



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.321 - SP (2017/0043542-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL MANTIDA. DESPROPORCIONALIDADE NA EXASPERAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. AUMENTO PELA INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. SÚMULA 443/STJ. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. FRAÇÃO ADOTADA QUE SE REVELA EXCESSIVA. *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. 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. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ).

4. Não há se falar em ilegalidade na exasperação da reprimenda-base a título de conduta social pela incidência da Súmula 444/STJ, porquanto demonstrado o comportamento desvirtuado do réu perante a sociedade na qual está inserido, evidenciado pelo seu desprezo sistemático pelo patrimônio da mesma vítima, o que não ter considerado como desimportante no procedimento dosimétrico e, por certo, exige resposta penal superior, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Precedente.

5. Considerando ao aumento ideal de 1/8 (um oitavo) por circunstância judicial desfavorável, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 (seis) anos, chegar-se-ia à pena de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Merece ser salientado que o critério de exasperação da básica estabelecido pela doutrina e jurisprudência, diante do silêncio do legislador, não tem caráter absoluto, admitindo-se incremento um pouco superior. Porém, *in casu*, o incremento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base de 2 (dois) anos pela conduta social do réu revela-se excessivo.

6. Nos moldes da Súmula/STJ 545, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere no caso dos autos.

7. A sentença aplicou a fração de 1/2 para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Por seu turno, o Colegiado de origem, ao manter tal fração de aumento, reconheceu terem sido observados os critérios de proporcionalidade na terceira fase da dosimetria, por se tratar de crime perpetrado por três agentes, mediante o emprego de arma de fogo, tendo havido exposição de duas vítimas a perigo efetivo. Em verdade, ainda que admitida a exasperação da pena acima do mínimo legal, o *quantum* adotado revela-se excessivo e, portanto, incide à espécie o disposto na Súmula 443/STJ.

8. Impõe-se estabelecer a pena-base em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, que deve ser reconduzida ao piso legal, na segunda fase da dosimetria, ante a presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa. Ao final, reduzido o incremento ao patamar de 3/8 (três oitavos) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo, chega-se à pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) de reclusão, que torno definitiva, diante da inexistência de outras circunstâncias judiciais a serem valoradas, ficando mantido o regime prisional fechado.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

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

Brasília (DF), 08 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.321 - SP (2017/0043542-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de **PAULO HENRIQUE DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos de reclusão, inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa, como incurso nas sanções previstas no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (e-STJ, fls. 24-28).

A defesa recorreu da sentença, tendo a Corte de origem dado parcial provimento ao apelo para reduzir a sanção corporal a 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, nos termos do seguinte acórdão a seguir:

"ROUBO CIRCUNSTANCIADO- Apelo do réu- Dosimetria - Incremento da pena-base que observou os ditames legais (art. 59 do CP) - Acusado que anota mais de vinte registros criminais de roubos perpetrados contra o mesmo estabelecimento do caso dos autos - Personalidade desajustada e recalcitrância delitiva que justificam o aumento no patamar aplicado (metade) - Confissão parcial que não tem o condão de atenuar a reprimenda - Aplicação da atenuante da menoridade relativa - Pleito acolhido - Sentença reformada apenas neste tópico - Majorantes (emprego de arma e concurso de agentes) devidamente comprovadas pela prova oral coligida - Desnecessidade de apreensão do artefato empregado na subtração - Precedentes do STJ - Acréscimo de metade que se revela adequado às particularidades da conduta - Funcionários que foram rendidos por três agentes e ameaçados mediante o uso de arma de fogo, artefato de elevada potencialidade lesiva - Regime fechado inalterado. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO." (e-STJ, fl. 54).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta que: a) "a sentença estabeleceu uma pena-base aumentada na fração de metade, sendo integralmente mantida neste particular pelo v. Acórdão"; b) "a pena na primeira fase de dosimetria foi estabelecida em patamar tão superior em decorrência de análise de uma suposta 'personalidade deturpada' do paciente, que seria inclinado ao cometimento de delitos, mesmo sendo ele PRIMÁRIO à época dos fatos. O único processo transitado em julgado trata de delito praticado em 16/09/2014 (transitado em julgado em 11/5/2015), ou seja, posterior ao presente caso. Analisando-se as demais anotações percebe-se que não há processo apto a agravar a pena"; c) "PAULO teria cometido outros crimes similares contra o mesmo estabelecimento comercial, e os julgadores, para corroborarem a alegação, apontaram que havia 18 outros inquéritos policiais abertos, apurando exatamente tais crimes. Tal argumentação é explícita na r. sentença e, sobretudo, no v. acórdão, conforme se observa de fl. 105"; d) "por violação expressa à Súmula 444, ou, ainda, pela falha na análise do critério de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade, isolado de todos os outros elementos trazidos pelo artigo 59 do Código Penal, a correção da pena-base, para o mínimo legal, é medida de rigor"; e) "conforme entendimento pacífico do E. Superior Tribunal de Justiça, não se exige a confissão total do acusado, sendo admitida, inclusive, a chamada 'confissão qualificada'"; f) "a simples existência de duas causas de aumento (pois são citadas apenas as duas majorantes) não é suficiente para implicar em majoração da pena em quantia superior a 1/3 (um terço), pois, na medida em que o artigo 68, parágrafo único, do Código Penal faculta ao juiz, no caso de concurso de causas de aumento, aplicar apenas o aumento decorrente de uma das causas, se o magistrado desejar aplicar o aumento decorrente de duas causas que entendeu presentes deve dizer o porquê de ter escolhido essa solução e não a prevista no parágrafo único do artigo 68. E para justificar essa escolha não basta dizer que estão presentes duas causas de aumento" (e-STJ, fls. 1-18).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, para que seja estabelecida a pena-base no mínimo legal e reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea, bem como seja estabelecida a fração de aumento de 1/3 (um-terço) pela incidência das duas causas de aumento do crime de roubo.

Não foi deduzido pedido liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se "pela parcial concessão da ordem, para que afaste a qualificadora da escalada" (e-STJ, fls. 98-102).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.321 - SP (2017/0043542-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL MANTIDA. DESPROPORCIONALIDADE NA EXASPERAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. AUMENTO PELA INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. SÚMULA 443/STJ. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA AUMENTO SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. FRAÇÃO ADOTADA QUE SE REVELA EXCESSIVA. *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. 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. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ).

4. Não há se falar em ilegalidade na exasperação da reprimenda-base a título de conduta social pela incidência da Súmula 444/STJ, porquanto demonstrado o comportamento desvirtuado do réu perante a sociedade na qual está inserido, evidenciado pelo seu desprezo sistemático pelo patrimônio da mesma vítima, o que não ter considerado como desimportante no procedimento dosimétrico e, por certo, exige resposta penal superior, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Precedente.

5. Considerando ao aumento ideal de 1/8 (um oitavo) por circunstância judicial desfavorável, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 (seis) anos, chegar-se-ia à pena de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Merece ser salientado que o critério de exasperação da básica estabelecido pela doutrina e jurisprudência, diante do silêncio do legislador, não tem caráter absoluto, admitindo-se incremento um pouco superior. Porém, *in casu*, o incremento da pena-base de 2 (dois) anos pela conduta social do réu revela-se excessivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Nos moldes da Súmula/STJ 545, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere no caso dos autos.

7. A sentença aplicou a fração de 1/2 para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Por seu turno, o Colegiado de origem, ao manter tal fração de aumento, reconheceu terem sido observados os critérios de proporcionalidade na terceira fase da dosimetria, por se tratar de crime perpetrado por três agentes, mediante o emprego de arma de fogo, tendo havido exposição de duas vítimas a perigo efetivo. Em verdade, ainda que admitida a exasperação da pena acima do mínimo legal, o *quantum* adotado revela-se excessivo e, portanto, incide à espécie o disposto na Súmula 443/STJ.

8. Impõe-se estabelecer a pena-base em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, que deve ser reconduzida ao piso legal, na segunda fase da dosimetria, ante a presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa. Ao final, reduzido o incremento ao patamar de 3/8 (três oitavos) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo, chega-se à pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) de reclusão, que torno definitiva, diante da inexistência de outras circunstâncias judiciais a serem valoradas, ficando mantido o regime prisional fechado.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

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.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] Com base nas diretrizes do art. 59. do CP fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 15(quinze) dias-multa no piso mínimo unitário legal. As reprimendas nesta primeira fase da dosimetria restaram arbitradas além do menor patamar abstratamente previsto por conta da personalidade do apenado, que é deturpada e inclinada severamente à delinquência. O réu assaltou cerca de vinte e cinco vezes o mesmo estabelecimento comercial, o que demonstra seu caráter vil e a certeza que tinha na impunidade. Este comportamento inaceitável exige reprovação exemplar. A confissão parcial não serve à atenuação das sanções. O aumento das reprimendas no patamar de metade é medida de rigor em vista da presença das causas de aumento de pena dos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do CP: 9 (nove) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa. PENA FINAL: 9 (nove) anos de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é o fechado consoante prevê a alínea 'a', do § 2º, do art. 33, do CP" **(e-STJ, fl. 28)**.

[...]

5. Considerada a personalidade desajustada do apelante, nos termos do art. 59 do Código Penal, a pena-base foi acertadamente estabelecida acima do piso legal, em 6 anos de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa.

Com efeito, os funcionários do posto de combustível relataram que o recorrente já teria assaltado anteriormente aquele mesmo local cerca de vinte e cinco vezes, circunstância também narrada pelo proprietário do estabelecimento (mídia em apenso).

Sob o crivo do contraditório, o próprio réu admitiu ter perpetrado outros oito crimes análogos naquele mesmo lugar (mídia em apenso).

E, de fato, Paulo registra outros dezoito inquéritos relativos a roubos cometidos contra o estabelecimento 'Centro Automotivo Quebec' (folha de antecedentes em apenso), de sorte que uma dessas imputações foi, inclusive, julgada procedentes em primeira instância (cf. certidão de fls. 16 do apenso).[...]

5.1 Não há que se falar em mitigação da pena pela confissão espontânea, eis que Paulo admitiu apenas em parte a acusação, negando o emprego de arma e o concurso de agentes. Não demonstrou, por conseguinte, arrependimento sincero e lealdade processual, requisitos da atenuante em questão.

5.3 Preservado o acréscimo de metade, aplicado pelas majorantes descritas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, perfaz a pena o total de 7 anos e 6 meses de reclusão, mais o pagamento de dezoito dias-multa.

Frise-se que o acréscimo revela-se adequado às particularidades da hipótese vertente- roubo cometido em concurso de três agentes e mediante emprego de arma de fogo, artefato de elevada potencialidade lesiva, conjunto de circunstâncias que anulou a possibilidade de resistência e expôs dois funcionários a efetivo perigo (cf. depoimentos de fls. 7-8, 10 e mídia em apenso)" **(e-STJ, fls. 56-57)**.

Como cediço, 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.

É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, tem reiteradamente decidido pela impossibilidade da utilização de inquéritos ou ações penais em andamento para configurar maus antecedentes no momento da fixação da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Incidência do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte.

4. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.

5. A sentença não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse as conclusões desfavoráveis acerca das circunstâncias e consequências do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação do paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, fixando a pena-base no mínimo legal."

(HC n. 126.137/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 21/3/2011).

Verifica-se que a pena-base sofreu incremento em razão da valoração negativa da conduta social do réu.

Com efeito, o réu foi condenado pela prática de 5 (cinco) crimes de roubo qualificado perpetrados contra o mesmo posto de combustíveis, tendo as instâncias ordinárias reconhecido a existência de outros 18 (dezoito) processos e inquéritos contra o agente, nos quais são apurados crimes patrimoniais praticados em prejuízo do mesmo estabelecimento comercial, havendo, inclusive, condenação do réu em uma das ações penais. Além disso, na instrução criminal, o próprio acusado reconheceu não apenas a autoria das condutas apuradas nos autos, tendo, igualmente, confessado ter praticado outros oito ou nove delitos, todos perpetrados contra a mesma sociedade empresária. Soma-se a isso o fato de que os funcionários ouvidos durante a formação da culpa afirmaram que o acusado teria investido outras 25 (vinte e cinco) vezes contra o patrimônio da empresa, sempre durante a madrugada, costumeiramente portando arma de fogo ou fingindo-se armado, com intuito de subtrair dinheiro, cigarros e bebidas alcóolicas.

Nesse passo, não há se falar em ilegalidade na exasperação da reprimenda-base a título de conduta social pela incidência da Súmula 444/STJ, porquanto demonstrado o comportamento desvirtuado do réu perante a sociedade na qual está inserido, evidenciado pelo seu desprezo sistemático pelo patrimônio da mesma vítima, o que não ter considerado como desimportante no procedimento dosimétrico e, por certo, exige resposta penal superior, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fim de corroborar tal conclusão, o seguinte precedente desta Corte:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL E PENAL. ROUBO E RESISTÊNCIA. (1) CONDENAÇÃO REFORMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) CRIME DE RESISTÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (3) CRIME DE ROUBO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE MANIFESTA A SER RECONHECIDA. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de *habeas corpus* em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do *writ*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. O que se verifica na espécie.

2. **Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem apontou motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, ao invocar a circunstância desfavorável da conduta social (o acusado praticou anteriormente outros roubos contra o mesmo estabelecimento comercial). Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.**

3. Entretanto, há manifesta ilegalidade a ser reconhecida de ofício, no que tange ao crime de roubo, pois na segunda fase de aplicação da pena, a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, *ex officio*, para reduzir a sanção imposta ao paciente para 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, além do pagamento de 74 (setenta e quatro) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão."

(HC 176.829/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 4/6/2013, DJe 14/6/2013, grifou-se).

Considerado o aumento ideal de 1/8 (um oitavo) por circunstância judicial desfavorável, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 (seis) anos, chegar-se-ia à pena de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Saliente-se que o critério de exasperação da básica estabelecido pelas doutrina e jurisprudência, diante do silêncio do legislador, não tem caráter absoluto, admitindo-se incremento um pouco superior. Porém, *in casu*, o incremento da pena-base de 2 (dois) anos pela conduta social do réu revela-se excessivo.

Ademais, nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere no caso dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A fim de corroborar tal entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório.

IV - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. (Precedentes STF e STJ).

V - Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula n. 545/STJ: 'Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal.'

Ordem concedida de ofício para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, devendo o processo retornar ao eg. Tribunal de origem para nova dosimetria da pena." (HC 331.946/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 1/12/2015, grifou-se).

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO PARCIAL DA PRÁTICA DELITIVA. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.

2. Assim, tendo o paciente confessado o crime, merece ser concedida a ordem para reconhecer a incidência da referida atenuante.

[...] 3. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC 272.453/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015, grifou-se).

Deve ser reconhecida a incidência da atenuante da confissão espontânea, uma vez que a manifestação do réu, ainda que parcial, corroborou para a formação do juízo condenatório, impondo-se, por conseguinte, a redução da reprimenda. Forçoso salientar que o arrependimento sincero do agente e a lealdade processual não constituem pressupostos para o reconhecimento da aludida atenuante.

Assim, a sentença aplicou a fração de 1/2 (metade) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Por seu turno, o Colegiado de origem, ao manter tal fração de aumento, reconheceu terem sido observados os critérios de proporcionalidade na terceira fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, por se tratar de crime perpetrado por três agentes, mediante o emprego de arma de fogo, havendo exposição de duas vítimas a perigo efetivo.

Em verdade, ainda que admitida a exasperação da pena acima do mínimo legal, o *quantum* adotado revela-se excessivo e, portanto, incide à espécie o disposto na Súmula 443 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."

A propósito:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. ROUBO PRATICADO CONTRA VÍTIMAS DIVERSAS EM UM MESMO CONTEXTO. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. ADEQUAÇÃO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 5. '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' (Súmula 443/STJ). Hipótese em que a pena foi aumentada em fração superior a 1/3 com base, apenas, no número de majorantes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente."

(HC 265.544/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/9/2015, DJe 14/9/2015, grifou-se).

Nesse passo, impõe-se estabelecer a pena-base em 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão, que deve ser reconduzida ao piso legal, na segunda fase da dosimetria, ante a presença das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa. Ao final, reduzido o incremento ao patamar de 3/8 (três-oitavos) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo, chega-se à pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias de reclusão, que torno definitiva, diante da inexistência de outras circunstâncias judiciais a serem valoradas, ficando mantido o regime prisional fechado.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 11 (onze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0043542-6

HC 390.321 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0003652502015 00036525020158260050 0008952015 20170000010150 3652502015
36525020158260050 8952015

EM MESA

JULGADO: 08/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO HENRIQUE DA SILVA

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