



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.039 - BA (2013/0100253-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : LUCIANO DA HORA FILHO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, II E V, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DA PROVA OBJETIVO. (3) PENA-BASE. EXASPERADA. ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INCREMENTO JUSTIFICADO. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (4) MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

2. Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no *mandamus*, já que não foi juntada aos autos a certidão de antecedentes criminais, deve prevalecer a exasperação da pena-base pelos maus antecedentes, bem como a incidência da agravante da reincidência. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

3. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, considerar as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes e às consequências do crime como desfavoráveis. Todavia, notabiliza-se que, com relação à culpabilidade, à personalidade, aos motivos, às circunstâncias do crime e ao comportamento da vítima, não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório, de 1/4 (um quarto) para 1/8 (um oitavo).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal n.º 1818829-1/2008, da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, mais 5 (cinco) dias-multa, mantendo os demais termos da sentença e do acórdão.

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 24 de abril de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.039 - BA (2013/0100253-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : LUCIANO DA HORA FILHO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de LUCIANO DA HORA FILHO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Apelação Criminal n.º 0005658-12.2008.805.0001-0).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais 5 (cinco) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, II e V, do Código Penal. Confira-se o teor da sentença condenatória, no que interessa (fls. 12/19):

"No dia 08 de novembro de 2007, por volta das 11h55min, na Estação Bolandeira da Embasa, Boca do Rio, o ora denunciado, juntamente com outro comparsa, que não foi detido, conhecido como "Sérgio", rapaz alto, magro, de cor negra, cabelo raspado, usa bigode, residente no bairro da Liberdade", obrigaram a vítima, João Carlos Pollon,- a entrar no seu carro, Fiesta, cor prata, de placa policial ADK 2201, sob a ameaça, de uma arma de fogo, empunhada pelo denunciado, conforme auto de apreensão às fls. 13.

Extraí-se dos autos, também que a vítima foi obrigada-a sentar no banco de trás do veículo, sendo amarrada na cintura com o cinto de segurança, enquanto o denunciado apontava-lhe a arma. Em ação contínua, a citada vítima foi levada para um lugar ermo, onde, após ser obrigada a fornecer carteira, o cartão e a senha, foi posta no porta-malas do automóvel.

Por fim, enquanto "Sérgio" dirigiu-se ao caixa eletrônico, Luciano ficou vigiando a vítima, que estava no porta-malas do veículo, só que a referida vítima, após arrombar a tampa do porta-malas, conseguiu sair pelo banco traseiro do automóvel, acionando prepostos da polícia militar, que detiveram o denunciado."

(...)

1 - Das circunstâncias judiciais (art. 59, CP):

a) Culpabilidade: Agiu com firme consciência da ilicitude, ou seja, com vontade de produzir o resultado previsto no artigo 157, § 2º, inciso II e V do Código Penal, tendo plena convicção e discernimento da ação típica e das conseqüências resultantes;

b) Antecedentes: São desfavoráveis ao acusado, visto que o mesmo é reincidente na prática delituosa, conforme indica às fls. 67;

c) Conduta social: Não há nos autos elementos que desfavoreçam em relação ao condenado;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

d) Personalidade: Ficou demonstrado que o condenado tem personalidade incompatível com os valores comuns adotados pela sociedade, na medida em que praticou o crime sabendo da ilicitude de sua conduta;

e) Motivos, circunstâncias e consequência do crime: Como motivação é possível afirmar que o condenado cometeu este crime com o fim de obter lucro de forma ilícita e fácil, lesando o próximo; existem consequências do crime visto que os momentos de ameaça e desespero passados pela vítima resulta um dano relevante, que jamais será esquecido pela mesma;

f) Comportamento da vítima: A vítima não contribuiu para a prática do delito.

2 - Da dosimetria da pena (art. 68, CP):.

a) Pena-base: Após analisar as circunstâncias acima, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 05 (cinco) dias-multa por considerar necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime praticado;

b) Circunstâncias legais: Em relação ao acusado LUCIANO DA HORA FILHO, incide a circunstância atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd' do CPB, em face do que fixo a pena em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 05 (cinco) dias-multa. Porém tendo em vista a ocorrência da circunstância agravante, tipificada no artigo 61, inciso I, posto que o condenado era reincidente, majoro a pena em 06 (seis) meses, fixando-a em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 05 (cinco) dias-multa;

c) Causas de diminuição e aumento das penas: Ocorreu nos autos, a presença de causa de aumento, previsto no art. 157, § 2º, II e V do CP, visto que houve o concurso de pessoas e a restrição de liberdade da vítima. Mediante tais fatos, AUMENTO, portanto, a pena em 1/2 (um meio), fixando-a em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 05 (cinco) dias-multa. Não há causas de diminuição;

d) Pena definitiva: tendo em vista a dosimetria acima efetuada, TORNO DEFINITIVA a pena em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e o pagamento de 05 (cinco) dias-multa, procedendo-se a detração.

e) Valor do dia-multa (art. 49, § 1º, CP): em virtude da precária condição econômica do condenado, fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, atualizado quando do seu efetivo pagamento;

f) Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, CP): A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime FECHADO, visto que condenado é reincidente na prática delituosa;

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento, *verbis* (fls. 30-36):

No tocante a pena, ponto fulcral do apelo, entendo que a pena carcerária definitiva foi bem aplicada (05 anos de reclusão), não devendo ser modificada.

No ponto, saliento que, em verdade, a pena-base do réu poderia ter sido fixada em patamar superior ao aplicado na sentença, pois, além de ter cometido o crime quando cumpria pena em regime aberto por roubo majorado com uso de arma de fogo, há a coexistência de duas majorantes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo que uma delas - concurso de agentes - se valora na Iª fase, considerando o entendimento dos Ministros do STF.

Não é menos verdade a MM *a quo* afastou a majorante da arma de fogo, ignorando a confissão e a apreensão da arma, aumentando a pena, apenas na metade pela majorante da restrição da liberdade da vítima.

Nada obstante, entendo ser a suficiente e necessária para a justa reprovação e prevenção do delito por parte do réu, pelo que mantenho a pena aplicada na sentença recorrida (07 anos e 06 meses), até porque não houve recurso ministerial. Da mesma forma, mantenho o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Com tais aportes, NEGOU PROVIMENTO ao apelo defensivo.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que o paciente sofre flagrante constrangimento ilegal, tendo em vista que a fixação da pena-base acima do patamar do mínimo legal pautou-se em fundamentação inidônea, carente de elementos concretos.

Defende, quanto aos antecedentes, que foram considerados desfavoráveis mesmo diante da inexistência de processo com trânsito em julgado, que não tenha já sido empregado para a reincidência.

Sustenta, ainda, que a majoração da reprimenda em 1/2 (metade) na terceira fase da dosimetria da pena não foi devidamente justificado, baseando-se somente na quantidade das causas de aumento.

Invoca os enunciados n.º 443 e n.º 444 da Súmula desta Corte Superior.

Requer, liminarmente e no mérito, a redução da sanção imposta.

As informações foram juntadas às fls. 48, 50-54 e 57-63.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 65-71, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, opinando pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem a fim de reduzir a pena na terceira fase da dosimetria.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.039 - BA (2013/0100253-8)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, II E V, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DA PROVA OBJETIVO. (3) PENA-BASE. EXASPERADA. ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INCREMENTO JUSTIFICADO. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (4) MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

2. Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no *mandamus*, já que não foi juntada aos autos a certidão de antecedentes criminais, deve prevalecer a exasperação da pena-base pelos maus antecedentes, bem como a incidência da agravante da reincidência. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

3. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, considerar as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes e às consequências do crime como desfavoráveis. Todavia, notabiliza-se que, com relação à culpabilidade, à personalidade, aos motivos, às circunstâncias do crime e ao comportamento da vítima, não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório, de 1/4 (um quarto) para 1/8 (um oitavo).

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

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ação Penal n.º 1818829-1/2008, da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, mais 5 (cinco) dias-multa, mantendo os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

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

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

No que tange ao pedido de reconhecimento de *bis in idem* relativamente aos maus antecedentes e a incidência da agravante da reincidência, entendo que a presente ordem não comporta concessão, até porque não se revestiu do melhor esmero em sua instrução. Não foi carreado aos autos cópia da folha de antecedentes, a configurar deficiência de instrução.

Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de *habeas corpus* seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a. Min.^a. Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeatur, o que não se pode verificar in casu.

V. Ordem denegada.

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)

Nessa linha de consideração, deve prevalecer a exasperação da pena-base pelos maus antecedentes e, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência.

Todavia, verifica-se que a primeira fase da dosimetria da pena merece reparo. Isso porque o magistrado fundamentou concretamente a valoração negativa apenas quanto aos antecedentes e às consequências do crime. Entretanto, deixou de arrolar elementos concretos no que diz respeito à culpabilidade, à personalidade, aos motivos, às circunstâncias do crime e ao comportamento da vítima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa toada, de rigor, o decote no *quantum* de pena-base, da fração de 1/4 (um quarto) para 1/6 (um sexto).

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

Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

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

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

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

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

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

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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

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

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

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

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO ALEGADO. MINORAÇÃO DO ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE. INCIDÊNCIA. 2. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS ADVERSOS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 3. PERSONALIDADE. VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. NOVO DELITO PRATICADO QUANDO EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO CARCERÁRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. 5. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

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

2. Considerar a culpabilidade, as consequências e as circunstâncias como desfavoráveis não é possível, em virtude da fundamentação inidônea empregada, sob as assertivas de que os acusados "tinham plena consciência da ilicitude de suas condutas" e que essas circunstâncias "lhes prejudicam". 3. Mencionar que a personalidade é voltada para a prática delituosa não basta para negativar a referida circunstância judicial, pois não foram expostos dados concretos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo.

4. Terem os pacientes cometido o delito enquanto cumpriam pena no regime aberto, não desmerece a conduta social, pois a punição pelo ocorrido é a regressão de regime carcerário do apenado, não devendo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novamente, em sede de aplicação da reprimenda pelo novo delito, ter como desfavorável a dita circunstância judicial, eis que caracteriza uma dupla punição, incidindo, assim, em inaceitável bis in idem.

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

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as reprimendas.

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

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

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Na sequência, dada a ilegalidade do acréscimo de 1/2 (metade) na terceira fase da dosimetria, tal aumento deve se dar no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Assim, reduzo a pena-base de 5 (cinco) anos de reclusão para 4 (quatro) anos, 6 (seis) meses reclusão, bem como compenso a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Na terceira fase da dosimetria, exaspero a pena em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 6 (seis) anos de reclusão.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, no tocante à Ação Penal n.º 1818829-1/2008, da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, mais 5 (cinco) dias-multa, mantendo os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0100253-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 268.039 / BA
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00056581220088050001 181882912008 56581220088050001

EM MESA

JULGADO: 24/04/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PACIENTE : LUCIANO DA HORA FILHO

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

CERTIDÃO

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

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

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