



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 400.045 - SP (2013/0319763-2)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
AGRAVANTE : MARCOS ROBERTO TINOCO (PRESO)
ADVOGADO : CLAUDIA DOS SANTOS LOPES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. TESE DE ATIPICIDADE. PREJUDICIALIDADE DO RECURSO DIANTE DO JULGAMENTO DE **HABEAS CORPUS** PELA QUINTA TURMA DO STJ. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. A Quinta Turma, ao julgar o **Habeas Corpus** n. 257.506/SP, no qual o ora agravante era o paciente, examinou a tese defensiva de atipicidade da conduta, já havendo, portanto, pronunciamento judicial desta Corte sobre a matéria controvertida, circunstância que caracteriza a perda do objeto do recurso.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de março de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 400.045 - SP (2013/0319763-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de agravo regimental interposto por Marcos Roberto Tinoco, com fulcro no art. 258 do RISTJ, no intuito de ver reformada decisão monocrática da minha lavra (fls. 580/592), por meio da qual conheci parcialmente do agravo em recurso especial e, nessa dimensão, neguei-lhe provimento.

Confira-se a ementa:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO, USO DE DOCUMENTO FALSO E PORTE DE ARMAS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 158, 167 E 312 DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, ATIPICIDADE DA CONDUTA E DOSIMETRIA. MATÉRIAS APRECIADAS NO JULGAMENTO DO *HABEAS CORPUS* Nº 257506/SP. AGRADO PARCIALMENTE PREJUDICADO. NULIDADE DA CONDENAÇÃO PELO CRIME ROUBO. FALTA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. NÃO RECONHECIDA. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AGRADO IMPROVIDO.

No presente recurso (fls. 592/623), o agravante aduz, essencialmente, que deve ser apreciada "a atipicidade da conduta no tocante ao artigo 304 do Código Penal e a divergência de interpretação do mesmo dispositivo" (fl. 623). Acrescenta, ainda, que está incontroverso o fato de não ter apresentado ou usado o documento falso, circunstância que ratifica a atipicidade da conduta. Registra, por fim, que recursos idênticos ao presente foram providos por esta Corte.

Ao final, pugna pela reconsideração ou, subsidiariamente, pelo provimento da irresignação no órgão colegiado.

É breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 400.045 - SP (2013/0319763-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Não obstante os esmerados argumentos expendidos pelo agravante, estes não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão agravada:

Trata-se de agravo interposto por Marcos Roberto Tinoco contra decisão do Presidente da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo que inadmitiu o seguimento do recurso especial fundamentado no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal.

Consta dos autos que o agravante foi considerado incurso nos arts. 157, § 2º, incisos I e II, por três vezes e 304, ambos do Código Penal, bem como no art. 16, parágrafo único, inc. IV, da Lei n. 10.826/2003, às penas de 07 (sete) anos e 02 (dois) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, bem como 23 dias-multa no mínimo valor legal para o roubo, 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa no mínimo valor legal para o uso de documento falso e 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa no mínimo valor legal para o delito de porte de arma, todos na forma do artigo 69 do Código Penal, fixado o regime fechado para início de cumprimento.

Interposta a apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória do agravante incólume.

Sustenta no especial, preliminarmente, desrespeito aos parâmetros legais do art. 312 do Código de Processo Penal, ao argumento de que a sua prisão foi determinada sem fundamentação idônea. No mérito, aduz violação aos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal e 304 do Código Penal, bem como dissídio jurisprudencial. Afirma, em síntese, que há nulidade processual insanável, decorrente da não realização de perícia em crime que deixou vestígios. Registra, ademais, que não apresentou a CNH falsa à autoridade policial, sendo, portanto, atípica a sua conduta de simplesmente portar o documento falsificado. Por fim, registra a existência de dissídio jurisprudencial quanto à dosimetria da pena e a necessidade de perícia para aplicação da majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 515/520, e o Tribunal local negou seguimento ao recurso especial às fls. 523/525, aduzindo: a) deficiência de fundamentação do recurso; b) ausência de prequestionamento; c) impossibilidade de reexame fático-probatório; e d) não cumprimento dos requisitos elencados no art. 255 do RISTJ. O Ministério Público Federal opinou, às fls. 841/845, pelo não provimento do agravo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 572/578, pelo não provimento do agravo.

Brevemente relatado, decido.

A análise do presente agravo encontra-se parcialmente prejudicada.

Com efeito, a maior parte das pretensões do agravante foi analisada por ocasião do julgamento do HC n. 257506-SP, de minha Relatoria, conforme infere-se do seguinte excerto da decisão:

Quanto à prisão preventiva, em que pese alegar a falta de fundamentação da decisão que a decretou, a impetrante deixou de juntar cópia do referido documento.

Além da ausência da prova pré-constituída do constrangimento ilegal, neste tópico, verifica-se que, no acórdão proferido no **habeas corpus** na origem, juntado por ocasião das informações prestadas pelo Tribunal **a quo** às fls. 105/136, aquela Corte assim se manifestou sobre a prisão cautelar:

A manutenção da prisão preventiva com a prolatação da sentença condenatória não consiste em constrangimento ilegal, já que a medida foi determinada também para a garantia da ordem pública e paz social, pois os crimes imputados ao réu são graves, sendo o roubo praticado com violência à pessoa.

Além disso, o paciente, preso e flagrante delito, que permaneceu preso durante a fase instrutória, com mais razão, deve continuar para apelar, quando já analisado o mérito da questão, dando maior certeza da prática delitiva.

Note-se que durante toda a instrução criminal o sentenciado permaneceu segregado, e tanto o Juízo monocrático, quanto o Tribunal de Justiça estadual entenderam adequado manter a prisão cautelar, destacando permanecerem hígidos os motivos que autorizaram a custódia e a sua necessidade na forma da lei. Assim, mostra-se intangível a realidade indiciária cognitiva decorrente da prisão cautelar e preservada pela sentença condenatória e pelo acórdão de apelação, sendo certo que a própria mecânica delitiva empregada pelo paciente expressa ofensa à ordem pública, que deve ser resguardada, não se vislumbrando o alegado constrangimento ilegal, mormente porque este Tribunal Superior firmou compreensão de que o paciente mantido custodiado durante toda a instrução criminal deve assim permanecer, como um dos consectários lógicos e necessários da condenação.

Nesse sentido:

A - HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. REGIME INICIAL FECHADO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO, IN CASU. PACIENTE MANTIDO PRESO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E A NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SITUAÇÃO QUE SE RESOLVE COM A TRANSFERÊNCIA DO SENTENCIADO PARA ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO **WRIT**. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR, APENAS PARA ESTABELECER O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. CPB).

[...]

4. Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de Apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, daquele que foi preso em flagrante, assim respondendo a toda a Ação Penal. Precedentes do STJ.

[...]

9. Ordem parcialmente concedida, com ressalva do entendimento pessoal do Relator, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

(HC 192.024/SP, Relator Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe 09/08/2011.)

B - HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL POR FORÇA DE PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. GRAVIDADE CONCRETAMENTE DEMONSTRADA PELO **MODUS OPERANDI**. PERICULOSIDADE DO PACIENTE. EFEITO DA CONDENAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. QUESTÃO SUPERADA.

[...]

3. A negativa do apelo em liberdade ao réu que, preso em flagrante, assim permaneceu durante toda a instrução criminal, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência, pois nada mais é do que efeito da sentença penal que o condenou, a teor do disposto no art. 393, inciso I, do Código de Processo Penal. Aplicação, na hipótese, do enunciado n.º 09 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.

4. Writ parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

(HC 114.916/SP, Relatora Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 8/9/2009.)

C - HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA DO FATO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CRIMINOSO. PERICULOSIDADE DOS AGENTES. RISCO À ORDEM PÚBLICA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA O INDEFERIMENTO DO APELO EM LIBERDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSO EM ANDAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que, nos termos do artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal, não tem direito de apelar em liberdade o réu que permaneceu preso durante toda a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar for ilegal, notadamente por não possuir fundamentação idônea, situação incorrente no caso em exame.

[...]

7. Ordem parcialmente concedida, tão-somente, para determinar que o paciente cumpra a pena em regime semiaberto.

(HC 112.727/RJ, Relator Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 4/3/2009.)

No tocante ao pedido de reconhecimento da atipicidade da conduta relativamente ao crime do art. 304 do Código Penal, melhor sorte não acolhe a pretensão, uma vez que o Tribunal **a quo** destacou que o delito “restou consumado, como se vê das provas colhidas, com a apresentação do documento falso ao policial” (fl. 45).

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível a utilização do **habeas corpus** nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Com efeito, para se acolher a tese defensiva seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do **habeas corpus**.

Já quanto à dosimetria, para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pelo Juiz sentenciante (fls. 51/52):

Passo a dosar a pena dos réus.

Culpabilidade patente agindo os réus de modo censurável.

Nada nos autos aponta suas personalidades ou conduta social.

O réu **MARCOS** possui antecedentes criminais desfavoráveis, já tendo sido processado e condenado em primeiro grau por delito de roubo.

O réu **WESLEI** também demonstra antecedentes desabonadores pois responde por delito de receptação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deste modo, a pena base para ambos réus deve ser fixada acima do mínimo. No que tange ao delito de roubo, fixo a pena em 4 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias multa.

Para o réu WESLEI reconheço a atenuante da menoridade relativa e diminuo a pena para 4 anos de reclusão e 10 dias multa. Incide no caso duas causas de aumento de pena de modo que exaspero a pena anterior em 3/8, totalizando para MARCOS 6 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão bem como 20 dias multa, no mínimo valor legal e para WESLEI 5 anos e 6 meses de reclusão bem como 13 dias multa, no mínimo valor admissível.

Há que incidir, também, o concurso formal, pois houve a subtração de patrimônio de vítimas diferentes embora em um mesmo contexto. A pena dos réus deve ser aumentada em 1/6, tornando em definitivo para MARCOS em 7 anos, 2 meses e 18 dias de reclusão bem como 23 dias multa, no mínimo valor legal. Para WESLEI fica a pena, em definitivo, fixada em 6 anos e 5 meses de reclusão bem como 15 dias multa no mínimo valor legal.

No que se refere ao réu MARCOS, levando em consideração as circunstancias acima delineadas, fixo a pena base do crime previsto no artigo 306 do Código Penal em 2 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias multa, no mínimo valor legal.

Em relação a este delito deve incidir a atenuante da confissão, motivo pelo qual reduzo a pena ao patamar mínimo, ou seja, 2 anos de reclusão e 10 dias multa, mantendo-se o valor anterior.

No tocante ao delito de porte de arma, levando em consideração também as circunstancias em epígrafe, fixo a pena base em 3 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias multa, no mínimo valor admissível. Aplico a atenuante da confissão reduzindo a pena para 3 anos de reclusão e 10, dias multa, mantendo o valor anterior.

As penas dos delitos reconhecidos em desfavor de MARCOS devem ser somadas pois há, no caso, concurso material.

Ante o todo exposto condeno o réu MARCOS ROBERTO TINÔCO como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, por três vezes, e artigo 304, todos do Código Penal, bem como artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/03 às respectivas penas de 7 anos, 2 meses e 18 dias de reclusão bem como 23 dias multa no mínimo valor legal para o roubo, 2 anos de reclusão e 10 dias multa no mínimo valor legal para o delito de uso de documento falso e 3 anos de reclusão e 10 dias multa no mínimo valor legal para o delito de porte de arma, todos na forma do artigo 69 do Código Penal.

Condeno o réu WESLEI SILVA DOS SANTOS como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal, por três vezes, às penas de 6 anos e 5 meses de reclusão bem como 15 dias multa no mínimo valor legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O regime inicial de cumprimento de pena para o réu WESLEI deve ser o semiaberto, diante do montante da pena aplicada. O regime inicial de cumprimento de pena para o réu MARCOS será o fechado pois a pena supera 8 anos, nos termos da alínea "a" do § 2º do artigo 33 do Código Penal.

O Tribunal impetrado, no julgamento do apelo defensivo, manteve a condenação do paciente, ao seguinte fundamento (fl. 46/47):

Da mesma forma, quanto ao porte de arma de fogo por parte do acusado MARCOS, não há o que se falar em aplicação do princípio da consunção. Importa considerar, neste aspecto, que, pelo que verte dos autos, a posse ilegal da arma de fogo decorreu de desígnio autônomo, tanto que estava sendo exercida em momentos distintos, bem posterior à prática do roubo. O reconhecimento de crimes autônomos e do concurso material, portanto, era de rigor.

(...)

A pena foi criteriosamente aplicada, merecendo apenas uma pequena ressalva no tocante a reprimenda fixada ao acusado WESLEI, sem nenhuma implicação no resultado final do "quantum" aplicado.

A pena-base de WESLEI deve ser reduzida ao mínimo legal, pois, tecnicamente, não conta com antecedente criminal, uma vez que não ostenta condenação definitiva. É o que recomenda a Súmula 444 do Supremo Tribunal de Justiça: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Assim, fica a reprimenda em 4 (quatro) anos e 10 (dez) dias-multa, considerando-se prejudicado o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa aplicada, que aqui não pode ser considerada, porquanto a pena está em patamar mínimo.

Os regimes prisionais foram bem dosados.

A impetrante sustenta, inicialmente, que a conduta do paciente, tipificada no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, deveria ser absorvida pela conduta do crime de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo.

A sentença destacou que a arma foi apreendida com o paciente após a prática do delito de roubo: foi interceptado por dirigir na contramão, no momento em que os policiais buscavam os autores do referido crime. Com ele, além da arma, foram localizados os pertences das vítimas (fls. 49/50).

Como se vê, a arma foi apreendida em momento distinto, mas, no mesmo contexto fático, ou seja, quando o réu tentava fugir com o produto do crime de roubo, no qual a empregou. A situação seria diferente se o instrumento fosse encontrado com o paciente tempos depois, fora da situação de flagrância, demonstrando inexistir qualquer vínculo entre as duas condutas típicas.

Portanto, a conduta de portar arma ilegalmente é absorvida pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de roubo, quando, ao longo da instrução criminal, restar evidenciado o nexo de dependência ou de subordinação entre as condutas e que os delitos foram praticados em um mesmo contexto fático, incidindo, assim, o princípio da consunção.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

A - HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INEXISTÊNCIA DE CRIME CONTINUADO. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PENAS-BASE FUNDAMENTADAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

[...].

2. Impõe-se a absolvição quanto ao porte ilegal de arma de fogo, com extensão dos efeitos aos corréus, visto que evidenciado que a aquisição das armas de fogo pelo paciente e a respectiva entrega aos corréus tiveram como único fim a consecução dos crimes de roubo e de extorsão, incidindo na espécie o princípio da consunção.

[...]

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena aplicada ao paciente, pelo roubo circunstanciado e pela extorsão mediante sequestro qualificada, de 21 (vinte e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 56 (cinquenta e seis) dias-multa para 19 (dezenove) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa, ficando absolvido quanto porte ilegal de arma de fogo, com extensão dos efeitos, nessa parte, aos corréus.

(HC 71.696/PR, Relator Ministro **OG FERNANDES**, DJe 28/03/2012.)

B - PENAL. HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO EM CONCURSO MATERIAL PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES TENTADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO AO CASO. POSSIBILIDADE. ARMA UTILIZADA DENTRO DO MESMO CONTEXTO FÁTICO EM QUE PRATICADO O CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO.

I - "Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo." (HC 97872/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 21/09/2009).

II - Na hipótese dos autos, é de se reconhecer a aplicação do referido princípio, haja vista que os delitos de roubo majorado pelo concurso de pessoas tentado e o de porte ilegal de arma de fogo foram praticados no mesmo contexto fático, sendo que este último foi um meio empregado para a prática daquele.

Habeas corpus concedido para reconhecer a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do princípio da consunção, absolver o paciente da prática do crime de porte ilegal de arma de fogo.

(HC 138.530/SP, Relator Ministro **FELIX FISCHER**, DJe 03/05/2010.)

Afasto, portanto, a condenação do crime de porte ilegal de arma como crime autônomo.

No tocante à fixação da pena-base, constato que as considerações feitas na sentença quanto aos maus antecedentes se mostraram impróprias, tendo sido valoradas de forma equivocada, valendo-se o Magistrado, num primeiro momento, de ação penal sem trânsito em julgado (fls. 131/136), de forma contrária ao entendimento jurisprudencial firmado por esta Corte.

Por oportuno, confira-se o verbete sumular nº 444 deste Tribunal Superior, **in verbis**:

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

Dessa forma, sendo primário o paciente à data da sentença (certidões de antecedentes - fls. 131/136), não há se falar em antecedentes negativos. De fato as ações penais somente consubstanciam fundamento idôneo ao agravamento da pena-base quando já transitadas em julgado, em homenagem ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Por oportuno, veja-se os julgados a seguir:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. INQUÉRITOS POLICIAIS EM ANDAMENTO E CONDENÇÃO SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENA-BASE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VIOLÊNCIA DESNECESSÁRIA EMPREGADA CONTRA A VÍTIMA, CAUSANDO-LHE LESÕES CORPORAIS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE SE AFASTAM DAS COMUNS À ESPÉCIE. AUMENTO JUSTIFICADO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento (inclusive, sentenças não transitadas em julgado), não induzem reincidência, nem podem ser levados em consideração na fixação da pena-base, como maus antecedentes, reincidência, nem tampouco como personalidade voltada para o crime, sendo, pois, indevido o respectivo agravamento da pena-base do condenado, em respeito ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Precedentes.

(...).

3. Concedida parcialmente a ordem para, mantida a condenação, afastar da pena-base o aumento em decorrência dos maus antecedentes e da personalidade do agente, nos termos delineados no voto.

(HC 181.163/RS, Relatora Ministra **LAURITA VAZ**, DJe de 27/4/2012).

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS. CRIME DE**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESPONSABILIDADE. PECULATO. FRAUDE A LICITAÇÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE. MODIFICAÇÃO DE REGIME. PERDA PARCIAL DE OBJETO DO **WRIT**. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. ANTECEDENTES. PACIENTE QUE RESPONDE A PROCESSO EM ANDAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA N.º 444/STJ. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. REFERÊNCIAS GENÉRICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E NESSA PARTE CONCEDIDA.

(...)

IV. A jurisprudência desta Corte entende que inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social e nem personalidade desajustada, em obediência ao princípio da presunção de inocência. Incidência da Súmula n.º 444/STJ.

V. Magistrado singular que não logrou justificar a maior reprovabilidade na conduta do réu, apta a ensejar a majoração da pena-base.

(...). VIII. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, concedida, termos do voto do Relator.

(HC 150.706/PR, Relator Ministro **GILSON DIPP**, DJe de 14/3/2012).

Deste modo, para o crime de roubo, na primeira fase, a pena-base deve ser fixada em seu mínimo legal, ou seja, 4 (quatro) anos.

Na segunda fase, não foram aplicadas agravantes nem atenuantes.

Na terceira fase, presentes duas causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, I e II (emprego de arma de fogo e concurso de pessoas), considero que a sentença foi até benéfica, aumentando a pena em 3/8 (três oitavos), de modo que mantenho a referida proporção, ficando a pena final em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa.

Para o crime de uso de documento falso, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena em seu mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos. Presente a atenuante de confissão, não pode esta ser aplicada, devido ao entendimento consolidado no enunciado nº 231, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à

redução da pena abaixo do mínimo legal.

Deste modo, fica a pena final para o crime do art. 304 do Código Penal, estabelecida em 2 (dois) anos e 10 (dez) dias-multa.

Aplicada na forma do art. 69 do Código Penal, a pena total estabelecida ao paciente é de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses, a serem cumpridos inicialmente em regime fechado, e de 33 (trinta e três) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, nego seguimento ao presente **habeas corpus**. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para afastar da condenação o aumento da pena-base pelos antecedentes, bem como o montante fixado pelo crime autônomo de porte ilegal de arma de fogo, readequando a condenação final para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa, mantidas, no mais, as disposições fixadas pela instâncias ordinárias.

Infere-se da transcrição que após o julgamento do **habeas corpus**, remanesce apenas o interesse do agravante quanto à suposta violação aos arts. 158 e 167 do Código Penal, por falta de perícia técnica pertinente ao crime de roubo.

No entanto, a leitura das razões do recurso especial revela a manifesta deficiência de argumentação do apelo nobre no ponto sobejado, haja vista a não delimitação da insurgência de forma precisa e coerente.

Confira-se o núcleo da tese apresentada pelo agravante:

Existe ainda nulidade processual eis que não houve realização da perícia no crime em comento, que deixou vestígios, contrariando-se assim o artigo 158 do CPP.

O artigo 158 do Código de Processo Penal exige a realização do exame pericial no crime não transeunte o que é inerente ao direito de defesa do acusado, uma vez que tende a buscar maior apoio na prova técnica tanto a denúncia quanto a eventual condenação.

(...)

Assim manifesta a nulidade processual existente, vez que houve expressa menção pelo recorrente sobre a necessidade da realização da prova pericial que não foi feito no presente caso, não podendo esta ser substituída por prova testemunhal considerando-se que trata-se de delitos que deixam vestígios. (fls. 439/440)

Com efeito, o agravante não fundamentou claramente as razões do apelo nobre, não tendo apresentado elementos jurídicos concretos, aptos a permitir a exata compreensão da controvérsia, circunstância que atrai a incidência do n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO ESPECIAL E FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. VERBETE SUMULAR N.º 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ERRO DE PROIBIÇÃO QUANTO AO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. VERBETE SUMULAR N.º 07 DESTA CORTE. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Agravante aduz nulidades decorrentes da deficiência da Defesa técnica e da ofensa ao direito de o Réu ser intimado para a audiência de inquirição das testemunhas de Acusação. Porém, verifica-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deficiência de fundamentação e falta de indicação do dispositivo infraconstitucional supostamente violado, o que impõe a aplicação do verbete sumular n.º 284 do Supremo Tribunal Federal. 2. Quanto à alegação de ofensa aos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal verifica-se, novamente, deficiência de argumentação do apelo nobre, tendo em vista que não foram delimitadas as insurgências de forma precisa e coerente. Com efeito, a parte Recorrente não indicou as teses acerca das quais teria o Tribunal de origem omitido em analisar. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 41.921/PA, Rel. a Ministra **LAURITA VAZ**, QUINTA TURMA, DJe 09/10/2012)

Ademais, no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal.

A formalidade há de ceder à substância, havendo esta de prevalecer se e quando em confronto com aquela. Ora, as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador não deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando atingido seu objetivo.

Nessa linha, colhe-se da própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, numa passagem, "que o processo penal é aliviado dos excessos de formalismo"; e noutra, que "o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série de nulidades processuais".

Sobre o tema, oportuno citar, ainda, o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n.º 104. 308/RN da relatoria do Ministro

Luiz Fux:

PENAL E PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CP, ART. 121, § 2º, I, III e IV. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGADA DEFICIÊNCIA DO TERMO DE VOTAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE CONSIGNAÇÃO DOS NÚMEROS DE VOTOS AFIRMATIVOS E NEGATIVOS DO CONSELHO DE SENTENÇA. CP, ART. 487. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. PREJUÍZO NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. VOTO PRELIMINAR

[...]

6. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: 'No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu'.

7. A doutrina do tema assenta, verbis: 'Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício' (in Grinover, Ada Pellegrini - As nulidades no processo penal, Revista dos Tribunais, 7ª EDIÇÃO, 2001, p. 28).

8. É que o processo penal pátrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. Tal sistema de apreciação das nulidades está explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual "não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.

9. Outrossim, é cediço na Corte que: '(...) O princípio do pas de nullité sans grief – corolário da natureza instrumental do processo – exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato" (HC 93868/PE, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/12/2010). À guisa de exemplo, demais precedentes: HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA , DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010; HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010.

10. **In casu**, colhe-se que, não houve a efetiva demonstração de prejuízo para a defesa, e por isso não há que se falar em nulidade do julgamento pela ausência de consignação dos números de votos afirmativos e negativos do Conselho de Sentença.

[...]

15. Ordem denegada.

Destarte, tendo consignado o Tribunal de origem que "a materialidade delitiva restou demonstrada pelo auto de prisão em flagrante (fls.02); boletim de ocorrência (fls. 16/23), pelo auto de exibição e apreensão (fls.24/25); pelo auto de exibição, apreensão e entrega (fls.26/29); pelo laudo pericial (fls. 110/112) pelos documentos apreendidos (fls.30/31) e pela prova oral colhida (fls.04/05, 07/08, 09, 10, 11)" (fl. 356), bem como que "a motocicleta não foi o único bem subtraído pelo embargante e a ausência de perícia técnica no local onde a mesma foi encontrada se tornou irrelevante para o deslinde do caso, frente às demais provas carreadas", premissas que subsistiram incólumes às razões do especial, não vislumbro qualquer demonstração de prejuízo decorrente da eventual supressão da perícia, circunstância que afasta, indubitavelmente, a procedência da tese defensiva.

Ante o exposto, com fulcro no art. 544, § 4º, II, **a**, do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Civil, c/c o art. 3º do Código de Processo Penal, conheço parcialmente o agravo para negar-lhe provimento.

Repita-se, por oportuno, que a tese defensiva de atipicidade da conduta de usar documento falso foi afastada, no julgamento do **habeas corpus**, por demandar aprofundado exame probatório.

Confira-se:

No tocante ao pedido de reconhecimento da atipicidade da conduta relativamente ao crime do art. 304 do Código Penal, melhor sorte não acolhe a pretensão, uma vez que o Tribunal a quo destacou que o delito “restou consumado, como se vê das provas colhidas, com a apresentação do documento falso ao policial” (fl. 45).

Essa conjuntura afasta, a meu ver, constrangimento ilegal passível de ser sanado por meio deste **writ**, pois não se mostra possível a utilização do **habeas corpus** nos casos em que se busca a mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei.

Com efeito, para se acolher a tese defensiva seria indispensável a incursão nas premissas fáticas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, bem como o revolvimento das provas coligidas na instrução criminal, providência incabível na estreita via cognitiva do **habeas corpus**.

Inconteste, portanto, que, como bem destacado na decisão agravada, esta Quinta Turma examinou o tema, nos autos do HC n. 257.506/SP, de forma que – já havendo pronunciamento judicial desta Corte sobre a matéria ora submetida a exame – fica devidamente caracterizada a perda do objeto do agravo em recurso especial.

Ademais, é totalmente equivocada a afirmação de que o recurso especial permite um maior aprofundamento no exame do mérito submetido à apreciação, pois o óbice estatuído no verbete sumular n.7/STJ determina que: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

Por fim, visando apenas evitar a oposição de embargos declaratórios, registro que o mencionado óbice impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea **a** quanto pela alínea **c** do permissivo constitucional.

Nesse vértice:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A controvérsia acerca da exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa em face de dificuldades financeiras enfrentadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela empresa de propriedade da ré necessita de atividade cognitiva ampla por parte do julgador, com a reapreciação das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial por força da Súmula 7 do STJ, razão pela qual fica impedido o trânsito do apelo interposto por ambas as alíneas do permissivo constitucional. 2. Recurso especial não-conhecido. (REsp 927.150/RJ, Rel. o Ministro **JORGE MUSSI**, QUINTA TURMA, DJe 06/10/2008)

Assim, em face da ausência de qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão, subsiste incólume o entendimento nela firmado, não merecendo prosperar o presente recurso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0319763-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 400.045 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00070876620118260278 2780120110070877 31152008 3859954 64311
70876620118260278

EM MESA

JULGADO: 25/03/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MARCOS ROBERTO TINOCO (PRESO)
ADVOGADO : CLAUDIA DOS SANTOS LOPES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU : WESLEI SILVA DOS SANTOS (PRESO)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCOS ROBERTO TINOCO (PRESO)
ADVOGADO : CLAUDIA DOS SANTOS LOPES
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.