

**HABEAS CORPUS Nº 460.212 - RS (2018/0180328-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : GISELA ANTIA DE ALMEIDA  
**ADVOGADO** : GISELA ANTIA DE ALMEIDA - RS029385  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
**PACIENTE** : ROBERTO DA ROSA DE OLIVEIRA

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **ROBERTO DA ROSA DE OLIVEIRA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática dos crimes do art. 157, § 2º, I, II e V, três vezes, na forma do art. 70, *caput*, art. 180, *caput*, c/c art. 61, II, *b*, e art. 288, parágrafo único, do CP (e-STJ, fls. 149-320).

Da sentença, ambas as partes apelaram, tendo a Corte de origem dado parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a reprimenda a 16 anos, 8 meses e 18 dias de reclusão, em regime prisional fechado (e-STJ, fls. 149-320).

Após o trânsito em julgado do decreto condenatório, a defesa ajuizou revisão criminal, que foi julgada improcedente, nos moldes da seguinte ementa:

"REVISÃO CRIMINAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. RECEPÇÃO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA.

É incabível, em sede de revisão criminal, a reapreciação das mesmas questões já discutidas na sentença e no acórdão. Sentença criminal e acórdão que condenaram o acusado como incurso nas sanções do art. 157, 2º, I, II e V (três vezes), na forma do art. 70, art. 180, *caput*, c/ o art. 61, II, 'b', e art. 288, parágrafo único, na forma do art. 69, *caput*, todos do Código Penal, com base na prova segura produzida nos autos.

REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE" (e-STJ, fls. 322).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "não merece prosperar tal condenação, porquanto o Requerente foi preso em casa, e na garagem tinha apenas o carro de seu irmão"; b) "todos os depoimentos dos policiais não conseguem comprovar (em momento algum) que o R. estava na posse do veículo roubado"; c) "é IMPOSSÍVEL se admitir a condenação pelo delito de formação de quadrilha, quando existe nos autos, apenas a notícia de um assalto a um estabelecimento comercial"; d) é evidente o *bis in idem*, pois "o MAGISTRADO condenou os RR. por 3 delitos de roubo, majorados pelo uso de arma de fogo e concurso de pessoas, OU SEJA, os RR. foram condenados 3 vezes por estarem em concurso de pessoas, como então serem condenados na formação de quadrilha?"; e) "se três ou mais indivíduos se reunirem para juntos realizarem um roubo e após dividirem o dinheiro para que cada um siga sua vida, estaremos diante de um roubo com pena aumentada pelo concurso de pessoas, nos termos do art. 157, II, do Código Penal"; f) "a culpabilidade do agente não excede ao grau ordinário da conduta, considerando o cotejo das moduladoras examinadas pelo

sentenciante e a devida aferição da gravidade concreta do crime na terceira fase da dosimetria da pena, providência que encontra respaldo na discricionariedade vinculada do Magistrado. Entendimento diverso implicaria *bis in idem*, pois em dois momentos distintos (primeira e terceira fase) mesmo substrato fático seria utilizado em desfavor do acusado"; g) "o réu ostenta maus antecedentes, o qual restou devidamente singularizado pelo sentenciante em processo com trânsito em julgado anterior (072/2.04.0002349-6), o que basta para o tise negativo desta circunstância judicial"; h) "foi aplicada penas muito acima do mínimo legal" (e-STJ, fls. 3-36).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de que seja afastada a condenação pelo crime de formação de quadrilha e de receptação, bem como seja reduzida a pena imposta ao paciente.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fls. 393-395), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ, fls. 623-628).

**É o relatório.**

Decido.

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

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

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

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

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

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

III - É franqueado o reconhecimento de agravantes pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia, porquanto tal reconhecimento não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a

sentença, sendo aplicável o disposto no art. 385 do CPP (precedentes).

*Habeas corpus* não conhecido.

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

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

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

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

3. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que "é despidianda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta prova testemunhal atestando o seu emprego" (HC 343.524/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2016).

*Habeas corpus* não conhecido.

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

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

Quanto à dosimetria, 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.

Decerto, não se infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Assim, considerando a existência de duas condenações transitadas em julgado e a não elevação da reprimenda na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na dosimetria da pena.

A esse respeito:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO

RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.**

3. **A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.**

4. No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se que, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação."

(HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se.)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.

3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de *habeas corpus*.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

**5. A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.**

6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado."

(HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se.)

Lado outo, para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do

crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. *In casu*, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o *modus operandi* do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, considerando o número expressivo de réus, que ostensivamente armados, subjugaram várias vítimas, segregando a sua liberdade.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NOVOS FUNDAMENTOS ADOTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DO RÉU INALTERADA. ANÁLISE CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS CORRÉUS. CABIMENTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E DA PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA QUANTO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO DA PENA EM 1/4 (UM QUARTO). DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DOSIMETRIA REFEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

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

3. A utilização da mesma fundamentação para se dosar a pena aos corrêus, em uma análise conjunta das circunstâncias judiciais, não viola a individualização da pena, desde que comunicáveis aos acusados.

4. É certo que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico.

5. Os fundamentos quanto às consequências do crime não são idôneos. Isso porque o fato de os bens não terem sido recuperados não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, porquanto a subtração é inerente ao crime de roubo. Da mesma forma, o desvalor

da personalidade está baseado em elementos genéricos, sem indicação de dados concretos a justificar a elevação da reprimenda-base.

**6. Por outro lado, a valoração negativa da circunstância do crime está devidamente fundamentada, porquanto os elementos apresentados são acidentais e não integram a estrutura do tipo penal, pois destacam o modus operandi empregado, que revela a maior gravidade do crime. A forma violenta que o paciente e seus comparsas utilizaram contra as vítimas, amarrando-as e desferindo-lhes chutes em uma delas, extrapolam as condições próprias do tipo de roubo e evidenciam a maior reprovabilidade do crime praticado.**

7. Presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima. 8. Refeita a dosimetria.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reformar a sentença condenatória e o acórdão impugnado, a fim de redimensionar a pena do paciente referente ao delito de roubo para 5 anos e 4 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais parâmetros fixados pelo Juízo de primeiro grau.

(HC 359.152/RN, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 8/8/2017, DJe 18/8/2017, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA.

I - Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do Código Penal, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

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

Agravo regimental desprovido.

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

Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. *In casu*, o prejuízo suportado pelas vítimas devem

ser reconhecido como superior ao ínsito aos delitos contra o patrimônio, o que autoriza a exasperação da reprimenda a título de consequências do crime.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO REDUÇÃO DA PENA-BASE. EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. INVIABILIDADE. SIGNIFICATIVO PREJUÍZO FINANCEIRO SUPOSTO PELA VÍTIMA. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL À GRAVIDADE DA CONDUTA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE PELO USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ENTENDIMENTO QUE ESTÁ EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DESSA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

- A dosimetria da pena e o seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- **As consequências do crime de roubo foram negativas, em virtude do significativo prejuízo econômico suportado pela vítima, que era estudante e não teve sua motocicleta recuperada. Esse argumento é idôneo para fundamentar a exacerbação da pena-base a título de consequências do delito, nos termos da remansosa jurisprudência dessa Corte Superior.**

- Em respeito à discricionariedade vinculada do julgador, deve ser mantida a pena-base aplicada - 5 anos de reclusão -, pois proporcional à gravidade concreta do crime e à variação das penas abstratamente cominadas ao tipo penal violado.

- A incidência da majorante pelo uso de arma de fogo foi lastreada em vasto acervo probatório, consubstanciado no testemunho da vítima e nos depoimentos prestados pelos policiais. Diante disso, a conclusão pela exclusão da majorante, como pretendido, demandaria a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, providência incabível na via processual eleita.

- Mesmo após a superveniência das alterações trazidas, em 24/5/2018, pela Lei n. 13.654/2018, essa Corte Superior, no que tange à causa de aumento do delito de roubo prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal - nos casos em que utilizada arma de fogo -, manteve o entendimento exarado por sua Terceira Seção, no sentido de ser desnecessária a apreensão da arma utilizada no crime e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva, uma vez que seu potencial lesivo é in re ipsa.

- As pretensões formuladas pela impetrante encontram óbice na



jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo manifestamente improcedentes.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 473.117/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 5/2/2019, DJe 14/2/2019, grifou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

**2. No caso, o acórdão recorrido se firmou em fundamentos suficientes e idôneos para exasperar a pena-base, valorando negativamente as consequências do delito. Com efeito, a Corte estadual apontou elementos concretos aptos a justificar a exasperação da pena-base em razão dessa circunstância judicial, sobretudo diante do prejuízo econômico sofrido pela vítima, consignando tratar-se de veículo de alto valor (Toyota/Corolla) que ficou seriamente avariado.**

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1736063/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 17/9/2018, grifou-se).

Por fim, verifica-se que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a exasperação da pena em 1/2 na terceira fase da dosimetria, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ.

Em verdade, as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de armas de fogo, por cinco agentes, tendo havido a restrição da liberdade de mais de 20 pessoas, dentre elas crianças de tenra idade, adolescentes e idosos, evidenciam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO DE MENORES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PACIENTE VINICIUS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. DELITOS DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E CORRUPÇÃO DE MENORES. ARTS. 107, INCISO IV, 109, INCISO V, 110, § 1.º E 115 DO CÓDIGO PENAL. ROUBO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA O TIPO PENAL.

*MODUS OPERANDI*. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3 PELAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443/STJ. NÃO APLICAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- 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.

- Considerando que transcorreu prazo superior a dois anos entre a data da publicação da sentença condenatória em 21.02.2014 (fl. 54) e a data do trânsito em julgado da ação penal para a Defesa do paciente VINICIUS, em 29.02.2016 (fl. 116), impõe-se o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva superveniente relativamente aos delitos de formação de quadrilha e corrupção de menores, nos termos dos arts. 107, inciso IV, 109, inciso V, 110, § 1.º e 115 do Código Penal.

- Cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes.

Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

- No caso, não há óbice ao reconhecimento da maior reprovabilidade da conduta dos pacientes, a ensejar a exasperação da pena-base dos roubos em 1/2 sobre o mínimo legal, com fulcro no desfavorecimento das circunstâncias do crime.

- Deve ser considerada, no caso, a especial violência empregada, tendo os réus agredido fisicamente uma das vítimas, bem como o *modus operandi* dos roubos, praticados por sete ou oito pessoas, com várias armas, tendo o primeiro colocado em perigo clientes e funcionários de restaurante e o segundo ocasionado a subtração de três veículos de estacionamento vizinho. Aceitar que a grave ameaça e a violência, por integrarem o tipo penal do roubo, não podem ser valoradas de acordo com a maior ou menor intensidade da conduta, seria inviabilizar a gradação do preceito secundário.

- **Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".**

- **Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas dos crimes, no caso, praticados por sete ou oito agentes, que se utilizaram de diversas armas de fogo, bem**

**como do modus operandi dos delitos. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.**

- *Habeas corpus* não conhecido. Concedo a ordem, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente VINICIUS ao novo patamar de 06 anos e 03 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 15 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 379.112/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/8/2018, DJe 24/8/2018, grifou-se)

Ademais, se as instâncias ordinárias, com esteio nas provas colhidas nos autos, entenderam pela configuração do concurso formal de crimes, consignando expressamente que a conduta atingiu três patrimônios diversos, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento do contexto fático-comprobatório, inviável em sede de *habeas corpus*.

Ainda, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento decorrente do concurso formal tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, devendo ser a pena de um dos crimes exasperada de 1/6 até 1/2. Por certo, o acréscimo correspondente ao número de três infrações é a fração de 1/5 (um quinto), nos moldes do reconhecido no julgamento do apelo defensivo.

Nesse sentido, vejam-se, por oportuno, o seguinte julgado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. PORTE ILEGAL DE ARMA, MUNIÇÃO E ARTEFATO EXPLOSIVO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO INDEVIDA PELA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E MOTIVOS DO DELITO. CULPABILIDADE CONSIDERADA DESFAVORÁVEL POR SE TRATAR DE DELITOS PREPARATÓRIOS PARA OUTROS. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE À ESPÉCIE. CONDUTA SOCIAL VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. VALORAÇÃO SEM INDICAÇÃO DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES NÃO JUNTADA. OFENSA À SÚMULA 444/STJ. COMETIMENTO DE OUTROS DELITOS. FUNDAMENTO UTILIZADO COMO MOTIVOS DO DELITO. FATOR COMUM AOS DELITOS IMPUTADOS. JUSTIFICAÇÃO INVÁLIDA.

CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VALORAÇÃO NEGATIVA PELA GRANDE QUANTIDADE DE ARMAMENTO APREENDIDO E O SEU ALTO PODER LESIVO. FUNDAMENTO CONCRETO. CIRCUNSTÂNCIA QUE EXTRAPOLA AS ÍNSITAS DO TIPO PENAL. TESE DE OFENSA À PROPORCIONALIDADE NA PRIMEIRA FASE. NÃO OCORRÊNCIA. AUMENTO DE 1/3 NA TERCEIRA FASE PELO CONCURSO FORMAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. PRÁTICA DE TRÊS INFRAÇÕES. REDUÇÃO A 1/5 DEVIDA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior

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

2. O fato de que os delitos imputados são preparatórios para a prática de outros mais graves não constitui motivação idônea para a fundamentar, validamente, o aumento da pena-base, por serem inerentes à espécie.

3. À míngua da indicação de condenação definitiva, inclusive porque, como constou do próprio acórdão, não foi trazida aos autos do processo de conhecimento, a Folha de Antecedentes Criminais do paciente, não há falar em conduta social desfavorável, porquanto voltada à prática de delitos, nos termos da Súmula 444/STJ.

4. Não se presta à valoração negativa dos motivos do delito o cometimento de outros delitos, por se tratar de razão comum aos delitos imputados, de porte ilegal de arma, munição e artefato explosivo, enquanto delitos contra a paz pública.

5. A grande quantidade de armamento apreendido e o seu alto poder lesivo configura fator que desborda dos inerentes aos delitos de porte ilegal de arma e munição e artefatos explosivos, justificando, pois, o aumento da pena-base.

6. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, correspondente a 9 meses pela presença de quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito (mais grave), de 3 a 6 anos de reclusão.

7. **Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o aumento pelo concurso formal tem como critério o número de delitos praticados, configurando o constrangimento ilegal, uma vez que, sendo três os delitos praticados, o aumento deve ser de 1/5 e não 1/3 como fixado.**

8. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir as penas a 3 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, em regime semiaberto, e 14 dias-multa."

(HC 284.619/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016, grifou-se)

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator