



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.588 - SP (2017/0280761-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAYQUE YORRAN DE SOUZA ARAUJO
PACIENTE : JANDERSON LOPES DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

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 delituoso. *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 em razão do emprego de um carro de apoio, devendo ser levando em conta, ainda, o fato do delito ter sido perpetrado em plena via pública contra mulher sozinha e incapaz de esboçar qualquer reação.

4. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal vetor mostra-se escorreito se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Com efeito, o simples fato de os bens roubados não terem sido integralmente devolvidos à vítima não justifica o incremento da pena-base a título de consequências do crime. Porém, o prejuízo suportado pela ofendida, somado às demais circunstâncias concretas do delito, demonstra não ser razoável o pleito de redução da básica ao mínimo legal, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

5. Considerando o intervalo entre as penas mínima e máxima estabelecidas no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, a imposição da pena-base oito meses acima do piso legal não pode ser tida por excessiva, o que afasta a possibilidade de intervenção desta Corte Superior de Justiça.

6. As instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a exasperação da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ. Em verdade, as circunstâncias do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo e o concurso de três agentes, um deles menor, denota 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.

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

8. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.588 - SP (2017/0280761-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAYQUE YORRAN DE SOUZA ARAUJO
PACIENTE : JANDERSON LOPES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **KAYQUE YORRAN DE SOUZA ARAUJO** e de **JANDERSON LOPES DE OLIVEIRA** contra acórdão o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, respectivamente, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime prisional fechado, mais 13 dias-multa, e de 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de 16 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (e-STJ, fls. 15-26).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte de origem, que restou desprovida, à unanimidade de votos, mantendo-se o inteiro teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 37-46).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que as penas-base foram impostas acima do piso legal sem motivação idônea, já que a Magistrada de 1º grau utilizou-se de circunstâncias inerentes ao crime de roubo.

Afirma, ainda, que as reprimendas foram majoradas em 3/8 na terceira fase da dosimetria, sem que tenha sido declinada fundamentação válida para incremento superior ao patamar mínimo, o que ofende a Súmula 443/STJ.

Aduz ser cabível a fixação do regime prisional semiaberto para o paciente Kayque, considerando a sua primariedade e a redução da pena-base ao piso legal.

Pugna, ao final, pela concessão da ordem para que sejam revistas as condenações dos pacientes, bem como seja imposto o regime prisional semiaberto ao réu Kayque.

Não foi deduzido pedido liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 56-59).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 422.588 - SP (2017/0280761-7)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KAYQUE YORRAN DE SOUZA ARAUJO
PACIENTE : JANDERSON LOPES DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

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 delituoso. *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 em razão do emprego de um carro de apoio, devendo ser levando em conta, ainda, o fato do delito ter sido perpetrado em plena via pública contra mulher sozinha e incapaz de esboçar qualquer reação.

4. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal vetor mostra-se escoreito se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Com efeito, o simples fato de os bens roubados não terem sido integralmente devolvidos à vítima não justifica o incremento da pena-base a título de consequências do crime. Porém, o prejuízo suportado pela ofendida, somado às demais circunstâncias concretas do delito, demonstra não ser razoável o pleito de redução da básica ao mínimo legal, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

5. Considerando o intervalo entre as penas mínima e máxima estabelecidas no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, a imposição da pena-base oito meses acima do piso legal não pode ser tida por excessiva, o que afasta a possibilidade de intervenção desta Corte Superior de Justiça.

6. As instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, sem que reste evidenciada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violação da Súmula 443/STJ. Em verdade, as circunstâncias do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo e o concurso de três agentes, um deles menor, denota 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.

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

8. *Writ* não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

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.

A Juíza sentenciante, no bojo do decreto condenatório, consignou:

"[...] Superado o mérito, passo a fixar a pena, consoante artigos 59 e 68 do Código Penal e observadas as diretrizes do enunciado 443 do STJ:

Réu: JANDERSON LOPES DE OLIVEIRA Na primeira fase de aplicação da pena, as circunstâncias do delito são desfavoráveis ao acusado, considerando-se as consequências do crime à vítima, que além da subtração violenta sofrida, teve seus pertences pessoais desnecessariamente descartados pelos acusados, causando-lhe prejuízo desnecessário. Ainda, o réu acompanhado do adolescente abordou a vítima mulher que estava sozinha, o que por óbvio causa maior espanto e temor. Assim, aplico a pena acima do mínimo legal em 4 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda fase, diante da reincidência, majoro a pena em 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa Na terceira fase, presentes duas causas de aumento de pena do artigo 157, parágrafo 2º, inciso I e II, do Código Penal (emprego de arma e concurso de pessoas), motivo pelo qual a pena será aumentada em 3/8, pois é evidente que a presença de comparsas munidos de arma de fogo na cena criminosa causam maior risco à integridade física e psíquica da vítima. Assim, perfaz a reprimenda o montante de 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cinco) dias, e pagamento de 16 dias-multa.

Réu: KAYQUE YORRAN DE SOUZA ARAÚJO

Na primeira fase de aplicação da pena, as circunstâncias do delito são desfavoráveis ao acusado, considerando-se as consequências do crime à vítima, que além da subtração violenta sofrida, teve seus pertences pessoais desnecessariamente descartados pelos acusados, causando-lhe prejuízo desnecessário. Ainda, o réu acompanhado do adolescente abordou a vítima mulher que estava sozinha, o que por óbvio causa maior espanto e temor. Assim, aplico a pena acima do mínimo legal em 4 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda fase, a confissão porque parcial não será considerada. Porém, diante da menoridade relativa, reduzo a pena ao patamar mínimo.

Na terceira fase, presentes duas causas de aumento de pena do artigo 157, parágrafo 2º, inciso I e II, do Código Penal (emprego de arma e concurso de pessoas), motivo pelo qual a pena será aumentada em 3/8, pois é evidente que a presença de comparsas munidos de arma de fogo na cena criminosa causa maior risco à integridade física e psíquica da vítima. Assim, perfaz a reprimenda o montante de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento e 13 dias-multa.

Torno definitivo o *quantum* acima fixado. O valor do dia-multa será o mínimo legal, ante a falta de maiores informações sobre a situação financeira dos acusados.

Ante o *quantum* da pena imposta e considerando as circunstâncias do fato roubo duplamente majorado - o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado, único compatível com a espécie. Anoto, ainda, que o corréu Janderson é reincidente" (e-STJ, fls. 22-24).

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 delituoso. *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 em razão do emprego de um carro de apoio, devendo ser levado em conta, ainda, o fato do delito ter sido perpetrado em plena via pública contra mulher sozinha e incapaz de esboçar qualquer reação.

Nesse sentido:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

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

3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal.

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

Agravo regimental desprovido.

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

Ademais, em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal vetor mostra-se escorreito se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. Com efeito, o simples fato de os bens roubados não terem sido integralmente devolvidos à vítima não justifica o incremento da pena-base a título de consequências do crime. Porém, o prejuízo suportado pela ofendida, somado às demais circunstâncias concretas do delito, demonstra não ser razoável o pleito de redução da básica ao mínimo legal, em atendimento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Nesse sentido:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE RECEPÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RECUPERAÇÃO DO BEM COM AVARIAS. FUNDAMENTO INIDÔNEO. ELEMENTO PRÓPRIO AOS DELITOS PATRIMONIAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. RÉU REINCENTE EM CRIME DOLOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. **Mostra-se ilegítima a exasperação da pena-base pela valoração negativa das consequências do delito, por ter sido recuperada a coisa com avarias, porquanto a não recuperação ou a recuperação parcial da *res furtiva* é decorrência comum dos delitos patrimoniais.**

Precedentes.

3. Não obstante a redução implementada no presente *writ*, com a pena-base fixada no mínimo legal e a pena final não superar quatro anos, cabível a fixação do regime semiaberto, por se tratar de réu reincidente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão pela qual também não faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o não atendimento aos requisitos legais do art. 44 do CP.

4. *Habeas Corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, a ser cumprida a pena reclusiva em regime semiaberto."

(HC 353.685/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016, grifou-se)

Ademais, considerando o intervalo entre as penas mínima e máxima estabelecidas no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, a imposição da pena-base oito meses acima do piso legal não pode ser tida por excessiva, o que afasta a possibilidade de intervenção desta Corte Superior de Justiça.

Por outro lado, verifica-se que as instâncias ordinárias fundamentaram 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 do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo, por três agentes, um deles menor, denota 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:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ARMA DE FOGO. VIA PÚBLICA. OUSADIA. PERICULOSIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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.

2. O Superior Tribunal de Justiça - STJ consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3 (um terço), demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de causas de aumento. Nesse diapasão, a Súmula n. 443/STJ.

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias destacaram fundamentação concreta que justifica a exasperação em patamar acima do mínimo legal, em face da superioridade numérica dos agentes envolvidos na empreitada criminoso, além de emprego da arma, indicando maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal ou de outro dado que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo.

In casu, o paciente praticou o delito em plena via pública, com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

participação de um adolescente e, especialmente, com o emprego de arma de fogo, artefato que possui grande potencial lesivo. Todos esses elementos, em conjunto, demonstram a maior gravidade do delito e a elevada periculosidade do paciente, justificando, assim, a aplicação do regime fechado. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 386.538/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 30/3/2017, grifou-se).

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, grifou-se).

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

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.

[...]

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, §**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0280761-7

HC 422.588 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000174632017 00001746320178260050 174632017 1746320178260050 20170000635090

EM MESA

JULGADO: 12/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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	: JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - SP271555
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: KAYQUE YORRAN DE SOUZA ARAUJO
PACIENTE	: JANDERSON LOPES DE OLIVEIRA

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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