



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.060 - SP (2010/0207375-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : **FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **MARCIO DA SILVA FERREIRA**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *writ*. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO INDEVIDA PELA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE FUNDADA EM UMA MESMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. CARACTERIZAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. PRESENÇA DE MAIS DE UMA MAJORANTE NO CRIME DE ROUBO. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. SÚMULA 443/STJ. APLICAÇÃO. TENTATIVA. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO À PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RÉU REINCENTE. CABIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. A existência de condenações anteriores transitadas em julgado podem justificar validamente a elevação da pena-base, tanto como *maus antecedentes*, bem como *conduta social e personalidade*, desde que diferentes as condenações consideradas, sob pena de *bis in idem*. Precedentes.
3. Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ: *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*.
4. Tendo as instâncias ordinárias concluído que o paciente percorreu quase todo o *iter criminis*, não tendo o crime se consumado por circunstâncias alheias a sua vontade, descabe a alteração, por esta Corte, sobre o entendimento a respeito da maior ou menor proximidade da consumação do delito, tendo em vista a necessidade, para tanto, de exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em *habeas corpus*.
5. Não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente da imposição do regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso ao paciente, condenado à pena superior a 4 (quatro) anos, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo, ainda, reincidente o réu. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem de ofício para reduzir a penas a 4 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão, em regime fechado, e 13 dias-multa.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de junho de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.060 - SP (2010/0207375-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO

IMPETRANTE : FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCIO DA SILVA FERREIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de MARCIO DA SILVA FERREIRA, sem pedido de liminar, em face do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, c/c art. 14, II, todos do Código Penal, à pena de 5 anos e 14 dias de reclusão, em regime fechado, e 10 dias-multa (fls. 34/58).

O Tribunal de Justiça negou provimento à apelação interposta pela defesa (fls. 76/85).

No presente *writ*, alega o impetrante que o paciente sofre constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base em 1 ano, pois, às fls. 116/117, *consta tão-somente a folha de antecedentes do paciente, sendo tal relatório inidôneo para a finalidade empregada pelo MM. Juízo de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal Bandeirante. Tal se dá porque não é possível se aferir em que fase está cada um dos apontamentos, em especial, se há condenação definitiva. A certidão de fl. 118, por sua vez, não informa quando se deu o trânsito do acórdão para o réu, razão pela qual a presunção deve militar em seu favor. Da outra banda, ainda que considerada reincidência, não poderia ser suscitada nessa etapa de fixação de reprimenda. A certidão de fl. 97, configura efetivamente reincidência. Todavia, como se denota da r. sentença mantida em segundo grau, os apontamentos foram utilizados para exasperar em primeira etapa e agravar em segunda, sendo flagrantemente ferido o princípio do non bis in idem (fl.3).*

Aduz, ainda, ser indevido o aumento da pena pelo uso da arma de fogo, pois a mesma não foi apreendida e, consequentemente, não foi periciada mas, caso assim não se entenda, o aumento deve se dar no percentual mínimo de 1/3, já que fixada em 3/8 apenas com base no número de majorantes.

Sustenta que embora tenha sido mantido pelo acórdão o desconto de 1/3 em razão da tentativa, o desconto deveria ser maior, tendo em vista que a conduta do paciente se distanciou sobremaneira do momento da consumação.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja diminuída a pena-base,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastada a causa de aumento em razão do uso de arma ou diminuída a fração para o mínimo legal e, por fim, seja estabelecido o percentual maior para a redução da pena em razão da tentativa.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para fazer incidir, na terceira fase da dosimetria, o aumento da pena no patamar mínimo de 1/3 (fls. 101/104).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 190.060 - SP (2010/0207375-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado pela prática do crime de roubo, qualificado pelo concurso de agentes e emprego de arma, à pena de 5 anos e 14 dias de reclusão, em regime fechado, que foi mantida pelo Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação.

Insurge-se o impetrante contra a utilização de folhas de antecedentes criminais como fundamento para considerar negativamente a circunstância de maus antecedentes. A sentença dispôs sobre a questão nos seguintes termos (fls. 46/58):

Na dosagem da pena devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59 do Código Penal.

O réu apresenta antecedentes criminais (fls.97 e 116/118) já tendo suportado duas sentenças condenatórias transitadas em julgado (fls. 97 e 118), o que lhe dá, também, má conduta social e desajustada personalidade, motivo pelo qual, mesmo não se levando em consideração, como não se leva, nesta etapa da dosimetria da pena, para que se obste o "bis in idem", o processo-crime que ensejou o reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, ele merece pena-base exasperada, 05 (cinco) anos de reclusão, regime fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, único adequado a roubadores, como o réu, que revelou periculosidade e é reincidente e 12 (doze) dias-multa, diária mínima e valor total da pena de multa atualizado em consonância com o art. 49, § 2º, do Código Penal. Observo, para que não se alegue omissão desta sentença, que para os fins da fixação do regime prisional, para o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, por expressa disposição legal, o art. 59, 111, do Código Penal, que em seu "caput" elenca as diretrizes que deverão ser analisadas, para fins de opção do "quantum" da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base, no inciso mencionado, estipula que as mesmas diretrizes, que serviram para a escolha da quantidade da pena-base, também servirão para a escolha do regime prisional para cumprimento da pena privativa de liberdade. Não por outro motivo, o art. 33, § 3º, do Código Penal, prevê que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena se fará com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo Código. Logo, quando acima atrelei o regime prisional ao art. 33, § 3º, do Código Penal, por expressa disposição legal, estou reportando-me, para justificar o regime prisional escolhido, às mesmas diretrizes que usei para justificar a quantidade escolhida para a pena-base, em outras palavras, as mesmas diretrizes que usei para escolher a pena-base tendo servido para a escolha do regime prisional.

[...].

Por força do art. 61, I, do Código Penal, agrava-se a pena do réu em 06 (seis) meses e 01 (um) dia-multa, o que a eleva para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Com fundamento legal no art. 157, §2º, I e II, do Código Penal, aumentam-se as penas do réu em 3/8. [...]. Isto porque, em razão do maior número de majorantes, extrai-se a maior temibilidade demonstrada pelo agente, o que torna mais difícil a defesa da vítima, o que baliza a sua pena em 07 (sete) anos, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, regime fechado e 16 (dezesseis) dias-multa, diária mínima.

Com fundamento legal no art. 14, II, do Código Penal, em atenção ao "iter criminis" percorrido pelo réu, que muito se aproximou do fim, porque a voz de assalto chegou a ser dada, inclusive um tiro sendo desferido na direção do réu, diminui-se a pena no mínimo legal, um terço.

Pena final do réu: 05 (cinco) anos e 14 (catorze) dias de reclusão, regime fechado e 10 (dez) dias-multa, diária mínima e valor total da pena de multa atualizado na forma exposta antes.

O Tribunal *a quo* negou provimento à apelação, consignando quanto à dosimetria que (fls. 83/84):

As penas foram fixadas com critério e são mantidas.

A diminuição de apenas 1/3 pela tentativa é mantida, uma vez que o crime se aproximou da consumação.

O regime prisional inicial fechado não merece reparos, eis que necessário à repressão e prevenção do crime cometido (artigos 33 e 59 CP).

No crime de roubo, mais que o valor dos bens subtraídos, a vilania do agente, por si só, justifica a fixação de regime prisional mais gravoso.

Em se tratando de crime doloso cometido em concurso de agentes e com uso de arma de fogo, a periculosidade do agente é presumida.

Como é consabido, em regra, não se presta o *habeas corpus* à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

Sem razão contudo as alegações da impetrante quanto a imprestabilidade dos documentos juntados ao autos para a comprovação dos antecedentes criminais do paciente. Consignou o magistrado que o paciente apresenta antecedentes criminais, *já tendo suportado duas sentenças condenatórias transitadas em julgado (fls. 97 e 118), o que lhe dá, também, má conduta social e desajustada personalidade* (fls. 88 e 93).

Trata-se de certidões de objeto e pé, emitidas pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, documentos que gozam de fé pública, portanto. Consta da primeira certidão, fl. 88, a condenação pelo crime do art. 10, *caput*, da Lei 9.437/97, com trânsito em julgado para o paciente, em 17/3/2003 e, para o Ministério Público, em 10/9/2002. Da segunda, fl. 93, há a certificação de condenação pelo crime do art. 16, *caput*, da Lei 9.368/76, com trânsito em julgado para o paciente em 28/1/2002. Referidas certidões são documentos hábeis a comprovarem as condenações anteriores do paciente, podendo ser utilizadas para a dosagem da pena.

Resta, pois, a análise da correta utilização das referidas condenações definitivas anteriores na dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal.

A sentença condenatória, confirmada pelo acórdão impugnado, aumentou a pena-base em 1 ano acima do mínimo legal, por considerar desfavoráveis ao paciente as circunstâncias judiciais referentes aos antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade, com base em apenas uma das duas certidões de trânsito em julgado de condenações anteriores.

Tendo sido utilizada uma das condenações definitivas para considerar desfavorável a circunstância referente aos maus antecedentes, o uso dessa mesma condenação para a valoração da conduta social e da personalidade do agente caracteriza *bis in idem*. Desse modo, afasto a valoração negativa referente a essas duas últimas circunstâncias judiciais.

Ressalte-se que o magistrado sentenciante considerou a outra condenação definitiva na segunda etapa da dosimetria da pena, destacando a questão, nos seguintes termos, como já salientado acima:

O réu apresenta antecedentes criminais (fls.97 e 116/118) já tendo suportado duas sentenças condenatórias transitadas em julgado (fls. 97 e 118), o que lhe dá, também, má conduta social e desajustada personalidade, motivo pelo qual, mesmo não se levando em consideração, como não se leva, nesta etapa da dosimetria da pena, para que se obste o "bis in idem", o processo-crime que ensejou o reconhecimento da circunstância agravante da reincidência, ele merece pena-base exasperada, 05 (cinco) anos de reclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao pedido de afastamento da majorante do emprego de arma, em razão da inexistência de apreensão e perícia da arma, não assiste razão à impetrante.

Sobre o tema, a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas, tal como se verifica *in casu*.

Nesse sentido:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria (EResp 961.863/RS, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ acórdão Min. GILSON DIPP, 3ª SEÇÃO, DJe 06/04/2011).

No entanto, verifica-se constrangimento ilegal no estabelecimento de fração acima da mínima legal, na terceira fase da dosimetria, tão só pela incidência de duas majorantes – emprego de arma e concurso de agentes –, com base no critério matemático.

Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ: "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". Neste sentido, há de ser fixada a fração mínima, consistente em 1/3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, consignaram as instâncias ordinárias, que o paciente percorreu quase todo o percurso do delito, *que muito se aproximou do fim, porque a voz de assalto chegou a ser dada, inclusive um tiro sendo desferido na direção do réu*, não se consumando o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Conforme critério objetivo acolhido por esta Corte, no crime tentado, a aferição do *quantum* de pena a ser reduzido não decorre da culpabilidade do agente, mas, sim, da maior ou menor proximidade da conduta ao resultado almejado, não merecendo o acórdão qualquer correção nesse sentido.

Ademais, a alteração do entendimento a respeito da maior ou menor proximidade da consumação do crime, adotado nas instâncias ordinárias, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado em *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DO APELO DEFENSIVO. CÂMARA CRIMINAL EXTRAORDINÁRIA FORMADA MAJORITARIAMENTE POR MAGISTRADOS DE PRIMEIRO GRAU. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAJORANTES. ACRÉSCIMO FIXADO EM 5/12 (CINCO DOZE AVOS). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 443/STJ. CONCESSÃO DE OFÍCIO, NO PONTO. TENTATIVA. QUANTUM DA DIMINUIÇÃO. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO PARA O ABERTO. PENA ESTABELECIDACIMA DE QUATRO ANOS. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT DENEGADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...].

3. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal. Não se comprovando ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente. Precedentes.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Superior Tribunal de Justiça.

5. Entenderam as instâncias ordinárias que o Paciente percorreu todo o iter criminis, só não se consumando o crime por circunstâncias alheias à sua vontade. Nesse contexto, de acordo com o critério objetivo sufragado nesta Corte Superior de Justiça, irretocável, a diminuição imposta pela tentativa.

6. Modificar o entendimento sobre a maior ou menor proximidade do cometimento do crime, adotado nas instâncias ordinárias, ensejaria, necessariamente, um exame minucioso do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado na via estreita do habeas corpus.

7. [..].

8. Writ denegado. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para reduzir o aumento decorrente das majorantes do roubo ao patamar de 1/3 (um terço), fixando a pena definitiva do Paciente em 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

(HC 178.073/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 23/10/2012)

Nesse contexto, passo à dosimetria da pena.

Conforme já salientado, considerando os maus antecedentes do paciente, fixo a pena-base em 3 meses acima do mínimo legal, ou seja, em 4 anos e 3 meses de reclusão e 13 dias-multa, que, em razão da reincidência do paciente, na segunda fase, aumento em 1/6, o que corresponde a 4 anos, 11 meses e 15 dias de reclusão e 15 dias-multa. Na terceira fase, tendo em vista a majorante do emprego de arma e do concurso de agentes, aumento as penas em 1/3 o que perfaz a pena de 6 anos, 7 meses e 10 dias e 20 dias-multa. Por fim, diminuo a pena reclusiva em 1/3, em razão da tentativa, nos termos do art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal, totalizando as penas de 4 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão e 13 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, o Tribunal *a quo* o manteve no fechado. E, embora tenha sido redimensionada, no presente *writ*, a pena aplicada ao paciente, cabível a manutenção do regime prisional que lhe foi imposto, por ter sido condenado à pena superior a 4 anos, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, que justificou o aumento da pena-base acima do mínimo legal, e por ser reincidente o réu

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE.

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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Ostentando o réu mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo da pena. Precedentes.

3. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula 269 do STJ).

4. Na hipótese dos autos, contudo, não é o caso de aplicar-se o referido entendimento, pois a situação é diversa, porquanto as instâncias ordinárias consignaram que o paciente, além de reincidente, ostenta maus antecedentes, tendo essa circunstância sido levada em consideração para elevar a pena-base acima do mínimo legal.

5. Embora a pena seja inferior a quatro anos, a presença de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, autoriza a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 210.359/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 12/03/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE. CONDENÇÃO À PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente da imposição do regime prisional mais gravoso ao paciente, condenado à pena superior a 4 (quatro) anos, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, sendo, ainda, reincidente o réu. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 69.974/PB, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 21/10/2014)

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ. Concedo a ordem de ofício para reduzir as penas a 4 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão, mantendo-se o regime fechado, e 13 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0207375-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 190.060 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1232007

50070059098

993080374422

EM MESA

JULGADO: 23/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FABIANA JULIA OLIVEIRA RESENDE - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCIO DA SILVA FERREIRA

CORRÉU : WAGNER GUILHERME PEREIRA

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.