



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.962 - SP (2015/0072077-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON SANTOS DE LIMA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Esta Corte já decidiu que processos em curso não configuram maus antecedentes e também não servem para valorar negativamente a personalidade do agente (Súmula 444).
3. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.
4. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal de origem salientou particularidade fática, destacando que o acusado "ameaçou as vítimas, inclusive chegou a agredir uma delas, eis que puxou seus cabelos e, ainda, as deixou trancadas no banheiro", o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO

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 *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.962 - SP (2015/0072077-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON SANTOS DE LIMA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANDERSON SANTOS DE LIMA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 0036019-06.2012.8.26.0577).

Consta dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso no art. 157, *caput*, por 5 (cinco) vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado. Eis o *decisum*, no que interessa (fl. 14):

Passo a dosar a pena.

O réu registra antecedente desabonador, visto que processado e condenado por delito semelhante ao tratado nestes autos, o que autoriza a aplicação da pena acima do mínimo legal, majorada de 1/6, obtendo-se 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa. Em uma única ação o acusado lesou pelo menos cinco vítimas diversas, ocorrendo concurso formal entre os delitos, o que permite o acréscimo de 1/4, totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão e 13 dias-multa. Inexistindo outras causas modificadoras, torno essa pena definitiva.

A pena pecuniária terá o valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, observadas as atualizações pertinentes.

Para a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se considerar que o réu praticou infração mediante grave ameaça à pessoa, o que revela acentuada periculosidade, distorção da personalidade e insensibilidade moral. Deste modo, e para que se dê à sociedade uma resposta mais efetiva em relação à criminalidade violenta, deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

A defesa, insatisfeita, interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim fundamentado, *verbis* (fl. 33 a 35):

(...)

Nada mais quando ao mérito, passo a analisar a dosimetria das penas.

A nobre Magistrada atenta às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal fixou a **pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa, pois o acusado registra antecedente desabonador, visto que foi processado e condenado por delito semelhante ao trata nos autos.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em que pese a condenação do réu pela prática de roubo majorado embora não denota o trânsito em julgado, ou seja, não possa ser considerada para a aferição dos "antecedentes" - o que é restrito às sentenças penais irrecorríveis, mas corresponde ao histórico pessoal negativo do acusado, o que, justamente em respeito aos princípios da igualdade e individualização da pena, legitima uma ponderação adversa a respeito do réu, na medida em que indica que o indivíduo se apresenta constantemente envolvido em atos ilícitos, demonstrando possuir uma personalidade desajustada, voltada para prática delitiva.

Diante desse quadro, a circunstância constitui fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base imposta, a qual deve ser mantida.

Por fim, incabível o reconhecimento do crime único, visto que embora tenha o roubo ocorrido no mesmo contexto fático, a conduta do meliante atingiu cinco patrimônios distintos, eis que o réu subtraiu os celulares e outros bens das ofendidas que estavam presentes no salão de beleza exceto da testemunha Josiane, assim, correto o acréscimo de 1/4 pelo concurso formal de delitos.

Portanto, perfazendo-se as penas para o acusado 05 anos e 10 meses de reclusão e 13 dias-multa.

O regime fixado para início do cumprimento da pena foi o fechado.

Com efeito, o réu demonstrou com sua conduta certa periculosidade, uma vez que ameaçou as vítimas, inclusive chegou agredir uma delas, eis que puxou seus cabelos e, ainda, as deixou trancadas no banheiro, o que demonstra pessoa inapta para retornar, em breve tempo, ao convívio social, sendo necessária a adoção de regime mais rigoroso, até porque é reincidente.

Demais disso, o regime fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito, não cabendo acolhida o pleito da Defesa de fixação de regime semiaberto.

Assim, o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de roubo, tendo em vista que o legislador, ao criar o parágrafo 3º, do artigo 33, do Código Penal, deixou ao Juiz espaço paro, dentro do realidade vigente, dosar a pena e fixar o regime de cumprimento de forma que possam ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, pois caso contrário tal parágrafo não existiria.

Além disso, o roubo é crime cuja gravidade não se discute, que vem nos dias que correm causando grande inquietação na sociedade em geral, hoje até mesmo em cidades de menor porte, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes, tudo, enfim, a exigir regime prisional mais severo.

(...)

Portanto, a r. sentença é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, posto que examinou toda a matéria deduzida em juízo, e o fez bem, de forma técnica.

Ante o exposto, REJEITO a preliminar e, no mérito NEGOU PROVIMENTO ao recurso, mantida a r. sentença tal qual foi lançada.

No presente *mandamus*, alega o impetrante, inicialmente, que o Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciante, ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, invocou processo em curso, contrariando o enunciado sumular nº 444 desta Corte.

Aduz que "o condenado era menor de 21 anos na data do fato. Apesar disso, não foi aplicada a atenuante da menoridade, conforme inclusive sugerido no parecer do douto Procurador de Justiça" (fl. 2).

Defende, ainda, a modificação do regime prisional estabelecido pela sentença e mantido pelo acórdão impugnado. Sustenta, em síntese, que *"para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena foi considerada apenas a gravidade em abstrato do delito"* (fl. 3). Invoca os enunciados sumulares nº 718 e nº 719 do Pretório Excelso, bem como o de nº 440 deste Superior Tribunal. Ressalta, ainda, que *"quanto às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, não fundamentou o douto magistrado quais estariam presentes e ensejariam a fixação de regime mais gravoso que o previsto na lei, apenas fazendo menção à gravidade do delito"* (fl. 4).

Requer, liminarmente e no mérito, seja reduzida a pena, assim como fixado o regime inicial semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 67/70.

Informações prestadas às fls. 77/107 e fls. 110/112.

Em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da república Haroldo Ferraz da Nóbrega (fls. 116/119), o Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento do presente *habeas corpus* e, se conhecido, pela sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 319.962 - SP (2015/0072077-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.
2. Esta Corte já decidiu que processos em curso não configuram maus antecedentes e também não servem para valorar negativamente a personalidade do agente (Súmula 444).
3. Pelo princípio da *non reformatio in pejus*, o recorrente tem o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, quando se tratar de recurso exclusivo. Ressalvado meu entendimento pessoal sobre a matéria, em julgados recentes, a Sexta Turma tem decidido no sentido de que não fere o princípio em comento a adoção pelo Tribunal de motivação própria sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, não se tratando de inovação indevida, desde que não agravada a situação do réu.
4. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal de origem salientou particularidade fática, destacando que o acusado "ameaçou as vítimas, inclusive chegou a agredir uma delas, eis que puxou seus cabelos e, ainda, as deixou trancadas no banheiro", o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente, a ensejar a concessão de ordem de ofício.

Não se descure que a viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que idelologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198)

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda.

(MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222)

Colhe-se da sentença (fl. 14):

(...)

Passo a dosar a pena.

O réu registra antecedente desabonador, visto que processado e condenado por delito semelhante ao tratado nestes autos, o que autoriza a aplicação da pena acima do mínimo legal, majorada de 1/6, obtendo-se 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa. Em uma única ação o acusado lesou pelo menos cinco vítimas diversas, ocorrendo concurso formal entre os delitos, o que permite o acréscimo de 1/4, totalizando 05 anos e 10 meses de reclusão e 13 dias-multa. Inexistindo outras causas modificadoras, torno essa pena definitiva.

A pena pecuniária terá o valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, observadas as atualizações pertinentes.

Para a aplicação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se considerar que o réu praticou infração mediante grave ameaça à pessoa, o que revela acentuada periculosidade, distorção da personalidade e insensibilidade moral. Deste modo, e para que se dê à sociedade uma resposta mais efetiva em relação à criminalidade violenta, deverá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado.

Eis o aresto impugnado (fl. 33 a 35):

(...)

Nada mais quando ao mérito, passo a analisar a dosimetria das penas.

A nobre Magistrada atenta às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal fixou a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa, pois o acusado registra antecedente desabonador, visto que foi processado e condenado por delito semelhante ao trata nos autos.

Em que pese a condenação do réu pela prática de roubo majorado embora não denota o trânsito em julgado, ou seja, não possa ser considerada para a aferição dos "antecedentes" - o que é restrito às sentenças penais irrecorríveis, mas corresponde ao histórico pessoal negativo do acusado, o que, justamente em respeito aos princípios da igualdade e individualização da pena, legitima uma ponderação adversa a respeito do réu, na medida em que indica que o indivíduo se apresenta constantemente envolvido em atos ilícitos, demonstrando possuir uma personalidade desajustada, voltada para prática delitiva.

Diante desse quadro, a circunstância constitui fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base imposta, a qual deve ser mantida.

Por fim, incabível o reconhecimento do crime único, visto que embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tenha o roubo ocorrido no mesmo contexto fático, a conduta do meliante atingiu cinco patrimônios distintos, eis que o réu subtraiu os celulares e outros bens das ofendidas que estavam presentes no salão de beleza exceto da testemunha Josiane, assim, correto o acréscimo de 1/4 pelo concurso formal de delitos.

Portanto, perfazendo-se as penas para o acusado 05 anos e 10 meses de reclusão e 13 dias-multa.

O regime fixado para início do cumprimento da pena foi o fechado.

Com efeito, o réu demonstrou com sua conduta certa periculosidade, uma vez que ameaçou as vítimas, inclusive chegou agredir uma delas, eis que puxou seus cabelos e, ainda, as deixou trancadas no banheiro, o que demonstra pessoa inapta para retornar, em breve tempo, ao convívio social, sendo necessária a adoção de regime mais rigoroso, até porque é reincidente.

Demais disso, o regime fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito, não cabendo acolhida o pleito da Defesa de fixação de regime semiaberto.

Assim, o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de roubo, tendo em vista que o legislador, ao criar o parágrafo 3º, do artigo 33, do Código Penal, deixou ao Juiz espaço paro, dentro do realidade vigente, dosar a pena e fixar o regime de cumprimento de forma que possam ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, pois caso contrário tal parágrafo não existiria.

Além disso, o roubo é crime cuja gravidade não se discute, que vem nos dias que correm causando grande inquietação na sociedade em geral, hoje até mesmo em cidades de menor porte, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes, tudo, enfim, a exigir regime prisional mais severo.

(...)

Portanto, a r. sentença é de ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, posto que examinou toda a matéria deduzida em juízo, e o fez bem, de forma técnica.

Ante o exposto, REJEITO a preliminar e, no mérito NEGOU PROVIMENTO ao recurso, mantida a r. sentença tal qual foi lançada.

Como visto, o Juízo de primeiro grau aumentou a pena-base por considerar desfavoráveis os antecedentes criminais do apenado. Por sua vez, muito embora tenha afastado essa valoração em relação aos antecedentes, o Sodalício estadual pautou-se na mesma condição (feito não transitado em julgado) para desmerecer a personalidade do agente, destacando que, *"Em que pese a condenação do réu pela prática de roubo majorado, embora não denota o trânsito em julgado, ou seja, não possa ser considerada para a aferição dos "antecedentes" - o que é restrito às sentenças penais irrecorríveis, mas corresponde ao histórico pessoal negativo do acusado, o que, justamente em respeito aos princípios da igualdade e individualização da pena, legitima uma ponderação adversa a respeito do réu, na medida em que indica que o indivíduo se apresenta constantemente envolvido em atos ilícitos, demonstrando possuir uma personalidade*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desajustada, voltada para prática delitiva".

Inviável, contudo, tal procedimento. Não havendo a condenação se lastreado por condenações definitivas, entendo aplicável o enunciado nº 444 desta Corte, *in verbis*

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Esta Corte já decidiu que inquéritos e processos em curso não configuram maus antecedentes e também não servem para valorar negativamente a personalidade do agente. Confira-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA 444 DO STJ. VIOLAÇÃO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA.

1. Consoante remansoso entendimento desta Corte, consolidado na Súmula 444, inquéritos policiais e ações penais em curso ou condenações sem trânsito em julgado "não podem ser utilizados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada para fins de elevação da pena-base".

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 208.762/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 09/06/2015)

HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO CRIME CONSUMADO. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM CURSO E ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É ilegal a exasperação da pena-base na parte em que o julgador considerou "expressivo o grau de culpabilidade" - o qual se refere à maior ou menor reprovabilidade da conduta delituosa - porque os pacientes percorreram "longo iter", elemento inerente à forma consumada do furto, já analisado na tipificação da conduta dos agentes.

2. A "reprovável conduta social" dos pacientes diante da notícia da prática de atos infracionais e de processo em curso também não configura fundamento válido para o agravamento da pena-base, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.

3. Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar maus antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que "atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência" (HC n. 289.098/SP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 23/5/2014).

5. A valoração negativa das circunstâncias do crime com base no expressivo prejuízo sofrido pela vítima (R\$ 4.000) é justificativa idônea para a majoração da pena-base.

6. Desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, é cabível a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva aos réus, primários, condenados à pena inferior a 4 anos, art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena dos pacientes a 2 anos e 6 meses de reclusão.

(HC 224.037/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 27/04/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. AFASTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. PROCESSOS EM CURSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.

2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

4. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).

5. In casu, existe manifesta ilegalidade pois a existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Inquéritos e processos em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre as circunstâncias da conduta social e da personalidade, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para as que não são pertinentes ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

7. Redimensionada a pena, o lapso prescricional é de 4 (quatro) anos, ex vi do artigo 109, V, do Código Penal, verificando-se, assim, a incidência da prescrição, haja vista o intervalo entre o recebimento da exordial acusatória (5.8.2003) e a publicação da sentença condenatória (2.7.2008),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não tendo ocorrido outros marcos interruptivos.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena imposta ao paciente e declarar extinta a punibilidade do fato imputado no Processo n.º 2003.38.02.003462-9, que tramitou perante a 1.ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Uberaba/MG, pela incidência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com fulcro nos artigos 107, IV, e 109, V, ambos do Código Penal.

(HC 141.815/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

Passo, assim, ao redimensionamento da pena.

Ausentes circunstâncias judiciais validamente consideradas em desfavor do paciente, reduzo a pena-base ao mínimo legal – 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa, a qual permanece no mesmo patamar, na segunda fase, não obstante a alegação de incidência da atenuante da menoridade penal, por força do disposto na Súmula 231/STJ. Na terceira fase, igualmente, mantem-se o *quantum* estipulado, à míngua de outras causas modificativas. Reconhecida a figura do crime formal, na forma do art. 70 do Código penal, aplica-se o acréscimo de 1/4, tornando a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Por fim, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, melhor sorte não assiste ao paciente.

Cumpre esclarecer, inicialmente, que me filio ao posicionamento de que não é dado ao Tribunal, em recurso exclusivo do réu, reexaminar as circunstâncias judiciais, eis que a referida prática violaria o princípio do *ne reformatio in pejus*. Isso porque a Corte estadual deveria, tão somente, apreciar a legalidade dos fundamentos da sentença e não criar nova análise que possa trazer prejuízo à situação do condenado.

Nesta senda, em recurso exclusivamente defensivo, não seria possível ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja mais gravoso que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.

Entretanto, considerando os recentes julgados da Sexta Turma, nos quais fiquei vencida, juntamente com o Ministro Sebastião Reis Júnior, penso ser o caso de ressaltar o meu entendimento, tendo em vista, inclusive, o julgamento do HC n.º 304.886/SP, ocorrido na sessão de 24.2.2015. Eis o teor da ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito** – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

No mesmo sentido decidiu a Sexta Turma nos autos do HC n.º 254.070/SP e do HC n.º 275.110/SP, ambos de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz.

Desse modo, embora ainda comungue da compreensão inicialmente explanada, curvo-me ao recente entendimento do Colegiado.

Nessa esteira de inteligência, entende-se que o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar sobre a dosimetria, a examinar as circunstâncias judiciais e rever todos os aspectos da individualização da pena deliberados no édito condenatório, seja para manter ou reduzir a sanção imposta em primeira instância, bem como para analisar as demais circunstâncias satelitárias, tais como a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, como sói ser a hipótese dos autos.

Assim, considera-se possível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo Tribunal *a quo*, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu, tal como no caso em testilha.

Dito isso, denota-se que, não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 08 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, fixada no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal de origem salientou particularidade fática, destacando que o acusado "*ameaçou as vítimas,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inclusive chegou a agredir uma delas, eis que puxou seus cabelos e, ainda, as deixou trancadas no banheiro", o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

Nesse diapasão, o Tribunal *a quo* entendeu ser necessária uma resposta penal mais efetiva, como forma de retribuição proporcional à gravidade da conduta, porquanto as circunstâncias do caso em testilha demonstram que regime inicial mais brando não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do delito em comento.

Assim, devidamente fundamentada a manutenção do regime inicial fechado, com base em dados concretos constantes dos autos, não há ilegalidade a ser sanada. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRIMÁRIO. PENA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em face da nova jurisprudência da Suprema Corte, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, de forma a inadmitir a utilização do remédio constitucional em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal.

2. Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes têm feito a ressalva de que, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo, nada impede que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça - conforme o caso - analise a questão de ofício, nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica. Sob tais premissas, não constato, na espécie em exame, a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal passível de concessão, de ofício, de *habeas corpus*.

3. Inexiste ilegalidade na escolha do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o agente seja primário e o *quantum* da pena - 7 anos de reclusão - seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

4. Na espécie, o fato de o paciente e o corréu serem responsáveis pelo abastecimento de grande quantidade de armamento para milícias e traficantes de drogas dos morros dominados pelo Comando Vermelho comprova a extrema severidade do delito perpetrado, a recomendar a imposição do regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena.

5. Não é o caso, portanto, da incidência do enunciado sumular n. 440/STJ "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito"(enunciados n. 718 e n. 719, ambos do STF).

6. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 274577/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 03/02/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONDENAÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. [...].

2. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos, encontra-se motivada a sujeição ao regime inicial fechado quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal.

3. *Writ* não conhecido.

(HC 258.082/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 18.3.2013)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 05 (cinco) anos de reclusão, mais o pagamento de 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0072077-1

HC 319.962 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00360190620128260577 12722012 360190620128260577

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

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. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO LOPES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON SANTOS DE LIMA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.