



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.443 - SP (2018/0043500-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KARINE CASSIA DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS EM CONCURSO FORMAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. IMPROCEDÊNCIA. PATRIMÔNIOS DE VÍTIMAS DISTINTAS. INVIÁVEL REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. QUANTUM DE INCREMENTO PROPORCIONAL. REGIME INICIAL FECHADO. QUANTIDADE DA REPRIMENDA. ÚNICO ADEQUADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- 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.

- É assente nesta Corte Superior que o roubo perpetrado contra diversas vítimas, ainda que ocorra em um único evento, configura o concurso formal e não o crime único, ante a pluralidade de bens jurídicos tutelados ofendidos.

- Se as instâncias ordinárias, soberanas em matéria fática, entenderam que a conduta delitiva do paciente atingiu, de forma consciente, dois patrimônios distintos (o do estabelecimento e o da funcionária), para infirmar tal conclusão seria necessário revolvimento do conjunto fático-comprobatório produzido no curso da persecução penal, o que não se mostra viável.

- É possível que "o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto" (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Admite-se nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito, ainda que seja em recurso exclusivo da defesa, sem que ocorra *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do acusado, vale dizer, que não se aumente a sua pena final ou se lhe imponha um regime de cumprimento mais rigoroso.
- No caso, há motivação idônea para a fixação da pena-base em 1 ano e 7 meses acima do mínimo legal (fração de 19/48), notadamente, em razão da valoração negativa das vetoriais da culpabilidade e das circunstâncias do crime.
- A premeditação do delito - a ré esteve antes no estabelecimento comercial, para estudar o local do crime - legitima o incremento punitivo.
- Também há motivação concreta para o desfavorecimento das circunstâncias do crime, tendo o órgão julgador feito expressa remissão a particularidades do caso que extrapolam do ordinário do tipo: a acusada apontou a arma diretamente para a cabeça e a barriga da vítima e tentou trancá-la no banheiro do estabelecimento, isolando-a e restringindo sua liberdade.
- A reprimenda final ultrapassa os 8 anos de reclusão, somente sendo adequado o regime inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea 'a', do Código Penal.

Habeas corpus 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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.443 - SP (2018/0043500-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KARINE CASSIA DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de KARINE CASSIA DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0019110-67.2007.8.26.0348 - fls. 32/41).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, por duas vezes, em concurso formal (fls. 42/48).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (fls. 32/41), em acórdão assim ementado:

Apelação - Roubo majorado (emprego de arma e concurso de agentes). Materialidade e autoria demonstradas pelo boletim de ocorrência e prova oral. Reconhecimento da ré pela vítima. Penas fixadas dentro dos limites legais e com razoabilidade. Recurso desprovido. (fl. 33).

No presente *mandamus* (fls. 1/12), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois não reconheceu a prática de crime único. No ponto, esclarece que a conduta foi única e argui não ser possível dissociar o patrimônio da empresa dos bens da funcionária, devendo o aumento decorrente do concurso formal ser decotado.

Além disso, assevera que a pena-base foi exasperada com fulcro em fundamentos inidôneos, além de o Tribunal local ter inovado na fundamentação, em recurso exclusivo da defesa, motivo pelo qual incorreu em *reformatio in pejus*. Em relação às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias sopesadas, aduz que a premeditação é inerente à prática de qualquer delito e não restou provada; que inquéritos, ações penais em curso e ausência de ocupação lícita não podem ser valorados negativamente. Alega que a não recuperação de bens é inerente à prática de crimes patrimoniais e que a utilização de arma no evento criminoso não pode constituir desvalor, na medida em que tal circunstância embasou a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria. Ainda em relação à pena-base, assevera que a prática de crime em estabelecimento comercial e a colocação da vítima em um banheiro não revela maior desvalor da ação. Além das suscitadas ilegalidades, a impetrante também aponta que o acréscimo operado na primeira fase da dosimetria é excessivo e desproporcional.

Em consequência da redução da pena, entende que a paciente faz jus ao regime semiaberto, ressaltando que apenas circunstâncias judiciais de ordem subjetiva podem ensejar o recrudescimento do regime.

Ao final, formula pedido liminar para que a paciente aguarde em regime semiaberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecida a prática de crime único, a redução da pena-base e o abrandamento do regime prisional.

A liminar foi indeferida, às fls. 52/54.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, para afastar a valoração negativa da culpabilidade, da personalidade e das consequências do crime e, portanto, remodelar a pena da paciente e reavaliar o regime inicial de cumprimento fixado (fls. 57/66).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 438.443 - SP (2018/0043500-2)

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 11/09/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 01/08/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/05/2014). 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 02/09/2014; 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a 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 21/05/2015, DJe 27/05/2015).

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, julg. em 03/12/2013, DJ 28/02/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. 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.

Em primeiro lugar, a impetrante postula o reconhecimento do crime único de roubo.

Sobre o tema, assim se pronunciou a Corte de origem:

IV - Quanto ao pedido para que se considere a conduta como crime único, depreende-se dos autos que as assaltantes subtraíram bens de duas vítimas (o estabelecimento comercial e a comerciária).

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie em exame, repita-se, a prova coligida é no sentido de que a conduta criminosa atingiu o patrimônio de duas vítimas (Aparecida e o estabelecimento "Bazar Blup"). Assim, a hipótese em análise não trata da prática de apenas um delito, mas de dois crimes (de mesma natureza) mediante um único ato, nos termos do artigo 70 do Código Penal:

"Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso. de um sexto até a metade (...). (fls. 36/37).

A decisão da instância *a quo* está em conformidade com o entendimento desta Corte Superior de que o roubo perpetrado contra diversas vítimas, ainda que ocorra em um único evento, configura o concurso formal e não o crime único, ante a pluralidade de bens jurídicos tutelados ofendidos.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CONCURSO FORMAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO COMETIMENTO DE CRIME ÚNICO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

II - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o roubo praticado mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não caracteriza crime único, mas delitos em concurso formal, porquanto violados patrimônios distintos.

[...]

Habeas corpus não conhecido. (HC 445.669/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 29/05/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR. POSSIBILIDADE. 2. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU MULTIRREINCENTE. IMPOSSIBILIDADE. 3. AFASTAMENTO DO CONCURSO IDEAL E RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. INVIABILIDADE. DIVERSIDADE DE VÍTIMAS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. Relativamente ao pedido de reconhecimento de crime único, o acórdão local adotou orientação harmônica à jurisprudência desta Casa, firmada no sentido de que, "praticado o crime de roubo mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não há se falar em crime único, mas sim em concurso formal, visto que violados patrimônios distintos" (HC n. 275.122/SP, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 04/08/2014).

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 358.465/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017).

De fato, se as instâncias ordinárias, soberanas em matéria fática, entenderam, consoante se depreende da leitura do excerto acima transcrito, que a conduta delitiva do paciente atingiu, de forma consciente, dois patrimônios distintos (o do estabelecimento e o da funcionária), para infirmar tal conclusão, seria necessário revolvimento do conjunto fático-comprobatório produzido no curso da persecução penal, o que não se mostra viável.

Nessa linha:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBOS
MAJORADOS. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE
DO ART. 61, II, "h", DO CP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. PREPONDERÂNCIA.
POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. CONCURSO FORMAL.
CONDUTA QUE ATINGIU TRÊS PATRIMÔNIOS DISTINTOS.
INCREMENTO DA PENA EM 1/5. PROPORCIONALIDADE. WRIT
NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

4. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, não há se falar em crime único quando, num mesmo contexto fático, são subtraídos bens pertencentes a vítimas distintas, caracterizando concurso formal, por terem sido atingidos patrimônios diversos, nos moldes do art. 70 do Código Penal.

5. Se as instâncias ordinárias entenderam, com base em elementos dos autos, que a conduta delitiva atingiu três patrimônios distintos, para infirmar tal conclusão seria necessário revolvimento do conjunto fático-comprobatório produzido no curso da persecução penal, o que não se mostra viável em sede de writ.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena a 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC 384.697/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017).

Em segundo lugar, a impetrante se insurge ante a exasperação da pena-base, que, no seu entender, deu-se sem motivação idônea e em patamar desproporcional.

Para a adequada delimitação da *quaestio*, colaciono o excerto seguinte do acórdão reprochado:

V - As penas foram fixadas dentro dos limites legais e com razoabilidade.

O aumento da pena-base, fixada pouco acima do patamar mínimo legal, foi modesto a considerarem-se as características do caso concreto.

Com efeito, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são-lhe desfavoráveis, pois as ladras estiveram antes no estabelecimento comercial para estudar o local do crime, a indicar premeditação (culpabilidade intensa), a ré registra antecedentes criminais (tem condenações por outros crimes), praticou outros delitos de natureza patrimonial (roubos) e não fez prova de atividade lícita (má personalidade), nenhum dos bens subtraídos foi recuperado (sérias conseqüências do crime) e o assalto ora em apreço ocorreu em estabelecimento comercial aberto ao público, com uso de arma de fogo (espécie de arma cujo risco não afeta apenas a vítima) e isolamento da ofendida (mantida no banheiro do imóvel). Mais, a acusada foi reconhecida como a roubadora que portava a arma e a encostou no corpo e cabeça da vítima.

O fato de considerar-se condenação ainda não transitada em julgado na fixação da pena-base não viola a garantia da presunção de não culpabilidade.

[...]

Note-se que há muito a jurisprudência tem-se orientado no sentido de que a fixação da pena-base deve partir do mínimo legal para favorecer o réu e que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal (o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível) não podem reduzir a pena para alguém do mínimo legal. Consequentemente, está correto o cálculo que considera as circunstâncias desfavoráveis do artigo 59, do Código Penal, para aumentar (não para reduzir) a pena-base, elevando-a até o máximo, à vista da quantidade e especificidades de cada uma delas. Assim, as circunstâncias favoráveis são todas consideradas para a pena-base permanecer no patamar mínimo e as desfavoráveis são examinadas com o escopo de elevar a base de cálculo da segunda fase da conta, pois se assim não fosse estar-se-ia considerando a mesma circunstância favorável para reduzir a pena-base ao mínimo e, em seguida, para proceder à compensação com uma circunstância desfavorável, em verdadeiro bis in idem. Em outras palavras, para que se computassem as circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, na compensação de umas com as outras impor-se-ia considerar a pena-base a partir da pena média (máxima somada à mínima, com resultado dividido por dois) o que a jurisprudência tem preterido em favor do acusado, ao adotar a pena-base a partir do mínimo, com as elevações que o artigo 59 do Código Penal o permitir. (fls. 38/39).

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

O julgador deve aplicar de forma justa e fundamentada a reprimenda. O *quantum* deverá ser o necessário e suficiente à reprovação, atendendo-se, ainda, ao princípio da proporcionalidade.

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.

Assim, é possível que o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (AgRg no REsp 143.071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 06/05/2015).

Consigne-se, ainda, que o efeito devolutivo da apelação é amplo, permitindo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a revisão da dosimetria da pena e do regime de cumprimento, **mesmo que em recurso exclusivo da defesa**, sem que haja violação do disposto no art. 617, do CPP, autorizando o Tribunal, portanto, quando provocado a se manifestar sobre algum critério da dosimetria, a analisar circunstâncias judiciais e a rever todos os termos da individualização da pena definidos no decreto condenatório.

Dessa forma, possibilita-se nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que ocorreu o delito, **ainda que seja em recurso exclusivo da defesa**, sem que ocorra *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do acusado, vale dizer, que não se aumente a sua pena final ou se lhe imponha um regime de cumprimento mais rigoroso.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. RECEPÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO PELA CORTE A QUO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O reexame da dosimetria da pena em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade.

3. In casu, a Corte estadual afastou a circunstância judicial dos maus antecedentes considerada pelo juízo sentenciante e ponderou a natureza do bem receptado (veículo automotor) para manter a exasperação da pena-base, porém em fração menor (1/6).

4. É dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal a quo, em julgamento de apelação exclusivo da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu. Precedentes: RHC 47.188/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015 e HC 152.532/MG, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 13/04/2012).

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 316.941/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 04/03/2016).

No caso, há motivação idônea para a fixação da pena-base em 1 ano e 7 meses acima do mínimo legal (fração de 19/48), notadamente, em razão da valoração negativa das vetoriais da culpabilidade e das circunstâncias do crime.

Realmente, tem-se entendido que a premeditação do delito - a ré esteve antes no estabelecimento comercial, para estudar o local do crime - legitima o incremento punitivo. Sobre o tema:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. MOTIVAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTE GENÉRICA. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA N. 443 DO STJ. NÃO VIOLAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A premeditação é elemento considerado válido pela jurisprudência desta Corte Superior, para fins de majoração da pena-base, em relação à culpabilidade.

[...]

5. *Agravo regimental não provido.* (AgRg no HC 439.757/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 22/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA 444/STJ. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. 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.

2. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, a premeditação da conduta é indicativo do dolo intenso do réu, o que, de per si,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justifica o incremento da básica.

[...]

6. Agravo regimental parcialmente provido tão somente para afastar a valoração negativa dos antecedentes do réu, determinando que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena. (AgRg no HC 195.398/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018)

Outrossim, havendo as instâncias ordinárias firmado o juízo de fato de que houve a premeditação do roubo, a sua reforma é inviável no *habeas corpus*, medida de cognição sumária.

Também há motivação concreta para o desfavorecimento das circunstâncias do crime, tendo o órgão julgador feito expressa remissão a particularidades do caso que extrapolam do ordinário do tipo: a acusada apontou a arma diretamente para a cabeça e a barriga da vítima e tentou trancá-la no banheiro do estabelecimento, isolando-a e restringindo sua liberdade.

Este Superior Tribunal de Justiça tem considerado essas peculiaridades relativas ao *modus operandi* do roubo justificativa bastante para o aumento de pena em casos semelhantes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. 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.

No caso, a valoração negativa da circunstância do crime está



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ousada dos pacientes que deixaram as vítimas presas no banheiro enquanto reviravam a casa toda, extrapola as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado.

[...]

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 IGOR ALVES DE SOUZA para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e do paciente JORGE CLEI MELLO DA SILVA para 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, mantidos os demais parâmetros fixados pela Corte estadual. (HC 449.270/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 28/08/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE ACENTUADA. MAIOR GRAU DE CENSURA EVIDENCIADO. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

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. Para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito. No caso, as circunstâncias concretas do delito, que foi perpetrado contra vítima do sexo feminino, às cinco horas da manhã, em parada de ônibus, tendo as armas de fogo utilizadas no crime permanecido apontadas para a cabeça da ofendida e de sua genitora, além de ter sido utilizado veículo automotor na abordagem e na fuga do local do crime, demonstram o dolo intenso e o maior grau de censura do agir do réu a ensejar resposta penal superior.

[...]

6. Writ não conhecido. (HC 429.086/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 22/05/2018)

Assim, não há flagrante ilegalidade a coartar, no ponto.

Inalterada a pena corporal imposta, também não procede o terceiro pleito da impetrante, de que fosse readequado o regime de cumprimento da pena.

A reprimenda final ultrapassa os 8 anos de reclusão, somente sendo adequado o regime inicialmente fechado, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea 'a', do Código Penal.

A respeito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DA REGRA DO ART. 212 DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE LAUDO DEFINITIVO. DESNECESSIDADE. LAUDO DE CONSTATAÇÃO PRELIMINAR EQUIPARÁVEL A LAUDO DEFINITIVO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N.º 11.343/2006. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. REDUÇÃO PARA A FRAÇÃO JURISPRUDENCIALMENTE FIXADA DE 1/6. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. BIS IN IDEM, INOCORRÊNCIA. **REPRIMENDA DEFINITIVA QUE EXCEDE 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.**

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Sendo a pena definitiva superior a 8 anos de reclusão, o paciente deverá iniciar o seu cumprimento em regime fechado, ex vi do art. 33, § 2º, 'a', do Código Penal. Ademais, não é cabível a substituição da prisão por penas alternativas, conforme o art. 44, inciso I, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente ao novo patamar de 9 anos e 26 dias de reclusão e 1.358 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (HC 394.346/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018)

Ante o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal, **não conheço do habeas corpus.**

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0043500-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 438.443 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0019110620078260348 19110620078260348 20170000934629

EM MESA

JULGADO: 18/09/2018

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. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
DANIEL DURVAULT ROITBERG - RJ168348
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KARINE CASSIA DA SILVA (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."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.