



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.243 - SP (2017/0179124-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO BIZERRA FRANCA
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE FELIX DOS SANTOS
PACIENTE : VALDIR CANDIDO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO MAJORADO. SEGUNDA FASE. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA FRAÇÃO DE REDUÇÃO. AUSÊNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS. DESPROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O *quantum* de redução decorrente da incidência das atenuantes genéricas previstas no Código Penal deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

2. Apesar de haver reconhecido a presença da atenuante da confissão espontânea, a pena dos dois primeiros pacientes foi reduzida em 6 (seis) meses, *quantum* que representa apenas 1/10 do total da pena-base aplicada aos réus, sem a apresentação de fundamento idôneo que justificasse a adoção dessa fração ínfima de redução, motivo pelo qual faz-se necessária nova dosimetria da pena, aplicando-se a fração usual de 1/6, consagrada pela doutrina e pela jurisprudência.

TERCEIRA FASE. TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. "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" - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

2. Na hipótese, o aumento da pena ocorreu em fração superior a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/3 (um terço), em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

REGIME INICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O regime inicial de cumprimento foi fixado em desacordo com a legislação de regência e o entendimento jurisprudencial consolidado nesta Corte, que exige motivação idônea para o agravamento da situação carcerária do acusado com a exposição de elementos que demonstrem a gravidade concreta do delito.

2. No caso destes autos, muito embora as penas tenham se situado em patamar inferior a oito anos, a existência de circunstâncias judiciais desabonadoras justifica a imposição de regime inicial mais gravoso do que aquele decorrente do *quantum* de pena imposto, conforme entendimento jurisprudencial consolidado nesta Corte Superior de Justiça.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar as penas impostas aos pacientes.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de abril de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.243 - SP (2017/0179124-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO BIZERRA FRANCA
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE FELIX DOS SANTOS
PACIENTE : VALDIR CANDIDO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de MARCELO BIZERRA FRANCA, LUIZ HENRIQUE FÉLIX DOS SANTOS e VALDIR CÂNDIDO DA SILVA, em face de acórdão proferido pela col. Oitava Câmara Criminal do eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n. 0010201-42.2016.8.26.0050.

Em 12.2.2016, os pacientes subtraíram objetos pertencentes a duas vítimas, empregando, para tanto, grave ameaça, exercida com arma de fogo. Em razão disso, os pacientes foram condenados pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal.

Marcelo Bizerra Franca e Luiz Henrique Félix dos Santos receberam pena de 7 (sete) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 35 (trinta e cinco) dias-multa. Valdir Cândido da Silva recebeu pena de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime fechado, mais 46 (quarenta e seis) dias-multa. A sentença foi proferida em 19.4.2016.

A defesa interpôs recurso de apelação, julgado em 20.4.2017, que manteve inalterados os termos do édito condenatório.

Neste *writ*, postula-se o redimensionamento da pena imposta aos pacientes. A defesa argumenta que a redução da pena em razão da confissão dos acusados Marcelo e Luiz foi irrisória. Além disso, na terceira fase do cálculo, a sanção foi aumentada em 1/2 apenas em razão do número de majorantes. Por fim, a defesa aduz que o regime inicial de cumprimento de pena dos réus Marcelo e Luiz foi estabelecido apenas em função da gravidade abstrata da conduta.

Por tais razões, a defesa requer o abrandamento das penas aplicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

bem como a imposição de regime prisional menos gravoso aos pacientes Marcelo e Luiz.

O pedido liminar foi indeferido pela Presidência deste Tribunal (e-STJ, fls. 303-306).

Em seu parecer, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem para que sejam redimensionadas as penas, bem como para que se verifique a possibilidade de abrandar o regime inicial de cumprimento de pena dos dois primeiros pacientes (e-STJ, fls. 338-343).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.243 - SP (2017/0179124-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo Tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça fica restrita a hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitido o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

Ressalte-se que a correção da dosimetria em sede de *habeas corpus* não pode ser realizada se, para tanto, houver necessidade de incursão aprofundada no conjunto dos elementos probatórios colhidos na fase de instrução. Isto porque os estreitos limites do *writ* não permitem o reexame de provas, mas apenas a reavaliação jurídica dos fatos tidos por incontroversos pelas instâncias antecedentes.

Acerca do posicionamento desta Corte quanto à possibilidade de revisão da dosimetria em sede de *habeas corpus*, vejam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRIBUNAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO JÚRI. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DESCLASSIFICAÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. DECISÃO DOS JURADOS CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA.

(...)

2. Em habeas corpus, é possível a reavaliação jurídica dos fatos delineados pelas instâncias ordinárias.

3. No caso, o Tribunal de Justiça, por entender haver decisão contrária à prova dos autos quanto à caracterização de homicídio doloso na direção de veículo automotor (art. 302 da Lei n. 9.503/1997), deu provimento ao recurso de apelação do Ministério Público para que o paciente fosse novamente julgado pelo Tribunal do Júri.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão e restabelecer a decisão do Tribunal do Júri. (HC 330.938/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 10/12/2015, grifou-se)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. MAJORANTES. TERCEIRA FASE DA APLICAÇÃO DA PENA. SÚMULA 443 DO STJ. REDIMENSIONAMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O reexame da dosimetria da pena em sede de habeas corpus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao paciente. (HC 242.759/AC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 18/05/2015, grifou-se)

Feitas essas considerações, verifica-se que, no caso destes autos, há flagrante ilegalidade, sanável pela via do *habeas corpus* já que constatada sem a necessidade de incursão na seara probatória para o saneamento do vício.

O magistrado de primeiro grau, estabeleceu as penas dos acusados nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes termos:

*Passo à dosimetria da pena. Na primeira fase, observando-se os elementos previstos no artigo 59 do CP, especialmente as circunstâncias e consequências do delito, fixa-se a pena base acima do mínimo legal para o delito previsto no artigo 157, caput do CP, qual seja, **5 anos de reclusão e 20 dias multa**. O delito aconteceu dentro da residência dos ofendidos, asilo inviolável protegido constitucionalmente, onde descansam e deveriam se sentir seguros, fator que causa imensa insegurança e intranquilidade; grande prejuízo muito maior do que eventuais perdas patrimoniais. A conduta causa grande estado de temor na população, que vive intranquila e preocupada dentro de sua própria casa. Por tais motivos é bem maior a reprovabilidade da conduta do agente. Além disso, a subtração envolveu a restrição de liberdade de uma criança de 7 anos, causando-lhe imenso dano psicológico, consoante afirmaram as vítimas. Ela assistiu toda a violência contra a mãe - agredida - e o pai - amarrado com fios, no chão - sem que os agentes demonstrassem qualquer respeito. Na segunda fase, diante da confissão dos réus, reduz-se as penas de Marcelo e Luiz para **4 anos e 6 meses de reclusão e 15 dias multa**. Compensa-se a atenuante da confissão com a reincidência de Valdir e mantém-se sua pena igual. **Na terceira fase, acresce-se 1/2 à pena, em razão da causa de aumento do artigo 157, § 2º, I, II e V do CP**, totalizando-se 6 anos e 9 meses de reclusão e 30 dias multa para Marcelo e Luiz e 7 anos e 6 meses de reclusão e 40 dias multa para Valdir. Pelo concurso de delitos, na forma do artigo 70 do CP, aumenta-se a pena em 1/6, perfazendo-se 7 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 35 dias multa para Luiz e Marcelo e 8 anos e 9 meses de reclusão e 46 dias multa para Valdir. Fixa-se cada dia multa no valor mínimo unitário legal, diante da falta de informações precisas sobre a situação econômica dos réus. Nos termos do disposto no artigo 33, § 2º, a e § 3º do CP e artigo 387, § 2º do CPP, as circunstâncias desfavoráveis e as causas de aumento de pena e reincidências de Valdir, fixo o regime fechado de cumprimento de pena. (e-STJ, fls. 172-173).*

Em relação à segunda fase do cálculo, verifica-se que, em razão da confissão (art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal), operou-se a redução 6 (seis) meses da pena imposta aos dois primeiros acusados. O impetrante insurge-se contra o *quantum* de redução, argumentando que "a atenuante da confissão espontânea, reconhecida corretamente na sentença, embora preponderante, reduziu as penas de Marcelo e Luiz em apenas 1/10, o que não se pode admitir" (e-STJ, fl. 3).

De acordo com a doutrina: "Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao *quantum* das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante" (NUCCI, Guilherme de Souza, **Individualização da Pena**, 3ª ed., RT:São Paulo, 2009, p. 212).

O entendimento doutrinário majoritário sobre o tema firmou-se no sentido de que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AUMENTO DA PENA JUSTIFICADO ANTE A DUPLA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária.

- A dosimetria da pena insere-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 - Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. (HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016)

Esse Superior Tribunal tem orientado no sentido de que o *quantum* de redução deve observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena.

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DETERMINAÇÃO PARA QUE O JUIZ APLIQUE A REDUTORA. AUSÊNCIA DE PERCENTUAL DEFINIDO EM LEI. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. A lei penal não estabelece quantidade ou percentual de diminuição ou de aumento de pena em face da aplicação de atenuantes e agravantes legais genéricas, entregando a tarefa à discricionariedade do juiz, desde que respeitados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo descabida a pretensão de incidência da atenuante por inteiro. É possível ser deixado ao magistrado primevo a tarefa de sopesar essa circunstância, mormente em se tratando de confissão parcial.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 105.211/PB, Rel. Min. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Desembargador Convocado do TJ/PE), QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PERCENTUAL DE REDUÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte Superior tem jurisprudência no sentido de que cabe ao Magistrado, dentro da razoabilidade e proporcionalidade, fixar a referida diminuição, tendo em vista que o Código Penal não estabeleceu limites para determinar a fração para reduzir a pena.

2. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 460.236/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2014)

No caso destes autos, as instâncias ordinárias reduziram a pena em apenas 6 (seis) meses, valor que representa 1/10 do total da pena-base imposta aos dois primeiros acusados sem a apresentação de fundamento suficiente para sustentar redução em patamar tão ínfimo, motivo pelo qual faz-se necessária nova dosimetria da pena.

A jurisprudência desta Corte admite que o sentenciante, na segunda fase da dosimetria, eleve ou reduza a pena em patamares superiores ou inferiores à fração usual de 1/6, desde que apresente fundamentação idônea para tanto, demonstrando a necessidade de maior rigor na imposição da pena. Neste caso, porém, não foi apresentada justificativa adequada para sustentar a fração escolhida, motivo pelo qual aumenta-se o desconto, na segunda fase do cálculo da pena dos pacientes Marcelo e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Luiz.

Quanto ao aumento da pena na terceira fase, há que se ter presente que, em matéria de dosimetria penal, tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores tendem a rechaçar o uso de critérios puramente matemáticos, preferindo o respeito a um itinerário lógico-racional sustentado por base empírica idônea, evitando-se, assim, adoção de parâmetros que possam ser tidos como arbitrários, deslegitimando a resposta penal do Estado.

Desta feita, o processo decisório há de se vincular, necessariamente, às peculiaridades de cada caso concreto, devendo o magistrado, ao efetuar o cálculo em cada uma das três etapas da fixação da pena, indicar os motivos que servem de esteio às suas conclusões.

Diante disso, tem-se que é perfeitamente admissível, na terceira etapa da dosimetria, que o *quantum* de elevação se distancie da fração mínima cominada mesmo diante de uma só causa de aumento, desde que a motivação apresentada para tal procedimento seja idônea para a determinação do acréscimo ou da redução. Este, aliás, é o teor do parágrafo único do art. 68 do Código Penal, *verbis*:

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

*Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, **pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.***

No caso destes autos, não houve a apresentação de elementos concretos capazes de justificar a necessidade de elevação da pena, na terceira fase, acima do mínimo previsto em lei.

Para ilustrar, trago à colação os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Inteligência da Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Com efeito, limitaram-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, o que não consubstancia fundamentação idônea para a majoração da reprimenda em 3/8 (três oitavos). Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 321.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É da jurisprudência deste Tribunal que, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, a título de indicador de maus antecedentes, de conduta social negativa ou de a personalidade do agente ser voltada para o crime. Inteligência do Enunciado Sumular n. 444 do STJ, segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

2. O Juiz de primeira instância utilizou-se de ação penal em andamento para atribuir valor negativo às circunstâncias da conduta social, dos antecedentes e da personalidade. Há registro de uma ação em que, embora haja informação de condenação contra o paciente, não consta o trânsito em julgado.

3. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam à redução em 3 meses, na segunda fase da dosimetria, pela incidência da atenuante da menoridade relativa do réu - valor desproporcional em relação ao aumento da pena-base,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela incidência de uma circunstância judicial considerada negativa -, sem indicar fundamentação concreta.

5. 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. Súmula n. 443 do STJ.

6. As instâncias ordinárias, não obstante hajam particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não apontaram nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator.

7. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

8. Tanto o Juízo monocrático quanto a Corte de origem apenas indicaram a gravidade abstrata do delito de roubo e consideraram a valoração negativa da circunstância judicial, ora reconhecida como ilegal, o que tampouco serve para motivar o regime fechado.

9. A ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF. Ressalva do relator.

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a ilegalidade na redução da pena em relação à menoridade relativa do réu, adotar o patamar de 1/3 para o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto. (HC 228.310/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016)

Desse modo, configurado o constrangimento ilegal deduzido, impõe-se a concessão da ordem, pois não se apontou justificativa que permitisse a escolha da fração utilizada pelo Tribunal *a quo*, devendo, portanto, ser reduzido o aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço).

Feitas essas ponderações, deve ser feito novo cálculo da pena a ser imposta aos pacientes.

Considerando que a pena-base aplicada aos três pacientes foi de 5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cinco) anos de reclusão, na segunda etapa da dosimetria, em razão da atenuante da confissão espontânea, há de ser reduzida a sanção aplicada a Marcelo e a Luiz, ficando a reprimenda intermediária estabelecida em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão. O acusado Valdir teve a agravante da reincidência compensada pela atenuante da confissão, de modo que, nesta fase, sua pena permanece inalterada.

Por fim, acresce-se à pena, a fração de 1/3 referente à presença das causas especiais de aumento de pena indicadas nos autos. Assim, a pena definitiva de Marcelo Bizerra Franca e de Luiz Henrique Félix dos Santos passa a ser de **5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa**. A pena de Valdir Cândido da Silva fica fixada em **6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão**, além de **20 (vinte) dias-multa**.

Considerando-se, ainda, o concurso formal reconhecido no caso e a fração de aumento fixada na origem (1/6), eleva-se as penas para **6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa**, em relação aos acusados Marcelo Bizerra Franca e Luiz Henrique Félix dos Santos, e em **7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa** para o acusado Valdir Cândido da Silva.

Quanto ao regime, inexistente ilegalidade a ser sanada por meio da via eleita. Isto porque, ainda que a quantidade de pena finalmente irrogada aos dois primeiros pacientes seja inferior a oito anos de reclusão, não se pode olvidar que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, que autorizam o agravamento do modo inicial de execução da pena. No caso do terceiro paciente, a pena ficou em patamar superior a quatro anos, fator que, conjugado com a presença de circunstâncias judiciais negativas, impede a aplicação do benefício previsto no enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, que faculta a imposição de regime semiaberto em caso de reincidência, desde que a pena seja inferior a quatro anos e que as circunstâncias do art. 59 sejam favoráveis ao sentenciado.

Em razão do exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*, por ser manifestamente incabível, **concedendo a ordem de ofício**, para **redimensionar a pena imposta aos pacientes**, nos termos acima estabelecidos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0179124-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 409.243 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0010201422016826050 10201422016826050 20170000294665

EM MESA

JULGADO: 17/04/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: THIAGO PEDRO PAGLIUCA DOS SANTOS - SP314233
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCELO BIZERRA FRANCA
PACIENTE	: LUIZ HENRIQUE FELIX DOS SANTOS
PACIENTE	: VALDIR CANDIDO DA SILVA

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

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.