

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 463.886 - SP (2018/0204064-7)**

**RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**LEONARDO NASCIMENTO DE PAULA - SP0320176**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : JOSUE BARBOZA (PRESO)**  
**PACIENTE : MARCOS ANTONIO DOS SANTOS (PRESO)**  
**PACIENTE : EDUARDO DA SILVA SANTOS (PRESO)**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOSUE BARBOZA, MARCOS ANTONIO DOS SANTOS e EDUARDO DA SILVA SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n. 0017323-72.2017.8.26.0050.

Extrai-se dos autos que os pacientes foram condenados por roubo circunstanciado, por duas vezes, em concurso formal. Marcos e Eduardo receberam 6 anos, 8 meses e 5 dias de reclusão e Josue 8 anos e 7 dias de reclusão, todos no regime inicial fechado.

Requer a Defensoria, em liminar e no mérito, a diminuição da pena-base, o afastamento da causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, por ausência de laudo pericial, bem como a fixação do regime semiaberto para os pacientes Marcos e Eduardo, além de afirmar que foi indevido o aumento na terceira fase em 5/12.

Liminar indeferida às fls. 99/100.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração, conforme parecer de fls. 105/122.

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria 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

# *Superior Tribunal de Justiça*

existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Inicialmente, no que diz respeito à exclusão da majorante do emprego da arma de fogo por ausência de apreensão e perícia dos instrumentos, verifica-se que as instâncias ordinárias não se manifestaram expressamente sobre o tema, o que impede o conhecimento da matéria por esta Corte Superior, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. AMEAÇA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL COM RELAÇÃO AO PORTE DE ARMA. MERA IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA. TEMA NÃO ANALISADO PELAS INSTÂNCIA A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior.

2. Constatado que a instância de origem não analisou a possibilidade de trancamento da ação penal em razão da ocorrência de mera irregularidade administrativa, inviável o debate diretamente por este Tribunal superior sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

3. Caberia à defesa a oposição de embargos de declaração perante a Corte estadual a fim de provocar o exame pormenorizado da matéria, ônus do qual não se desincumbiu.

4. Agravo regimental improvido (AgRg no RHC 96.217/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 04/09/2018).

Quanto à fixação da pena, a sentença condenatória trouxe o seguinte:

*Analisando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena no mínimo de 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Na segunda fase da pena, verifica-se que o réu JOSUÉ é reincidente, mas confessou a autoria delitiva, motivo pelo qual mantenho sua pena em 04 anos de reclusão e 10 dias multa. Os demais réus são primários e eventuais atenuantes deixam de ser consideradas em face da fixação no mínimo legal, razão pela qual mantenho a pena em sua pena em 04 anos de reclusão e 10 dias multa. Existem as causas de aumento do concurso de agentes, emprego de arma e restrição de liberdade a serem aplicadas, razão pela qual majoro a pena do roubo em 3/8,*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*fixando-a em 05 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 13 dias multa, no valor mínimo unitário para cada roubo. Não há causas de diminuição.*

*Reconhecido o concurso formal de delitos cometidos, majora-se a pena de um dos delitos (dado que iguais) em 1/6, resultando em 6 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, no valor mínimo unitário (fl. 59).*

O Tribunal de origem, por sua vez, majorou as penas mediante a seguinte fundamentação:

*As penas, por sua vez, foram brandamente fixadas. Assiste razão ao Ministério Público ao requerer pena-base acima do mínimo legal. Cuidou-se de dois crimes de roubo consumados (e um tentado, contra o Banco, a cujo respeito sequer houve denúncia de tentativa, o que beneficiou sobremaneira os réus). O grupo se estruturou e se preparou, com divisão de tarefas, para render os funcionários, um a um, conforme chegavam para trabalhar. A conduta fugiu do dolo normal da espécie e exige maior repressão do Estado, com pena-base estabelecida um quarto acima do mínimo legal (cinco anos de reclusão e pagamento de doze dias-multa).*

*Na segunda fase da dosimetria, todos os réus confessaram. As penas de Marcos e Eduardo devem ser reduzidas em um sexto (quatro anos e dois meses de reclusão e pagamento de dez diárias). Quanto a Josué, a confissão deve ser compensada com a reincidência (fl. 151, por roubo), não sendo caso de uma circunstância preponderar sobre a outra. Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a reincidência e a confissão são circunstâncias igualmente preponderantes.*

*[...]*

*O magistrado aplicou aumento de 3/8 (três oitavos) em razão das qualificadoras do emprego de arma de fogo, do concurso de quatro agentes e da restrição da liberdade das quatro vítimas, elementos que mais do que justificam a fração superior ao mínimo legal, pois não se tratou de um roubo comum. A somatória chega a cinco anos, oito meses e vinte e dois dias de reclusão e pagamento de treze dias-multa para Marcos e Eduardo; e seis anos, dez meses e quinze dias de reclusão e pagamento de dezesseis diárias para Josué.*

*Por fim, tratando-se de dois roubos em concurso formal, pois vítimas diversas tiveram seus patrimônios atingidos (uma pessoa física e uma empresa), o acréscimo de mais um sexto resulta nas penas finais de seis anos, oito meses e cinco dias de reclusão e pagamento de quinze dias-multa, no piso mínimo, para Marcos e Eduardo; e oito anos e sete dias de reclusão e pagamento de dezoito diárias, no menor patamar, para Josué.*

*O regime prisional inicial fechado revela-se pertinente, em face da gravidade dos crimes, que demonstram a periculosidade concreta*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*dos agentes e tanto intranquilizam a sociedade, exigindo resposta enérgica, com a qual não é suficiente, compatível e adequada solução mais branda (fls. 89/93).*

Cabe destacar que o montante da exasperação fica a cargo da discricionariedade vinculada do julgador, porquanto inexistente critério objetivo no Código Penal. Rever tal montante requer o revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*. Cito precedentes:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. LATROCÍNIO. REVISÃO CRIMINAL. PLEITO INDEFERIDO PELA CORTE DE ORIGEM. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAMENTE VALORADAS. VIOLAÇÃO DA SÚMULA/STJ 444 NÃO DEMONSTRADA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO.

[...] 3. Nos moldes da jurisprudência consolidada desta Corte, não há falar em ilegalidade na dosimetria se as instâncias de origem fundamentaram concretamente a fixação da pena no patamar estabelecido. A dosagem da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório. Precedentes.

[...] (HC 250.937/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 16/06/2016)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se

# Superior Tribunal de Justiça

instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. [...]

6. Habeas corpus não conhecido (HC 342.659/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Ademais, no caso dos autos, o acréscimo de 1 ano na pena-base em razão do *modus operandi* dos criminosos, que planejaram engendrado plano de roubo a banco não demonstra flagrante desproporcionalidade se consideradas a pena mínima e máxima cominadas em abstrato para o delito de 4 a 10 anos, respectivamente.

Diferentemente do que a lega o impetrante, na segunda fase, a pena foi majorada em 3/8, e não 5/12, em razão da quantidade de agentes, pluralidade de armas e restrição da liberdade de quatro vítimas. De tal modo, o aumento acima do mínimo previsto foi devidamente fundamentado, não havendo falar em violação à súmula n. 443 do STJ.

O regime inicial fechado, de igual modo, foi fixado com base em circunstâncias concretas do crime e diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, que demonstram a necessidade de repressão mais efetiva aos crimes praticados pelos pacientes.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, §§ 2º, II, E 2º-A, I, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.*

*AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

*1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.*

*2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que "o aumento na terceira fase de aplicação da pena*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Súmula n. 443/STJ).*

*2. Na espécie, a fração de 2/5, superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, foi fixada com base em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e com indicação da maior reprovabilidade da conduta do agente, notadamente pelo concurso de outros réus e modus operandi, em que os agentes cercaram as vítimas, impedindo a capacidade de resistência delas mediante o uso de duas armas de fogo.*

*3. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.*

*Precedentes.*

*4. No caso dos autos, foram apontados elementos concretos capazes de justificar a imposição do regime inicialmente mais gravoso, uma vez que o acusado, juntamente com outro indivíduo, praticou o crime de roubo, mediante ameaça e emprego de arma de fogo, o que demonstra maior ousadia, periculosidade e desrespeito aos bens juridicamente tutelados.*

*5. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no HC 512.432/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, DJe 23/08/2019).*

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. READEQUAÇÃO DA PENA-BASE. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.**

**443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. DETRAÇÃO. INAPTIDÃO DE ALTERAR O REGIME INICIAL. WRIT 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*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*existência de eventual constrangimento ilegal.*

*2. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder.*

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

*4. Em recente julgado, a Terceira Seção deste Sodalício deixou consignado que "eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente" (EAREsp 1311636/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 26/4/2019).*

*Na hipótese, verifico que a dosimetria merece reforma, com a readequação da pena-base, impondo-se o afastamento da valoração negativa da circunstância judicial da personalidade, pois fundamentada em sentença condenatória e ação penal em curso, em desfavor do paciente.*

*5. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, o enunciado sumular n. 443 desta Corte. In casu, o aumento na terceira fase da dosimetria em patamar acima do mínimo legal de 1/3 foi devidamente justificado pelas instâncias ordinárias, tendo em vista a ousadia do paciente verificada nas circunstâncias concretas do delito, porquanto o apenado e seu comparsa, mediante o emprego de arma de fogo, supreenderam as vítimas em via pública e durante o dia, o que demonstra uma maior reprovabilidade na conduta.*

*6. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "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." No caso dos autos, não olvidando tratar-se de réu primário, cuja reprimenda corporal pelo delito de roubo tenha sido estabelecida em 6 anos e 5 meses de reclusão e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o Tribunal a quo decidiu por manter o regime inicial fechado de forma concreta, tendo em vista que o crime foi praticado durante o dia, em via pública, mediante grave ameaça com o*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*emprego de arma de fogo e concurso de agentes, o que denota uma maior reprovabilidade na conduta do réu, cabendo ao julgador a fixação de regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF. .*

*É cediço que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito. Precedentes.*

*7. Embora o Tribunal de origem tenha deixado de aplicar o benefício do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal - CPP, sob o fundamento de que a detração é matéria de competência do Juízo da Execução Penal, inexistente flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de prisão cautelar para fixar o regime inicial mais brando, uma vez que descontado o período de prisão cautelar da pena privativa de liberdade imposta (paciente preso em 28/5/2017), resta a pena superior a 4 anos de reclusão, não alterando o regime inicial fechado, porquanto fixado em razão das circunstâncias do delito.*

*8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, restando fixada em 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 15 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório (HC 498.864/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2019, DJe 17/06/2019).*

Ausente, portanto, qualquer constrangimento que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XVIII, alínea *a*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não conheço da presente impetração.

Publique-se.

Intime-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator