



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 407.805 - SP (2017/0169178-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FREDERICO TEUBNER DE ALMEIDA E MONTEIRO -  
SP0236799  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EMERSON EUZEBIO DOS SANTOS (PRESO)

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADOS. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AÇÕES PENAIS EM CURSO. PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. NÃO APLICAÇÃO. FRAÇÃO DEVIDAMENTE MOTIVADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Como é cediço, ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de *maus antecedentes*, *conduta social negativa* ou *personalidade voltada para o crime*, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444/STJ.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C, c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

4. Na espécie, ausente circunstância específica para justificar a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, impõe-se a integral compensação.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

6. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime. No caso, a conduta perpetrada por dois agentes com uso de arma de fogo, contra quatro vítimas em um posto de gasolina, expondo a maior risco a vida de diversas pessoas, denota a necessidade de maior resposta penal, não havendo ilegalidade na fixação das majorantes na fração de 3/8, não se aplicando ao caso o enunciado n. 443 da Súmula deste Tribunal.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

### 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 407.805 - SP (2017/0169178-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : FREDERICO TEUBNER DE ALMEIDA E MONTEIRO -  
SP0236799  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : EMERSON EUZEBIO DOS SANTOS (PRESO)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de EMERSON EUZEBIO DOS SANTOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000220-57.2015.8.26.0556).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, n/f do art. 70, ambos do Código Penal, à pena de 8 anos, 2 meses e 5 dias de reclusão, em regime fechado, bem como ao pagamento de 18 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória (fls. 57/78):

*APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. EMPREGO DE ARMA e CONCURSO DE PESSOAS Materialidade e autoria comprovadas - Confissão confirmada pelas declarações das vítimas - Relatos seguros e coesos dos policiais militares, que localizaram o réu mediante rastreamento do celular tomado de uma das vítimas - Causas de aumento indiscutíveis — Condenação mantida, a par de não impugnada - Pena-base fixada acima do mínimo legal em face de circunstância judicial desfavorável representada pela personalidade voltada à prática de crimes — Atenuante da confissão incondizente com a prisão em flagrante, consoante atual e pacífica jurisprudência da Suprema Corte. Indevida compensação parcial entre a reincidência e a confissão, desprezando-se posicionamento tranqüilo do Excelso Pretório sobre a integral prevalência da agravante — Inteligência do artigo 67 do Código Penal — Precedentes - Majorantes que exigem acréscimo mais expressivo em face dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena - Concurso formal de crimes delineado. Regime inicial fechado único adequado ao roubo e montante da corporal, ainda mais em razão da duplicidade de qualificadoras potencializando o trauma próprio da infração penal, a par das circunstâncias adversas igualmente obstaculizando retiro*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*menos severo, em especial a recidiva Apelo da Defesa improvido.*

No presente *writ*, a defesa alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a exasperação da pena-base com fundamento na existência de ações penais em curso; a não compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão; a fixação, em razão das majorantes do roubo, da fração de 3/8 com base em critério matemático.

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, o redimensionamento da pena.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 86/88.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 149/156, pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 407.805 - SP (2017/0169178-9)**

### **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).*

*II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.*

*[...] Habeas corpus não conhecido.*

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].*

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, na não compensação integral entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, bem como na fixação da fração em 3/8 na terceira fase da dosimetria, em razão das majorantes do roubo.

A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se em



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um juízo de discricionariedade do julgador e estão atrelados às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, que somente podem ser revistos por esta Corte, em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

No presente caso, pela leitura do acórdão recorrido, observa-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a personalidade. Veja o que foi consignado:

*Passo à dosimetria das penas.*

*Atenta às circunstâncias judiciais de individualização da pena (artigos 59 e 68, ambos do Código Penal), considerando os maus antecedentes do acusado (fls. 112, 115 e 117), com condenações anteriores, das quais uma delas será valorada como reincidência, na fase própria, e as demais consideradas neste momento, a título de personalidade voltada à prática de crimes, fixo as penas bases em 1/4 (um quarto) acima do mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa. (Sentença fl. 25)*

*Assim, demonstrada a materialidade e apurada a autoria dos crimes à exaustão, a condenação é a providência que se impõe, tendo a julgadora singular fixado as penas-bases diante de cada roubo em um quarto (1/4) acima do mínimo legal ou seja, cinco (5) anos de reclusão, mais multa de doze (12) diárias em face de circunstância judicial desfavorável representada pela personalidade do réu voltada à prática de crimes, algo verificado de anteriores envolvimento em delitos contra o patrimônio, consoante certidões observadas a fls. 115 e 117 indicando condenações em primeiro grau por roubo e furto.*

*Embora tais decisões condenatórias **não delineiem antecedentes desabonares**, indicam, sem dúvida, **comportamento pernicioso** voltado ao cometimento de delito que há muito atormenta a população, denotando o fato, ainda, indiscutível índole colidente com o convívio em sociedade, algo impossível de se ignorar, a par de exigir a adequada reprovação ao crime.*

*Não se desconhece o entendimento consolidado pelo pretório Excelso no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não ensejam valoração para delinear antecedentes negativos, em atenção à presunção de não culpabilidade (STF, Tribunal Pleno, RE 591054/SC, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, DJe 25-02-2016, recurso escolhido como representativo da controvérsia em matéria de repercussão geral), mesma orientação firmada na Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Contudo, salta aos olhos a índole perniciosa do agente, que deliberadamente voltou a delinquir mesmo depois condenado em outras oportunidades, quadro revelador de total menoscabo para com o ordenamento jurídico pátrio, não podendo se conferir àquele solução idêntica à dispensada a indivíduo de passado totalmente imaculado e sem qualquer pendência perante a Justiça Criminal, tudo como consequência da garantia constitucional de igual envergadura atinente à individualização do "castigo", corolário do princípio da isonomia, daí a necessidade de se interpretar o entendimento das Cortes Superiores com parcimônia diante das peculiaridades do caso, como forma de se evitar o malfadado "engessamento" da atuação jurisdicional.*

*Destaque-se, ademais, que o posicionamento das Cortes Superiores diz respeito a antecedentes criminais, algo diverso de conduta social reprovável e índole perniciosa também representativas das circunstâncias judiciais, consoante artigo 59 do C digo Penal. (Acórdão fls. 66/67)*

De fato, observa-se que o afastamento do mínimo legal deu-se com base em fundamentação inidônea, porquanto ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, conforme dispõe o enunciado n. 444 desta Corte Superior:

**HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA QUALIFICADA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES DO PACIENTE. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DESTA CORTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DO DELITO DE ROUBO MAJORADO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. PENA REDIMENSIONADA E NOVO REGIME. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR A PENA APLICADA E MODIFICAR O REGIME FIXADO.**

1(...)

**3. Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, denota-se que, na primeira fase da dosimetria da pena, o afastamento do mínimo**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*legal baseou-se unicamente no fato de o acusado estar respondendo por homicídio qualificado, o que demonstraria sua inclinação ao cometimento de crimes graves.*

*4. Entretanto, anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa dos vetores elencados no art. 59 do Código Penal, ex vi da Súmula n. 444/STJ.*

*(...)*

*8. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para reduzir as penas e fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente. (HC 328.918/RJ, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015) - grifei.*

Dessa forma, tendo em vista que a pena-base foi aumentada de forma indevida, o constrangimento ilegal fica evidenciado, devendo as penas-base retornar ao patamar legal.

Em relação ao pedido de compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão, é cediço que, desde o julgamento do REsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO EM FACE DA NATUREZA DO BEM SUBTRAÍDO. IMPOSSIBILIDADE, IN CASU. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ.*

*(...)*

*3. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.341.370/MT, submetido ao procedimento previsto no art. 543-C do Código de Processo Civil, pacificou o entendimento de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, podem ser compensadas na*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### *segunda fase da dosimetria da pena.*

(...)

5. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, compensar a reincidência com a confissão espontânea e aplicar a fração mínima de 1/3 em razão das majorantes do roubo, redimensionando a pena cominada aos dois pacientes. (HC 213.994/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 1/10/2015) – (grifei).

No caso dos autos verifica-se que tanto o Juízo de primeiro grau quanto o Tribunal local não realizaram a compensação entre a agravante e a atenuante, por entender que a reincidência prepondera sobre a confissão, nos seguintes termos:

*Em seguida, em face da agravante da reincidência (cf. certidão de fls. 112), aumento a pena em 1/6 (um sexto), daí resultando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e pagamento de 14 (catorze) dias-multa. Todavia, o sentenciado faz juz à atenuante da confissão e, portanto, reduzo as penas em 1/8 (um oitavo), resultando 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 7 (sete) dias, e pagamento de 12 (doze) dias-multa. (Sentença fl. 25)*

*Já na segunda fase da dosimetria, as penas foram acrescidas de um sexto (1/6) diante da reincidência (certidão de fls. 112 — condenação por furto) para, na seqüência, operar-se a redução de um oitavo (1/8) pela confissão espontânea, resultando em cinco (5) anos, um (1) mês e sete (7) dias de reclusão, mais doze (12) dias-multa para cada crime.*

*O réu acabou beneficiado, isso porque a reincidência prevalece sobre a confissão, conforme atual e pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese tornando incogitável e despropositado entendimento em contrário ou, pior, apontar-se solução colidente com texto legal claro e expresso (artigo 67 do Código Penal) como fruto de constrangimento ilegal. (Acórdão fls. 67/68)*

Dessa forma, tendo em vista que o entendimento das instâncias ordinárias está em dissonância com o entendimento desta Corte Superior, verifica-se a ocorrência do constrangimento ilegal.

Por fim, em relação às majorantes, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

*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.*

No caso, as instâncias ordinárias fixaram o aumento da pena nos seguintes termos (fls. 37/39):

*No tocante às duas causas de aumento de pena, considerando que o crime foi perpetrado durante o dia, revelando maior audácia, em local público, a quantidade de vítimas, aumento a reprimenda em 3/8 (três oitavos), totalizando a penas em 7 (sete) anos e 5 (cinco) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa. (Sentença fl. 25)*

*Já na derradeira etapa do artigo 68 do Código Penal, majorou-se a sanção de cada roubo de três oitavos (3/8) em razão da pluralidade de causas de aumento representadas pelo emprego de arma e concurso de pessoas, resultando em sete (7) anos e cinco (5) dias de reclusão, mais dezesseis (16) dias-multa, unidade das pecuniárias no piso. (Acórdão fl. 71)*

Conforme se observa dos trechos destacados, na terceira fase da dosimetria da pena, foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3 em razão do *modus operandi* do delito. No caso, a conduta perpetrada por dois agentes com uso de arma de fogo, contra quatro vítimas em um posto de gasolina, expondo a maior risco a vida de diversas pessoas, denota a necessidade de maior resposta penal, não havendo ilegalidade na fixação das majorantes na fração de 3/8, de forma que não se aplica ao caso o enunciado n. 443 da Súmula deste Tribunal.

Nesse sentido:

**PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.**

**1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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.*

*Assim, 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, por exigirem revolvimento probatório.*

*3. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das causas de aumento do concurso de agentes e do uso de arma, aplicaram a fração de 3/8 para majorar a pena, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ. As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o concurso de dois agentes, com uso de canivete e simulação de arma de fogo, contra três vítimas adolescentes, 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 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.*

*4. Writ não conhecido.*

*(HC 413.073/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017)*

Assim, apenas nesse ponto, devem ser mantidas as penas fixadas pelo Tribunal.

Tendo em vista as ilegalidades apontadas na primeira e segunda fase da dosimetria, passo a refazer a pena.

Na primeira fase, redimensiono as penas-base para 4 anos de reclusão. Na segunda fase, tendo em vista a existência da agravante da reincidência e da atenuante da confissão, há a compensação entre ambas, não havendo modificação nas penas. Na terceira etapa, em razão das majorantes previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, mantenho a fração de 3/8, ficando as penas em 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Por fim, haja vista o reconhecimento do concurso formal e a aplicação da



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fração de 1/6, a sanção final totaliza 6 anos e 5 meses de reclusão e 15 dias-multa.

Não obstante o redimensionamento da pena, o regime não deve ser alterado, tendo em vista que o paciente é reincidente e a reprimenda final ficou arbitrada em patamar superior a 4 anos.

Ante o exposto, **não conheço** o *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena do paciente para **6 anos e 5 meses de reclusão e 15 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0169178-9

**HC 407.805 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002205720158260556 20170000055391 20170000292390 2205720158260556

EM MESA

JULGADO: 12/12/2017

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                       |
|------------|-------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO           |
| ADVOGADO   | : FREDERICO TEUBNER DE ALMEIDA E MONTEIRO - SP0236799 |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO          |
| PACIENTE   | : EMERSON EUZEBIO DOS SANTOS (PRESO)                  |

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

#### **CERTIDÃO**

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

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

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.