



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.064 - SP (2013/0257789-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON RODRIGO FERREIRA FLORES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 29, *CAPUT*, E ART. 329 C.C. ART. 29, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CRIME DE ROUBO. ARGUMENTOS INADEQUADOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CRIME DE RESISTÊNCIA. INCREMENTO JUSTIFICADO. (3) MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de *habeas corpus* quando há ilegalidade patente, o que ocorre na espécie. Quanto ao **crime de roubo circunstanciado tentado**, não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações. Todavia, no que concerne ao **crime de resistência**, verifica-se que as instâncias de origem justificaram idoneamente o acréscimo da pena-base.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal de controle n.º 1634/10 da 28.ª Vara Criminal de São Paulo/SP, a fim de reduzir a pena, **apenas quanto ao crime de roubo circunstanciado tentado**, para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz (Presidente), Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 22 de abril de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.064 - SP (2013/0257789-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEITON RODRIGO FERREIRA FLORES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de CLEITON RODRIGO FERREIRA FLORES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0001067-98.2010.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 9 dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2.º, I e II, c.c. art. 29, *caput*, do Código Penal, e à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial semiaberto, por infração ao art. 329, c.c. art. 29, *caput*, do Código Penal, nesses termos:

Provadas a autoria e a materialidade do roubo, não há como se deixar de condenar o réu; este que **agiu com elevada intensidade de dolo, ao escolher a motocicleta a ser roubada, coisa de elevado valor econômico. Longe de demonstrar um mínimo de arrependimento, excedendo-se no direito de autodefesa, por indução da Defesa, atribuiu a policiais, a prática de "tortura", para no entanto, negar o crime ainda em investigação. Revelou tratar-se de pessoa afeta à prática de crimes contra o patrimônio, desprovido de sentimentos de culpa e/ou reparação diante dos sofrimentos acarretados a terceiros, além de ter mantido sua conduta criminoso, mesmo após a morte de comparsa, por ele abandonado.** Esse conjunto de fatores desfavoráveis autoriza sejam adotadas como base, as penas mínimas, acrescidas de metade (4 +2 anos reclusão; 10 +5 dias-multa). Não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes por serem consideradas. Sobre as penas-base (6 anos reclusão; 15 dias-multa, **incidem duas causas específicas para o aumento delas; ter o roubo (art. 157 do CP) sido praticado com violência exercida com emprego de arma (§ 2º, I) e mediante o concurso de agentes (§ 2º, II). Sendo duas as causas de aumento, impõe-se, conforme pacificada jurisprudência, o acréscimo de 3/8.** Sobre o resultado (8 anos e 3 meses reclusão; 18 dias-multa) incide única causa para redução das penas. Dentre os limites estabelecidos no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, impõe-se seja fixada a quantidade intermediária (metade). Isto porque, não fosse a reação da vítima que se identificou como policial, ela que, por ação do réu e do seu comparsa, deixou de conduzir a motocicleta e estava na iminência de ter a posse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perdida sobre seu bem, interrompeu a ação dos roubadores, contra a vontade desses. O resultado, ainda quanto ao crime de roubo (4 anos, 1 mês e 15 dias reclusão; 9 dias-multa), toma-se definitivo.

Quanto ao crime de resistência, tipificado no art. 329, "caput", do Código Penal, a ação do réu, em conivência com o comparsa, não poderia ter sido mais intensa e violenta. Revelada pela vítima a condição de policial, contra ela resistiram os roubadores, na tentativa de dar consumação ao crime contra o patrimônio então já anunciado. Por estas razões e pelas já expostas a justificar serem adotadas para o crime de roubo, penas em quantidade superiores às mínimas, é que se adota como base para o crime de resistência, o equivalente à metade da pena máxima (2 - 1 ano detenção). Não existem circunstâncias agravantes ou atenuantes nem causas especiais para o aumento ou para a diminuição das penas.

Ainda pelas mesmas razões que justificaram ser adotadas penas em quantidade superior às mínimas, impõe-se seja fixado o regime fechado para início do cumprimento da pena reclusão e, quanto à pena de detenção, o regime semiaberto.

(...)

Em decorrência da prática do crime tipificado no art. 157, § 2.º, I e II, c.c. art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, condeno o réu a cumprir, inicialmente em regime fechado, a pena de 4 (quatro), 1 (um) mês e 15 (15) dias de reclusão, e ao pagamento de 9 (nove) dias-multa.

Em decorrência da prática do crime tipificado no art. 329, c.c. art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, condeno o réu a cumprir, inicialmente em regime semiaberto, a pena de 1 (um) ano de detenção. (fls. 37-42).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

Assim, a dosimetria da reprimenda não merece reparos.

Com relação ao crime de roubo, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, acrescida pela metade o que se justifica no caso concreto, ante a ampla fundamentação do magistrado o que se revela razoável, eis que o acusado agiu com elevada intensidade do dolo, entre outros fatores.

Na segunda fase, sem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na fase derradeira, em razão das causas de aumento do emprego de arma e concurso de agentes, a pena foi aumentada acertadamente na fração de 3/8. Pela tentativa reconhecida, a pena foi diminuída de metade, o que será mantida face ao *iter criminis* percorrido.

No tocante ao crime de resistência, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, acrescida pela metade, o que será mantido, tendo em vista que, revelada pela vítima a condição de policial, contra ela resistiram os roubadores efetuando disparos, assim tornada definitiva, à míngua de circunstâncias modificadoras.

(...)

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO para que subsista a r. sentença condenatória, por seus próprios e jurídicos fundamentos. (fls. 52-23).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que a pena-base foi exaspera em 1/2 (metade), sem fundamentação idônea.

Assere que em razão de duas majorantes a reprimenda foi acrescida de 3/8 (três oitavos).

Requer seja reduzida a pena do paciente.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 59-63.

As informações foram juntadas às fls. 75-113.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 116-118, da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco de Assis Vieira Sanseverino, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.064 - SP (2013/0257789-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 29, *CAPUT*, E ART. 329 C.C. ART. 29, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CRIME DE ROUBO. ARGUMENTOS INADEQUADOS. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CRIME DE RESISTÊNCIA. INCREMENTO JUSTIFICADO. (3) MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de *habeas corpus* quando há ilegalidade patente, o que ocorre na espécie. Quanto ao **crime de roubo circunstanciado tentado**, não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações. Todavia, no que concerne ao **crime de resistência**, verifica-se que as instâncias de origem justificaram idoneamente o acréscimo da pena-base.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal de controle n.º 1634/10 da 28.ª Vara Criminal de São Paulo/SP, a fim de reduzir a pena, **apenas quanto ao crime de roubo circunstanciado tentado**, para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, cumpre deixar assentado que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada. (HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada. 4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados. (HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do *habeas corpus*, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente *mandamus* tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o *habeas corpus* presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa. 6. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

In casu, o Juiz de primeiro grau aumentou a pena-base em 2 (dois) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais.

Todavia, verifico que, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações desfavoráveis.

Com efeito, não basta afirmar que "agiu com elevada intensidade de dolo, ao escolher a motocicleta a ser roubada, coisa de elevado valor econômico. Longe de demonstrar um mínimo de arrependimento, excedendo-se no direito de autodefesa, por indução da Defesa, atribuiu a policiais, a prática de 'tortura', para no entanto, negar o crime ainda em investigação. Revelou tratar-se de pessoa afeta à prática de crimes contra o patrimônio, desprovido de sentimentos de culpa e/ou reparação diante dos sofrimentos acarretados a terceiros, além de ter mantido sua conduta criminosa, mesmo após a morte de comparsa, por ele abandonado".

Nessa linha de consideração, verifica-se que o Tribunal de origem também não apresentou justificativa idônea "com relação ao crime de roubo, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, acrescida pela metade o que se justifica no caso concreto, ante a ampla fundamentação do magistrado o que se revela razoável, eis que o acusado agiu com elevada intensidade do dolo, entre outros fatores".

Sobre o tema, eis os julgados:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA E ESTELIONATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE COM RELAÇÃO À CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA.

I - A orientação emanada do enunciado nº 17 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça tem como pressuposto lógico a idéia de que o falso exaure sua potencialidade lesiva ao constituir-se crime meio para a consecução do delito fim, que é o estelionato (Precedentes).

II - Sendo a falsidade meio para o estelionato, não se exaurindo neste, inviável a aplicação do princípio da consunção, por permanecer a falsidade apta à prática de outras atividades delitivas. Aplica-se, nestes casos, o concurso formal de crimes, e não o concurso material. (Precedentes do STF).

III - Na hipótese dos autos, a falsificação empregada não esgotou sua potencialidade lesiva no estelionato, tendo sido, ao contrário, utilizada por diversas vezes nos crimes praticados pelo paciente.

Inviável, portanto, a aplicação do princípio da consunção.

IV - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da *Lex Maxima*). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

V - *In casu*, verifica-se que a r. sentença condenatória apresenta em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto à culpabilidade, circunstâncias, comportamento da vítima e personalidade, utilizando-se de expressões como: '(...) alto grau de culpabilidade(...)'; '(...) dolo de grande intensidade(...)' e '(...) personalidade do acusado ser voltada para a delinquência(...)'.
VI - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida."

(HC 125.331/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 08/03/2010)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVOS DO CRIME. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS POSITIVOS. CONCLUSÃO DE NEGATIVIDADE. AUSÊNCIA DE FATOS CONCRETOS RETIRADOS DOS AUTOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Os motivos do delito foram considerados como circunstância desfavorável, para ambos os pacientes, ao argumento de que 'não consta que o réu tenha se motivado por algum fato que pudesse ser digno de valoração positiva' e que, 'por isso, tal circunstância deve ser valorada negativamente'. 2. A simples ausência de elementos que façam considerar a circunstância judicial como positiva não gera a conclusão de que seria negativa, visto que a sua negatividade decorre da existência de fatos concretos, tirados dos autos, que justifiquem sua consideração como tal. Dessarte, a mera ausência de dados positivos, não gera, automaticamente, a presença de elementos negativos.

3. Não foram, pois, expostos dados concretos, retirados do delito em apreço, utilizados pelos acusados na consecução do intuito delitivo, que pudessem ser considerados como negativos, figurando a fundamentação empregada na sentença como inidônea.

4. Ordem concedida para excluir o acréscimo pela circunstância judicial relativa aos motivos do delito e reduzir as reprimendas dos pacientes, bem como as multas, mantendo o regime inicial fechado.

(HC 120765/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 08/06/2011)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E USO DE DOCUMENTOS FALSOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR, NO CASO, AS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS DOS ACUSADOS. INTENSIDADE DO DOLO, MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA DA PENA NULA. PRECEDENTES DO STJ.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentada – observado o critério trifásico –, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Na hipótese, quanto à circunstância relativa à culpabilidade dos pacientes, verifica-se que o magistrado, impropriamente, sopesou a intensidade do dolo da conduta delitiva, consubstanciado apenas no argumento vago e genérico da consciência destes de participação de uma organização criminosa.

3. A circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem.

4. Consoante jurisprudência consolidada nesta Corte e no Pretório Excelso, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para majorar a pena-base.

5. Por fim, quanto à personalidade delitiva, tem-se que o julgador, utilizando-se dos envolvimento penais pretéritos dos agentes ('propósitos voltados para a atividade criminosa'), novamente, de forma imprópria, majorou a pena-base dos pacientes. A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação dos pacientes, anular a sentença condenatória tão-somente na parte relativa à dosimetria da pena, a fim de que outra seja elaborada, observando-se devidamente o critério trifásico, o qual deverá ser devidamente fundamentado e sem o aumento relativo aos maus antecedentes em relação ao réu Douglas Antunes. (HC 50.331/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 06/08/2007 p. 550)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes, como procedido *in casu*.

Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser inconteste o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

5. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a reprimenda do Paciente para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa.

(HC 183.131/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010)

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO AGRAVADO. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 1/2 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTA STJ. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de três causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a Corte de origem manteve a fração de 1/2 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula 443 deste STJ.

3. Ordem concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 1/2 (metade) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda do paciente para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

(HC 160.643/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010)

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO ALEGADO. MINORAÇÃO DO ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE. INCIDÊNCIA. 2.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS ADVERSOS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 3. PERSONALIDADE. VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. NOVO DELITO PRATICADO QUANDO EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO CARCERÁRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. 5. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. Não há nos autos documentação comprobatória suficiente para a aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido acerca dos antecedentes e da reincidência de um dos paciente, devendo, contudo, o acréscimo pela agravante ser minorado, ante o princípio da proporcionalidade.

2. Considerar a culpabilidade, as consequências e as circunstâncias como desfavoráveis não é possível, em virtude da fundamentação inidônea empregada, sob as assertivas de que os acusados "tinham plena consciência da ilicitude de suas condutas" e que essas circunstâncias "lhes prejudicam".

3. Mencionar que a personalidade é voltada para a prática delituosa não basta para negativar a referida circunstância judicial, pois não foram expostos dados concretos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo.

4. Terem os pacientes cometido o delito enquanto cumpriam pena no regime aberto, não desmerece a conduta social, pois a punição pelo ocorrido é a regressão de regime carcerário do apenado, não devendo, novamente, em sede de aplicação da reprimenda pelo novo delito, ter como desfavorável a dita circunstância judicial, eis que caracteriza uma dupla punição, incidindo, assim, em inaceitável bis in idem.

5. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as reprimendas.

(HC 128.368/MS, minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

Tal entendimento cristalizou-se na Súmula n.º 443 - STJ, *in verbis*:

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.

Na sequência, dada a ilegalidade do acréscimo de 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, tal aumento deve se dar no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Assim, **quanto ao crime de roubo circunstanciado tentado**, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, bem como reitero que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não há circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira fase da dosimetria, exaspero a pena em 1/3 (um terço). Por fim, diante da tentativa, mantenho a fração de 1/2 (metade) para reduzir a reprimenda, tornando-a definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa.

Todavia, no que diz respeito **ao crime de resistência**, verifica-se que as instâncias de origem justificaram idoneamente o acréscimo da pena-base *[a ação do réu, em conivência com o comparsa, não poderia ter sido mais intensa e violenta. Revelada pela vítima a condição de policial, contra ela resistiram os roubadores, na tentativa de dar consumação ao crime contra o patrimônio então já anunciado (...)] tendo em vista que, revelada pela vítima a condição de policial, contra ela resistiram os roubadores efetuando disparos*], não havendo qualquer reparo a ser feito.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, no tocante à Ação Penal de controle n.º 1634/10 da 28.^a Vara Criminal de São Paulo/SP, **apenas quanto ao crime de roubo circunstanciado tentado**, a fim de reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 6 (seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0257789-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 275.064 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010679820108260050 10679820108260050 16342010

EM MESA

JULGADO: 22/04/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLEITON RODRIGO FERREIRA FLORES

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz (Presidente), Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.