



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 549.595 - SP (2019/0362109-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - SP332406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANO LUIZ ENJYOGI (PRESO)
PACIENTE : DAVID WILLIAM MOREIRA CARDOSO (PRESO)
PACIENTE : ADRIANA FEITAS DE CARVALHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ NÃO EVIDENCIADA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.
3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato criminoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, máxime se considerada a violência física contra a vítima empregada na senda criminoso.
4. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o 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. No caso, o trauma causado à vítima, que não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, já que ela deixou seu emprego em razão do medo causado pela conduta dos réus, justifica o incremento da básica pelas consequências do delito.
5. Considerando a presença de duas vetoriais desabonadoras e o aumento ideal de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preceito secundário do tipo incriminador, chegar-se-ia ao incremento de 18 meses, patamar bastante superior ao fixado pela Corte de origem.

6. Nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

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 despropiciada a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

8. As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo, em concurso de três agentes, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.

9. Quanto à alegada participação de menor importância do paciente Juliano, verifica-se que tal tema não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta sua apreciação por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

10. Não se infere ilegalidade na dosagem da pena dos réus Juliano e Adriana, devendo, porém, ser reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea quanto ao réu David, o que demanda novo cálculo dosimétrico.

11. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

12. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para reduzir a reprimenda do paciente David a 6 anos e 5 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do acórdão ora impugnado.

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 Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 549.595 - SP (2019/0362109-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - SP332406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANO LUIZ ENJYOGI (PRESO)
PACIENTE : DAVID WILLIAM MOREIRA CARDOSO (PRESO)
PACIENTE : ADRIANA FEITAS DE CARVALHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **JULIANO LUIZ ENJYOGI, DAVID WILLIAM MOREIRA CARDOSO** e de **ADRIANA FREITAS DE CARVALHO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime prisional fechado, como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, II, e do art. 157, § 2º, II, c/c o art. 14, II, na forma dos arts. 71, todos do Código Penal (e-STJ, fls. 14-28).

Irresignada, a defesa e o *Parquet* apelaram ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso ministerial para reconhecer a incidência da majorante do emprego de arma de fogo, tendo, por outro lado, dado parcial provimento ao apelo defensivo, a fim de reduzir a reprimenda a 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, em regime prisional fechado, mais 17 dias-multa. Eis a ementa do acórdão:

"Recurso da Defesa - Roubo Consumado e Tentado em continuidade delitiva - Materialidade e autoria comprovadas por prova oral e documental - Absolvição - Impossibilidade - Condenação mantida - Recurso parcialmente Provido.

Apelo do representante do Ministério Público Reconhecimento da causa de aumento - emprego de arma de fogo quanto ao crime de roubo consumado - Acolhimento - Vítima deu conta de que os réus se valeram de uma arma de fogo para impedi-la de qualquer reação - Aumento da pena -base em 3/8 em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis - as circunstâncias em que se desdobraram os fatos, a crueldade e ousadia excessivas e as consequências advindas do crime obstam a fixação da pena - base no mínimo legal, mas no patamar de 1/6, mais apropriado à hipótese dos autos - Recurso Parcialmente Provido.

Provido" (e-STJ, fl. 33).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que a pena-base foi elevada pelas circunstâncias do crime, ainda que a violência e a grave ameaça empregadas na senda criminoso sejam ínsitas ao crime de roubo.

Ainda, em relação ao paciente David, afirma que a confissão parcial da prática delitiva deve ser sopesada como atenuante na segunda fase do cálculo dosimétrico.

Alem disso, assevera não ser possível reconhecer a causa de aumento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

emprego de arma de fogo, já que não houve apreensão do artefato supostamente utilizado no crime e, por consectário, não restou realizada perícia para atestar sua potencialidade lesiva.

Pondera, ainda, que o aumento na terceira fase da dosimetria não mereceu motivação concreta, em clara ofensa ao disposto na Súmula 443/STJ.

Por fim, afirma que o regime prisional semiaberto deve estabelecido aos pacientes David e Adriana, sendo cabível o regime prisional aberto ao paciente Juliano, considerando sua participação de menor importância.

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja revista a dosagem da pena, bem como seja estabelecido meio prisional menos severo aos pacientes.

Sem pedido de liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício apenas para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea em relação ao réu David (e-STJ, fls. 59-65).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 549.595 - SP (2019/0362109-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - SP332406
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JULIANO LUIZ ENJYOGI (PRESO)
PACIENTE : DAVID WILLIAM MOREIRA CARDOSO (PRESO)
PACIENTE : ADRIANA FEITAS DE CARVALHO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ NÃO EVIDENCIADA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.
3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato criminoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, máxime se considerada a violência física contra a vítima empregada na senda criminoso.
4. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o 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 trauma causado à vítima, que não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, já que ela deixou seu emprego em razão do medo causado pela conduta dos réus, justifica o incremento da básica pelas consequências do delito.
5. Considerando a presença de duas vetoriais desabonadoras e o aumento ideal de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo incriminador, chegar-se-ia ao incremento de 18 meses,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar bastante superior ao fixado pela Corte de origem.

6. Nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

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 do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

8. As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo, em concurso de três agentes, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.

9. Quanto à alegada participação de menor importância do paciente Juliano, verifica-se que tal tema não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta sua apreciação por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

10. Não se infere ilegalidade na dosagem da pena dos réus Juliano e Adriana, devendo, porém, ser reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea quanto ao réu David, o que demanda novo cálculo dosimétrico.

11. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

12. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para reduzir a reprimenda do paciente David a 6 anos e 5 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do acórdão ora impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

O Magistrado processante, no bojo do decreto condenatório, asseverou:

"David confessou a prática do roubo consumado e, embora tenha tentado inocentar os corréus Adriana e Juliano, dizendo que eles não sabiam que iria praticar o delito e que a moça que estava consigo no momento da infração era Rafaela e não Adriana, certo é que a vítima reconheceu Adriana em solo policial em duas oportunidades diversas, tanto por foto, quanto pessoalmente (fls. 13 e 72), tendo ainda a reconhecido pessoalmente em Juízo, quando prestou suas declarações (fls. 241), não tendo restado evidenciado no feito qualquer motivo que pudesse colocar em dúvida tais reconhecimentos realizados, ao contrário, consta dos autos informação de que a vítima foi ameaçada pelos irmãos da acusada, de maneira que não tinha ele qualquer razão para falsamente lhe imputar a prática de crimes.

[...]

Passo, então, à fixação das penas.

Na primeira fase do cálculo, em atenção ao disposto no artigo 59, do Código Penal, fixo a sanção dos réus 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, na medida em que não são favoráveis as circunstâncias previstas no artigo 59, do Código Penal.

Com efeito, do que se infere dos autos, possuem os acusados personalidade voltada para a prática de delitos e conduta social de todo desfavorável, tendo Juliano e David sido presos pouco depois dos 'É fatos ora em apreço, em flagrante, também pela prática de crimes contra o patrimônio (fls. 35/38, 280/281 e certidões de fls. 114/116 e 213) e Adriana sido presa em 2007 por tráfico (fls. 295). Outrossim, nota-se que as circunstâncias o que envolveram a prática delitiva, assim como as consequências do crime, foram mais gravosas do que o comum para a espécie, tendo a vítima relatado ter ficado traumatizada e até abandonado seu emprego em razão dos fatos em tela. Frise-se que a vítima expressamente disse estar com muito medo, tendo, inclusive, chorado durante seu depoimento em Juízo, ao relatar que a ré mandava David "lhe finalizar" e que foi agredido com socos e chutes em todo o seu corpo (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

290). Somado a isso, ainda se impõe ressaltar a utilização de arma na subtração que causou maior temor no ânimo da vítima, reduzindo qualquer possibilidade de reação. Com efeito, por não ter sido a arma apreendida, não pode ser reconhecida a causa de aumento prevista no inciso I, do § 2º, do artigo 157, do Código Penal, porém, deve ser considerada sua utilização, relatada com segurança pela vítima, como circunstância judicial desfavorável, eis que possui a conduta dos réus um maior desvalor, diante da utilização de arma para intimidar o ofendido, de modo que não pode ser a pena dos réus equivalente à sanção aquele que não emprega qualquer tipo de arma para perpetrar a subtração.

Assim, considerando o acima explicitado, fica a reprimenda dos réus fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, mais pagamento de 12 (doze) dias -multa, arbitrados no valor unitário mínimo legal, à mingua de Na segunda fase do cálculo, não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas, sendo que a confissão do acusado David, por ter sido parcial, não se mostra apta a autorizar a redução da sanção.

o Na terceira fase da fixação, presente a majorante prevista no inciso II, do § 2º, do artigo 157, do Código Penal, são as o reprimendas dos réus elevadas em 1/3 (um terço), perfazendo pena de 06 (seis) o o anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 16 (dezesesseis) dias - o multa, sendo que, em razão da continuidade delitiva reconhecida, de rigor novo o aumento das reprimendas na terceira fase, agora no patamar de 1/6 (um sexto), a, O ro nos termos do alhures fundamentado, totalizando sanção final de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 18 (dezoito) CD dias -multa, no valor unitário mínimo legal.

o Os réus deverão iniciar o cumprimento das penas em regime fechado, considerando as circunstâncias concretas dos delitos em testilha, em que se tem notícia da utilização de arma e efetivo emprego de o violência contra o ofendido, sendo que, na mesma madrugada, poucas horas depois do primeiro roubo, voltaram os réus ao palco dos fatos para novamente subtrair a vítima, o que demonstra ousadia e periculosidade dos agentes, que praticaram crime cada vez mais desassossegador da sociedade, além de evidenciar certeza de impunidade, lembrando-se que está presente na hipótese a majorante do concurso de pessoas, não tendo as circunstâncias judiciais, outrossim, sido consideradas favoráveis quando da fixação da pena-base, observando-se, dessa forma, o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal. Na hipótese em tela, não há que se falar em aplicação do disposto na Lei nº 12.736/12, uma vez que o tempo de prisão cautelar dos acusados não se mostra suficiente para alterar o regime inicial de cumprimento de pena ora imposto" (e-STJ, fls. 17-27).

O Colegiado de origem, a seu turno, deu parcial provimento aos apelos manejados pelas partes, asseverando:

"De outra banda, a pretendida exasperação da pena-base em 3/8, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis comporta parcial acolhimento.

A pena-base de todos os acusados, para os dois roubos, sob a justificativa de que eles possuem personalidade voltada para a prática de crimes, que suas condutas sociais são desfavoráveis, eis que os acusados David e Juliano foram presos em flagrante logo após a prática dos crimes aqui tratados, quando praticavam delito assemelhado, e Adriana foi presa por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tráfico de drogas em 2007, aliado as circunstâncias e consequências do crime que foram mais graves do que a comum à espécie, pois a vítima De outra banda, a pretendida exasperação da pena - base em 3/8, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis comporta parcial acolhimento.

A pena-base de todos os acusados, para os dois roubos, sob a justificativa de que eles possuem personalidade voltada para a prática de crimes, que suas condutas sociais são desfavoráveis, eis que os acusados David e Juliano foram presos em flagrante logo após a prática dos crimes aqui tratados, quando praticavam delito assemelhado, e Adriana foi presa por tráfico de drogas em 2007, aliado as circunstâncias e consequências do crime que foram mais graves do que a comum à espécie, pois a vítima ficou traumatizada ao ponto de deixar o emprego em razão do medo, foi fixada em 1/4 acima do mínimo legal, tornando as penas em 05 anos de reclusão e 12 dias -multa em seu mínimo unitário, o que a meu ver é exagerada, uma vez que não consta nos autos certidão cartorária caracterizadora de maus antecedentes, entretanto, analisando as circunstâncias em que se desdobraram os fatos, a crueldade e ousadia excessivas, assim como as consequências advindas do crime, entendo que a conduta não pode ser tratada como um "caso comum" de roubo em que a violência e a grave ameaça estão ínsitas na severidade da sanção, de sorte que nesta oportunidade fixo a pena -base para todos os réus em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa em seu mínimo unitário.

Na segunda etapa a pena de todos os réus permanece inalterada no mínimo legal por ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes.

Não há que se falar em reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea em relação ao réu David, como pretendido pela defesa, eis que não se admite a confissão parcial para fins de obtenção da benesse.

Embora o acusado tenha admitido ter praticado o primeiro roubo, ele negou a prática do segundo crime, Também negou a participação dos corréus Juliano e Adriana, buscando minimizar a sua conduta, comprometendo a verdade processual.

[...] Outrossim, quanto ao crime de roubo consumado, em virtude das duas causas especiais de aumento de pena - emprego de arma de fogo e concurso de agentes -, a pena deve ser acrescida à razão de 3/8, alcançando a pena de todos os réus 06 anos e 05 meses de reclusão e 15 dias-multa em seu mínimo unitário.

Convém ressaltar que o aumento em 3/8 pelas duas causas de aumento de pena está em harmonia com o entendimento jurisprudencial: "A pena para o delito de roubo biqualeficado, com o advento da Lei nº 9.246/96, passou a ser majorada em três oitavos (3/8), reservando-se a exasperação mínima para quando presente uma causa de aumento, a de cinco doze avos (5/12) se três, de onze vinte e quatro avos (11/24) se quatro e metade (1/2), se presentes todas as qualificadoras" (Ap. 1.073.249/4 - Rel. Juiz José Habite - j. 12/01/98 - rolo/flash 1149/055).

Observo que o aumento acima do mínimo não se pauta em critérios aritméticos, mas sim nas circunstâncias em que os crimes foram praticados, o que, a meu ver, de fato obsta que os réus sejam agraciados com o acréscimo mínimo de 1/3.

Isto porque parece despropositado que os agentes se valham do maior número possível de causas de aumento de pena, e com o fim indiscutível



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de obter maior probabilidade de sucesso na empreitada criminosa, causando, em virtude de cada causa de aumento de pena, maior constrangimento às vítimas, mas nem por isso deverá ter sua pena agravada na mesma proporção.

Vale dizer, sempre há a preocupação de ser o mais justo possível com o agente transgressor da norma penal, até mesmo minimizando o rigor da lei, olvidando-se do constrangimento, do pavor e do abuso causado à vítima, tanto maior à medida que o agente se acerca do emprego de arma de fogo, do concurso de agentes, de privação da liberdade, etc.

Quanto ao crime de roubo tentado a pena fica mantida como lançada em Primeiro Grau.

Porfim, em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva, a pena do crime mais grave - roubo consumado - é acrescida de 1/6, tornando as penas de forma definitiva em 07 anos, 05 meses e 25 dias de reclusão e 17 dias-multa em seu mínimo unitário.

De outra banda, o regime fechado é compatível com a hipótese dos autos e deve prevalecer.

Trata-se de crime perpetrado com violência e grave ameaça à pessoa, praticado com emprego de arma de fogo, tratando-se de empreitada que bem indica a personalidade desajustada de seus autores, voltada ao ganho patrimonial em total desrespeito à integridade física e ou psicológica do cidadão de bem.

Ademais, conceder-lhes regime mais brando seria decidir contra os anseios da coletividade, que clama por mais rigor na punição dos crimes praticados com violência contra as pessoas" (e-STJ, fls. 39-42).

Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o fato criminoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, máxime se considerada a violência física contra a vítima empregada na senda criminosa.

A fim de corroborar tal conclusão, os seguintes precedentes:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 corréus, 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 que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes em uma delas, extrapolam as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, que devem ser entendidas como o 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 trauma causado à vítima, que não pode ser confundido com mero abalo psicológico passageiro, já que ela deixou seu emprego em razão do medo causado pela conduta dos réus, justifica o incremento da básica pelas consequências do delito.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Acerca das consequências, ficou registrado o trauma psicológico sofrido pelas vítimas - especialmente a que estava grávida de seis meses à época da ação criminal, que declarou que o bebê, após o crime, não manteve a taxa de crescimento e o peso esperado, nascendo abaixo do peso normal.

2. As instâncias antecedentes apresentaram motivação idônea para a exasperação da pena-base do paciente, baseada em elementos concretos dos autos - os prejuízos materiais e extrapatrimoniais suportados pelas vítimas.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 490.633/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 29/11/2019).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PENA-BASE. TRAUMA PSICOLÓGICO SOFRIDO PELA VÍTIMA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O trauma psicológico sofrido pela vítima pode ser considerado para aumentar a pena-base, nos termos da jurisprudência deste Sodalício. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AREsp 1407255/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2019, DJe 2/12/2019).

Nesse contexto, considerando a presença de duas vetoriais desabonadoras e o aumento ideal de 1/8 por cada uma delas, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preceito secundário do tipo incriminador, chegar-se-ia ao incremento de 18 meses, patamar bastante superior ao fixado pela Corte de origem.

Quanto ao paciente David, razão assiste quanto ao pleito de incidência da atenuante da confissão espontânea.

Isso porque, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para fundamentar a sua condenação, como no caso em análise.

A fim de corroborar tal entendimento, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONFISSÃO PARCIAL. ATENUANTE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVOS REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS.

1. Se a confissão do acusado foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou mesmo que tenha havido posterior retratação. Inteligência da Súmula n. 545 do STJ.

2. Não é possível realizar a compensação integral entre a confissão e a reincidência, ante a multirreincidência do réu.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que o reconhecimento de nulidade, relativa ou absoluta, exige a indicação em tempo oportuno e a demonstração do prejuízo, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. "A pena-base deve ser sempre fixada dentro das balizas estabelecidas pelo legislador, sendo defeso ao Juiz, mesmo quando as circunstâncias judiciais do art. 59 forem favoráveis ao réu, fixá-la abaixo do limite mínimo previsto na norma penal incriminadora" (REsp n. 212.237/GO, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, 5ª T., DJ 5/3/2001).

5. Agravos regimentais não providos." (AgInt no REsp 1661261/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 3/8/2017, DJe 10/8/2017, grifou-se);

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PELO MAGISTRADO. REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. CIRCUNSTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES. ERESP N. 1.154.752/RS. SÚMULA N. 545/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A confissão parcial do réu configura a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal quando utilizada na formação da convicção do Magistrado. Nesse sentido: HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016. Súmula n. 545 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, redimensionando a pena do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório." (HC 393.104/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 30/6/2017, grifou-se).

Ademais, 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 do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

Para corroborar tal entendimento, os seguintes julgados:

"*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.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de se garantir ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 03/11/2015.)

"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 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 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 15/09/2015, DJe 05/10/2015.)

Mais: verifica-se que o Tribunal de origem, no julgamento da apelação defensiva, fundamentou concretamente a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ.

Em verdade, as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo, em concurso de três agentes, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 443 E 440/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, 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 18/08/2015).

- *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.)

Quanto à alegada participação de menor importância do paciente Juliano, verifica-se que tal tema não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta sua apreciação por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e em violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

A fim de corroborar tal conclusão, trago à baila os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse diapasão:

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PRETENSÃO DE NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES À SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU E DO DEFENSOR CONSTITUÍDO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. MATÉRIA NÃO CONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A matéria debatida neste writ - nulidade dos atos posteriores à sentença por ausência de intimação do réu e do seu defensor constituído nos autos da sentença condenatória -, ainda que de ordem pública, não foi, em nenhum momento, objeto de exame pelas instâncias ordinárias, até porque nem sequer foi abordada na apelação interposta pela Defensoria Pública, razão pela qual não pode ser originariamente conhecida no âmbito desta Corte Superior de Justiça (art. 105, II, 'a', da Constituição Federal), sob pena de indevida supressão de instância.

2. É cabível a análise, em *habeas corpus*, da questão suscitada perante a Corte estadual e aqui reiterada, qual seja, a almejada intimação pessoal da sentença condenatória (ou na pessoa do seu defensor, caso solto o réu), visto que essa matéria não requer análise de controvérsia factual nem demanda produção de provas.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 71.499/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/9/2015, DJe 9/10/2015, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PARTICIPAÇÃO DE MENOR. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA, NULIDADE DAS PROVAS E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. GRAVIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA DAS INFRAÇÕES. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, da aventada nulidade das provas produzidas, do alegado excesso de prazo para a custódia cautelar, bem como da desnecessidade da constrição em razão da classificação equivocada da conduta imputada ao paciente - uma vez que este seria mero usuário de drogas -, tendo em vista que tais questões não foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

analisadas pelo Tribunal impetrado no aresto combatido.

3. Não há coação na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária para a preservação da ordem pública, dada a gravidade das condutas incriminadas e o risco efetivo de perpetuação das atividades de traficância.

4. A variedade, a quantidade de porções e a natureza altamente lesiva de um dos estupefacientes capturados, somadas à forma de acondicionamento do referido material tóxico, bem como às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante - na companhia de um menor e em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes -, são fatores que indicam a periculosidade efetiva do envolvido e a potencialidade lesiva do crime perpetrado, autorizando a preventiva.

5. Condições pessoais favoráveis não teriam o condão de ensejar a revogação da prisão antecipada, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade do enclausuramento.

6. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 318.623/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/5/2015, DJe 28/5/2015, grifou-se).

Nesse contexto, não se infere ilegalidade na dosagem da pena dos réus Juliano e Adriana, devendo, porém, ser reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea quanto ao réu David, o que demanda novo cálculo dosimétrico.

Partindo da pena-base de 4 anos e 8 meses de reclusão, deve a reprimenda ser reconduzida ao piso legal de 4 anos, na etapa intermediária, pela incidência da atenuante da confissão espontânea. Em seguida, mantido o incremento de 3/8 pelas duas majorantes, chega-se a 5 anos e 4 meses de reclusão. Por fim, pela continuidade delitiva, a reprimenda do réu David merece ser exasperada na fração de 1/6, totalizando 6 anos e 5 meses de reclusão.

Por derradeiro, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposta ao réu.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* de pena firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado ao paciente, pois, embora a sua pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a existência de circunstância judicial desfavorável, a exemplo dos maus antecedentes, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. Agravo regimental improvido."

(AgRg no HC 326.343/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)

"*HABEAS CORPUS*. ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/1990, POR QUATRO VEZES, NA FORMA DO ART. 71 DO CP. PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE DESFAVORÁVEL. ELEMENTOS CONCRETOS INDICADOS PELO JULGADOR. WRIT DENEGADO.

1. A revisão da dosimetria da pena no *habeas corpus* somente é permitida nas hipóteses de falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada é notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

2. A vetorial culpabilidade, analisada como maior grau de censurabilidade da conduta, deve ser mantida quando o acórdão registra a maneira articulada do réu para cometer a sonegação fiscal, pois ele, de forma engenhosa, criou uma empresa formalmente integrada por sócios que, em verdade, não compunham a sociedade empresarial, com a intenção preordenada de lesar o erário. Tal reprovabilidade não é inerente ao tipo penal, pois a fraude fiscal prescinde da criação de empresa de fachada. **É inviável a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu primário e condenado a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão quando há registro de circunstância judicial desfavorável (culpabilidade), consoante o teor dos arts. 33, § 3º e 44, III, ambos do CP.**

[...]

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 335.245/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015, grifou-se.)

No caso, considerando a fixação de pena em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, bem como a presenças de duas circunstâncias judiciais desabonadoras, deve ser mantido o meio prisional fechado, conforme o reconhecido pelas instâncias ordinárias.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** a ordem, de ofício, tão somente para reduzir a reprimenda do paciente David a 6 anos e 5 meses de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do acórdão ora impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0362109-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 549.595 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00028981920138260361 28981920138260361 5892013

EM MESA

JULGADO: 11/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI - SP332406
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JULIANO LUIZ ENJYOGI (PRESO)
PACIENTE	:	DAVID WILLIAM MOREIRA CARDOSO (PRESO)
PACIENTE	:	ADRIANA FEITAS DE CARVALHO (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.