crime de tráfico de drogas à pena de 08 anos de reclusão, ambos em regime inicial fechado, porque participou do transporte interestadual de quase uma tonelada de maconha, além de considerável quantidade de cocaína e haxixe.

2. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis. E, como não resta comprovada nenhuma ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

3. Se o réu nega a autoria delitiva, não há como reduzir a sanção por força da circunstância atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. Precedentes.

4. É dever do Magistrado sentenciante demonstrar, com fundamento nas peculiaridades do caso concreto, os motivos pelos quais fixou acima do mínimo o aumento de pena previsto no art. 40 da Lei n.º 11.343/06. A inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

5. Habeas corpus parcialmente concedido para fixar em 1/6 (um sexto) o aumento da pena pela interestadualidade do crime de tráfico." (HC 168.421/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 10/05/2012; sem grifos no original.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de habeas corpus.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0238712-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 259.232 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2851687420098260000 454752005 50080815375 990092851683

EM MESA

JULGADO: 20/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **LUCIANO MARIZ MAIA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVERTON GARCIA DO NASCIMENTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.