



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 535.301 - SP (2019/0286213-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SERGIO ANDRÉ WEISE CHINEZ - SP311051
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MODESTO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. OFENSA À SÚMULA 443/STJ CARACTERIZADA. PENA REVISTA. 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. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor dos delitos descritos na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

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, pois o paciente efetuou disparo de arma de fogo em direção à vítima, com a intenção de matá-la, tendo errado o tiro, o qual, por sorte, atingiu apenas latas de mantimento em uma das gôndolas do estabelecimento comercial.

4. Considerando a presença de 1 vetorial desabonadora, a incidir sobre o intervalo da pena mínima e máxima do crime de roubo (4 a 10 anos de reclusão), a reprimenda mereceria incremento de 9 meses, patamar inferior ao estabelecido na sentença, não havendo se falar em desproporcionalidade da fixação da pena-bas.

5. A sentença aplicou a fração de 3/8 para majorar as penas tão somente em razão das 2 causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço).

6. Tratando-se de réu primário, que fora condenado ao cumprimento de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, tendo havido valoração negativa de circunstância judicial, deve a reprimenda ser cumprida em regime prisional fechado, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime prisional fechado, mais 13 dias-multa.

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), 15 de outubro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 535.301 - SP (2019/0286213-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SERGIO ANDRÉ WEISE CHINEZ - SP311051
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MODESTO DA SILVA (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, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GABRIEL MODESTO DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime prisional fechado, mais 13 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 65, I, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 38-43).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem desproveu o recurso, ficando mantido o inteiro teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 141-143).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "o único elemento trazido quanto ao reconhecimento, por parte da vítima, sobre a suposta autoria delitiva foi produzido somente em inquérito. Com isso, não foi provada autoria delitiva"; b) "a decisão cuida do disparo de arma que poderia ter atingido o representante da empresa-vítima em ricochete. Nota-se a elevação da pena com base em uma probabilidade que sequer chegou próxima de se consumar. A pena não pode ser elevada com base em podia ser"; c) "em momento algum o recorrente afirma que não está arrependido – até porque nega a prática do delito. Ademais, não se pode levar em conta eventual ausência de arrependimento, fator não exigível de qualquer sentenciado"; d) "não se sabe quais fatores realmente levaram o julgador a chegar a tal conclusão. Impossível imaginar que em um interrogatório de minuto foi possível conferir o caráter e a personalidade do recorrente. E, se o foi, devia estar explicitado para que a defesa pudesse ao menos ter a chance de combater essa fundamentação – o que não é o caso"; e) "o envolvimento do paciente com arma de fogo e com pessoas relacionadas com outros crimes, respeitosamente, figuram como causas de aumento de pena a serem utilizadas na terceira fase da dosimetria da pena. Utilizando elas também aqui se incorre em claro *bis in idem*"; f) "a ilegalidade reside no fato da colenda Câmara ter majorado a pena em 3/8 em razão apenas de haver duas majorantes a incidir: o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo"; g) "tanto o juízo da primeira instância, quanto a Colenda Câmara criminal aumentaram a pena acima do mínimo legal simplesmente pelo fato de haver mais de uma causa de aumento a incidir"; h) "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato da infração não é fundamento idôneo para a fixação do regime mais severo do que o previsto em lei, conforme o entendimento firmado nas Súmulas 440 deste Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Pretório Excelso" (e-STJ, fls. 3-16).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de absolver o réu por carência de provas para condenação. Requer, subsidiariamente, a fixação da pena-base acima do piso legal, bem como seja reduzido o aumento pelas causas de aumento a 1/3, e fixado o regime semiaberto.

Indeferido pedido de liminar (e-STJ, fls. 183-184), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fl. 190).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 535.301 - SP (2019/0286213-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
SERGIO ANDRÉ WEISE CHINEZ - SP311051
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MODESTO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. OFENSA À SÚMULA 443/STJ CARACTERIZADA. PENA REVISTA. 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. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor dos delitos descritos na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

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, pois o paciente efetuou disparo de arma de fogo em direção à vítima, com a intenção de matá-la, tendo errado o tiro, o qual, por sorte, atingiu apenas latas de mantimento em uma das gôndolas do estabelecimento comercial.

4. Considerando a presença de 1 vetorial desabonadora, a incidir sobre o intervalo da pena mínima e máxima do crime de roubo (4 a 10 anos de reclusão), a reprimenda mereceria incremento de 9 meses, patamar inferior ao estabelecido na sentença, não havendo se falar em desproporcionalidade da fixação da pena-bas.

5. A sentença aplicou a fração de 3/8 para majorar as penas tão somente em razão das 2 causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço).

6. Tratando-se de réu primário, que fora condenado ao cumprimento de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, tendo havido valoração negativa de circunstância judicial, deve a reprimenda ser cumprida em regime prisional fechado, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime prisional fechado, mais 13



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.



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.

Ademais, o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTES. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Mostra-se inviável o pedido de absolvição do paciente por ausência de provas, porquanto evidente a necessidade de amplo reexame do material fático-probatório dos autos, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

II - Mostra-se possível a majoração da pena-base em patamar acima do mínimo legal quando as circunstâncias do crime ultrapassarem aquelas ínsitas ao tipo penal e o aumento se basear em elementos concretos, como no caso, em que a pena-base em relação ao delito de estupro foi exasperada em um ano em razão das lesões corporais praticadas em face da vítima.

III - É franqueado o reconhecimento de agravantes pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia, porquanto tal reconhecimento não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, sendo aplicável o disposto no art. 385 do CPP (precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 385.736/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 9/5/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal.

2. O acolhimento do pedido da defesa de absolvição demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*.

3. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça 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 comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta prova testemunhal atestando o seu emprego" (HC 343.524/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2016).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 199.556/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016, grifou-se).

Nesse contexto, se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor dos delitos descritos na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

Quanto à dosimetria da pena, está inscrito no decreto condenatório:

"[...] Demonstrada a procedência da imputação, passo a dosimetria das penas a serem aplicadas. Com base no artigo 68 do Código Penal, observando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, considerando o fato de que o réu efetuou um disparo de arma de fogo no local dos fatos e sem qualquer razão, causando perigo para o representante comercial da pessoa jurídica que podia ser atingido por uma bala que ricocheteasse, a ausência de arrependimento e total frieza quando questionado pelos fatos, demonstrando um caráter e uma personalidade voltados para o ilícito, o envolvimento do réu com arma de fogo e com pessoas relacionadas com outros crimes, o grau de culpabilidade diferenciado com relação a crimes análogos, fixam-se as penas básicas 1/6 acima do patamar mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias multa. O réu possui menoridade relativa, uma vez que era menor de 21 anos de idade quando da prática do crime, na segunda fase, reconheço a atenuante da menoridade relativa para reduzir as penas básicas para o mínimo legal, ou seja, para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa. Por força da existência de duas causas de aumento de pena de um total de cinco, aumentam-se as penas em 3/8, as quais passam a ser de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias multa, as quais são definitivas pela ausência de outras causas de aumento e de diminuição de pena a serem reconhecidas. Fixam-se, cada dia multa, no valor mínimo unitário legal pela ausência de informações precisas sobre a situação econômica do acusado. O acusado é primário, mas isso não significa que não se trata de uma pessoa perigosa e voltada à prática de infrações penais, mormente quando efetua disparo de arma de fogo ao acaso.

Logo, necessário um regime prisional mais severo que possa assinalar para o réu e para os outros agentes que se aventuram no mundo do crime que o caminho trilhado leva a consequências graves. O mesmo olhar que se lança sobre o réu precisa ser lançado sobre a vítima, a qual não escolheu ser atacada e não provocou o crime perpetrado. Faz-se consignar que ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário, muitas vezes, representa apenas a ausência de maior efetividade do Estado na proteção do cidadão. Portanto, o acusado iniciará o cumprimento da pena no regime fechado, o único adequado no presente caso. O acusado está em liberdade por este processo e preso por outro, motivos pelos quais poderá recorrer em liberdade. Diante da quantidade de pena imposta e do tempo de prisão provisória, não cabe a aplicação do disposto no artigo 387, parágrafo segundo do Código de Processo Penal" (e-STJ, fls. 42-43).

Com efeito, 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.

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, pois o paciente efetuou disparo de arma de fogo em direção à vítima, com a intenção de matá-la, tendo errado o tiro, o qual, por sorte, atingiu apenas latas de mantimento em uma das gôndolas do estabelecimento comercial.

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 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 corrêus, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. Deveras, tratando-se de patamar meramente norteador, que busca apenas garantir a segurança jurídica e a proporcionalidade do aumento da pena, é facultado ao juiz, no exercício de sua discricionariedade motivada, adotar *quantum* de incremento diverso diante das peculiaridades do caso concreto e do maior desvalor do agir do réu.

Considerando a presença de 1 vetorial desabonadora, a incidir sobre o intervalo da pena mínima e máxima do crime de roubo (4 a 10 anos de reclusão), a reprimenda mereceria incremento de 9 meses, patamar inferior ao estabelecido na sentença, não havendo se falar em desproporcionalidade da fixação da reprimenda.

Por outro lado, melhor sorte socorre à impetrante quanto à terceira fase da dosimetria.

Com efeito, a sentença aplicou a fração de 3/8 para majorar as penas tão somente em razão das 2 causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço).

Incide, portanto, 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:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Inteligência da Súmula n. 443 desta Corte.

***In casu*, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Com efeito, limitaram-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, o que não consubstancia fundamentação idônea para a majoração da reprimenda em 3/8 (três oitavos). Precedentes.**

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 321.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016, grifou-se)

Nesse contexto, evidenciada flagrante ilegalidade na dosimetria, passa-se à nova individualização das penas.

Fixada a pena-base em 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, a reprimenda mereceu redução de 1/6 pela menoridade relativa, devendo ser reconduzida a 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa. Por fim, nos moldes do acima de declinado, a pena deve ser exasperada em 1/3 pelas duas majorantes do crime de roubo, totalizando 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa.

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.

[...]

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.).

Tratando-se de réu primário, que fora condenado ao cumprimento de pena superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, tendo havido valoração negativa de circunstância judicial, deve a reprimenda ser cumprida em regime prisional fechado, conforme a dicção do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reduzir a pena a 5 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprida em regime prisional fechado, mais 13 dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0286213-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 535.301 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0042502422016 00425024220168260050 42502422016 425024220168260050

EM MESA

JULGADO: 15/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO SERGIO ANDRÉ WEISE CHINEZ - SP311051
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GABRIEL MODESTO DA SILVA (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.