



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.934 - SP (2014/0048639-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ORLANDO JOSÉ DE BRITO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 70, E ART. 329, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. (4) MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

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, a fim de reduzir a pena do paciente, **apenas no tocante ao crime de roubo circunstanciado**, para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa, mantidos 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.934 - SP (2014/0048639-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ORLANDO JOSÉ DE BRITO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ORLANDO JOSÉ DE BRITO, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0372652-93.2010.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2.º, I e II (por três vezes), na forma do artigo 70, do Código Penal, e à pena de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, por infração ao art. 329 do Código Penal (fl. 15/23):

ORLANDO JOSÉ DE BRITO está sendo processado como incurso nas sanções do art. 157, § incisos I e II, na forma do art. 70, e art. 329 todos do Código Penal, e art. 16, IV, da Lei 10.826/03, em concurso material, porque, previamente ajustado e com unidade de desígnios com dois indivíduos não identificados, ingressaram no estabelecimento comercial denominado Fabiocle Comércio e Serviços e anunciaram o assalto. Ato contínuo, o acusado, que empunhava uma arma de fogo, enfiou a mão no bolso da calça de Maurício Sousa Nascimento, retirando a importância de R\$ 200,00, em dinheiro, e o aparelho celular. Em seguida, seu comparsa permaneceu com a vítima Maurício e o acusado dirigiu-se ao escritório da loja onde, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, determinou a Salvador Henrique Filho que lhe entregasse o dinheiro que havia no caixa e mais seu telefone celular. De posse do pertence da vítima e do dinheiro do caixa da empresa, deixou o recinto, surgindo no local seu comparsa, que exigiu a entrega da chave do mostruário onde estavam expostos minimotocicletas. Nesse instante, aproveitando-se da distração dos roubadores, a vítima Salvador, dono do estabelecimento, acionou o alarme da empresa, assustando os assaltantes, que empreenderam fuga. Ao ouvir o alarme, um funcionário da empresa acionou o policial civil Clebson de Oliveira, que ali se encontrava, comunicando-lhe o ocorrido. O policial o perseguiu e os avistou no interior de um veículo Fiat/Uno, e anunciou sua condição de policial, ocasião em que o acusado desceu do veículo e efetuou três disparos na sua direção, correndo em seguida. Enquanto corria, ainda efetuou outros três disparos contra o agente policial. Clebson retomou ao estabelecimento e acompanhado do funcionário Flávio passou a realizar o mesmo trajeto do acusado, logrando êxito em detê-lo na posse de um revólver calibre 38, de numeração raspada e a quantia de R\$ 308,00. Os outros agentes conseguiram fugir.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

O Ministério Público requereu a condenação, nos termos da denúncia. Após analisar os depoimentos das testemunhas e interrogatório concluiu que o conjunto probatório é firme e comprova com segurança a prática dos três crimes de roubo descritos na denúncia. **A par de sua parcial confissão, há o firme reconhecimento feito em juízo e os relatos de vítimas e testemunhas.** A causa de aumento de pena referente ao emprego de arma de fogo está comprovada pelo auto de exibição e apreensão e laudo pericial juntado aos autos, que atestou o poder lesivo da arma. Do mesmo modo, o concurso de agentes foi demonstrado pelos firmes depoimentos prestados na delegacia de polícia e em juízo. O crime de resistência também deve ser reconhecido, havendo prova testemunhal unânime no sentido de que o réu, diante da identificação do policial e da voz de prisão recebida, resistiu ao ato mediante violência consistente em disparar seis vezes na direção do policial civil. Ressalte-se, ainda, que os relatos foram confirmados pela apreensão da arma de fogo contendo seis cartuchos deflagrados. Quando ao crime de porte de arma de fogo, tem-se que integra os demais tipos penas, devendo ser por eles absorvido.

(...)

Ao ser interrogado o réu confessou, em parte, a prática do delito. Disse que se dirigiu ao estabelecimento comercial na companhia de um comparsa, o qual, portando arma de fogo, ingressou na loja e anunciou o assalto. Enquanto isso, permaneceu do lado de fora, junto do veículo que utilizaram para chegar ao local. Quando o policial civil se identificou, seu comparsa saiu da loja e efetuou dois disparos em sua direção. Negou ter disparado na direção do policial e disse ter efetuado "apenas seis disparos para o alto". Seu comparsa logrou fugir e em sua posse foi apreendida a arma de fogo e a quantia de R\$ 50,00.

(...)

O réu confessou, em parte, a prática delitiva em relação ao delito de roubo, muito embora tenha tentado imputar ao comparsa a posse da arma que era por ele utilizada para intimidar as vítimas. Negou, no entanto, a prática do delito de resistência

A confissão foi corroborada pela versão da vítima e testemunhas de acusação (...)

Atendendo ao disposto no art. 59 do Código Penal, e levando em consideração o alto grau de periculosidade do acusado, entendo que as penas não devem ficar no mínimo legal. Conforme se apurou, durante a empreitada criminosa, o réu manteve todo o tempo a arma de fogo voltada na direção de uma das vítimas e ao receber voz de prisão efetuou seis disparos de arma de fogo contra o policial, em plena via pública.

Ademais, o assalto se deu em plena luz do dia, em amplo estabelecimento comercial, onde se encontravam diversas pessoas, a revelar audácia e segurança em seu poder de intimidação, não se importando com o resultado de sua atuação. Tanto é que, repita-se, na fuga, em plena via pública, efetuou seis disparos de arma de fogo.

Não se está falando em gravidade genérica, mas sim de agente que atua com dolo intenso e revela personalidade perigosa, colocando em risco não só as vítimas contra as quais dirigiu a agressão durante o roubo e a resistência, mas também todos aqueles que transitavam pela via pública.

Assim, as penas são fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, em relação ao crime de roubo, e 2 anos de detenção, no que tange ao delito do art. 329 do Código Penal.

A certidão de fls. 79 comprova a reincidência, de modo que as penas são majoradas em 1/3, resultando em 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, pelo delito de roubo e 17 dias multa, e 2 anos e 8 meses pelo delito de resistência.

A atenuante da confissão não será levada em conta, pois a jurisprudência do STJ: "De acordo com a jurisprudência assentada no âmbito desta Corte, a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a confissão espontânea" (REs'p. 713.826-RS, 5ª. T., rei. Gilson Dipp, 02.06.2005, v.u., DJ 20.06.2005, p. 372. Idem HC 10.562-PR, 5ª. T., rel. Gilson Dipp, 15.02.2000, DJ 20.03.2000, p.85). Confirma-se, a propósito, os seguintes julgados: "RECURSO ESPECIAL PENAL ART. 155 CAPUT, C/C ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL FIXAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. ART. 67 CP. A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67, do Código Penal. (Precedentes). Recurso provido." (REsp. 662.626/RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 14.02.2005). "HABEAS CORPUS" PENAL. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 1. Não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal contra o Paciente na espécie. E que, ao contrário do alegado pelo Impetrante, o Juízo sentenciante expressamente levou em consideração a atenuante da confissão espontânea na fixação da pena, só não a tendo diminuído ou mesmo efetuado a compensação, em virtude, conforme entendimento pacificado nesta Corte, da preponderância da reincidência sobre a referida atenuante. Precedentes. 2. Ordem denegada." (HC 37.765/MS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.12.2004). "RECURSO ESPECIAL. PENAL. FIXAÇÃO DA PENA CONFISSÃO. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. ART. 67 CP. Nos termos do art. 67 do Código Penal e de firme jurisprudência a respeito, a reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. A pena deve ser fixada nos termos do acórdão recorrido, acrescida, entretanto, de mais 6 (seis) meses, em razão da preponderância da reincidência. Recurso conhecido parcialmente e nesta parte provido." (REsp. 659.937/RS Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 06.12.2004).

Pelas causas especiais de aumento de pena previstas no parágrafo 2.º, incisos I e II do art. 157, do Código Penal, a pena é aumentada em 3/8, resultando assim em 9 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e 23 dias-multa.

Anoto que foi aplicada a aludida fração uma vez que o aumento mínimo, sendo duas as causas de aumento, viria a estimular a prática de roubo "biqualeficado", já que igualaria situações desiguais. Conforme já decidido, "a biqualeficação, indubitavelmente, é indicativa de maior perigosidade e reprovação da conduta dos roubadores, daí fazer-se incabível a majoração mínima de um terço, a risco de se igualarem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização das penas" (Ap. n. 967.649/1, rel. Juiz Nogueira Filho, j. 14.09.95, v.u.).

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo duas qualificadoras, admite-se o aumento de 2/5 em face da maior temibilidade do agente, tornando mais difícil a defesa da vítima (RT 783/604).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pondera-se, ainda, que com o advento da Lei n.º 9.426/96, que introduziu os incisos IV e V ao § 2.º do art. 157 do Código Penal, as frações de aumento de pena devem ser remodeladas, devendo o aumento de 1/3 até a metade ser dividido por cinco. Desta forma, presente uma qualificadora, aumenta-se em um terço; em se tratando de duas, a elevação será de 3/8; no caso de três qualificadoras, majora-se em 5/12; com quatro qualificadoras, o aumento será de 11/24; e, concorrendo as cinco qualificadoras, o acréscimo será no patamar máximo de metade (TACRIM/SP, RT 771/614).

Por ter atingido o patrimônio de duas vítimas distintas (Salvador e Maurício), procede-se ao acréscimo de 1/6, resultando na pena final, para o delito de roubo em 11 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão e 26 dias-multa.

Ante a quantidade da pena imposta, e considerando que se trata de réu reincidente, a demonstrar que a pena anteriormente imposta não foi suficiente para afastá-lo do mundo do crime, fixa-se o regime fechado para início do cumprimento da pena de reclusão e semi-aberto para a detenção. Ademais, a prática de crime grave exige repressão e punição mais rigorosas, uma vez que delitos assim geram a intranquilidade de trabalhadores e famílias de grandes ou pequenas cidades, de modo que é incabível a fixação de regime mais brando para o início de cumprimento de pena.

Pelos mesmos fundamentos, não poderá recorrer em liberdade (RHC 55.109, DJU 27.5.77, p. 3459; RHC 56.943, DJU 27.4.79, p. 3381; RHC 58.286, DJU 3.10.80, p. 7735).

(...)

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE A AÇÃO para absolver o réu da imputação de ofensa ao art. 16, IV, da Lei 10.826/03, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal e CONDENAR ORLANDO JOSÉ DE BRITO nas penas de 11 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 26 dias-multa, no piso legal, como incurso no art. 157, § 2.º, I e II, c.c. art. 70, ambos do Código Penal, e 2 anos e 8 meses de detenção, em regime semi-aberto, por ofensa ao art. 329 do Código Penal, vedado o recurso em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento, apenas para reduzir a pena do paciente no tocante ao crime de resistência para 1 (um) ano de detenção, *verbis* (fls. 24/33):

O recurso comporta provimento parcial.

(...)

O apelo encontra razão, mas apenas em parte, quanto ao pedido de equiparação do patamar de aumento da pena-base para ambos os tipos penais.

Não se trata de equiparar as penas-bases, ou de fixar ambas em patamar mínimo como deseja a Defesa, sob risco de se incorrer em indesejada padronização das penas. Trata-se de analisar as condutas de forma individual, porém, ajustadas ao grau de intensidade do dolo demonstrado em cada crime.

O aumento da pena-base aplicado pelo Juiz sentenciante para o roubo foi de 1/3 (um terço), patamar suficientemente fundamentado nos termos do artigo 59 do Código Penal, em razão de acentuada intensidade de dolo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verificada na ação do Réu que praticou o crime em plena luz do dia, em local público de grande movimento de pessoas, e manteve as vítimas sob ameaça constante de uma arma de fogo.

Quanto à resistência, a conduta não justifica a elevação da pena-base para o patamar máximo de dois anos de detenção. O dolo demonstrado pelo Réu - que disparou 06 (seis) vezes contra o policial em momentos distintos, efetuando três disparos diretamente em sua direção em cada um desses momentos - revela, de forma evidente, a insuficiência da fixação da pena no mínimo legal, ou a mera equiparação das penas (adoção do mesmo patamar de 1/3 (um terço) de aumento aplicado para o roubo), mas não justifica o aumento máximo tendo em vista que a resistência também é crime cuja violência é circunstância elementar do tipo penal.

Assim, com relação ao crime de resistência, readequa-se a pena-base para 01 (um) ano de detenção, mantido o regime prisional inicial semiaberto.

A atenuante da confissão não deve ser considerada, seja porque não foi feita de forma eficaz e plena, seja porque a reincidência específica do Réu, demonstrada pela certidão de fls.79, revela sua personalidade nitidamente voltada para a prática reiterada de crimes dessa natureza e, portanto, deve ser considerada como circunstância preponderância à confissão (ainda que, com muito esforço, se queria reconhecê-la), de acordo com o artigo 67 do Código Penal.

Por fim, as majorantes do roubo também demonstradas, e o aumento de 3/8 (três oitavos) aplicado de forma bem fundamentada em terceira etapa de quantificação se mostrou suficiente, devendo ser mantido.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para readequar a sanção penal do crime de resistência (artigo 329, "*caput*", do Código Penal) para 01 (um) ano de detenção, mantidos os demais tópicos da condenação.

Daí o presente *mandamus*, no qual alega o impetrante que os fundamentos elencados para elevar a pena-base do paciente não se sustentam, pois "não está elencada entre as oito circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal" (fl. 3).

Aduz que "quanto ao fato de ter praticado o delito 'em local público de grande movimento de pessoas', temos que, de início, trata-se de uma pequena rua no extremo leste da capital bandeirante. Com efeito, não é rua próxima ao centro e nem tampouco de muito movimento" (fl. 3).

Assere que "ao derradeiro fundamento (manteve as vítimas sob ameaça constante de uma arma de fogo) temos que incorreu o Tribunal em nítido *bis in idem*. Isso porque a pena já é aumentada em função do emprego de arma de fogo, a teor do art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal" (fl. 3).

Sustenta ser o caso de compensação entre a circunstância agravante da reincidência e a atenuante da confissão. Colaciona jurisprudências para reforçar sua tese.

Destaca que "aplicou-se ao caso o mero aumento matemático das circunstâncias agravantes, fato esse que vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena" (fl. 8).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, liminarmente e no mérito, a compensação da atenuante da confissão espontânea pela agravante da reincidência. Pugna, ainda, pela fixação da pena-base no patamar do mínimo legal, ou ao menos seja acrescida em somente 1/6 (um sexto) (fl. 4); e seja "afastado o critério aritmético de dosagem da pena; em seguida, requer a readequação da reprimenda para que a terceira fase seja aumentada em apenas 1/3 ante a completa ausência de qualquer ato extraordinário que possa majorar a pena em questão" (fl. 9).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 39-44.

As informações foram juntadas às fls. 52-80.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 83-90, da lavra do Subprocurador-Geral da República Oswaldo José Barbosa Silva, opinando pelo não conhecimento do *writ*, porém, acaso conhecido, pelo concessão da ordem, apenas para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, além da aplicação da Súmula 443 do STJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.934 - SP (2014/0048639-1)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 70, E ART. 329, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. (4) MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o *quantum* aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

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, a fim de reduzir a pena do paciente, **apenas no tocante ao crime de roubo circunstanciado**, para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa, mantidos 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 –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

A viabilidade do exame da dosimetria da pena, por meio de *habeas corpus*, somente se faz possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

Pelo exposto, penso não haver constrangimento ilegal, no tocante à primeira fase da dosimetria da pena, eis que foram apontados elementos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido.

Colhe-se da sentença condenatória:

Atendendo ao disposto no art. 59 do Código Penal, e levando em consideração o alto grau de periculosidade do acusado, entendo que as penas não devem ficar no mínimo legal. Conforme se apurou, durante a empreitada criminosa, o réu manteve todo o tempo a arma de fogo voltada na direção de uma das vítimas e ao receber voz de prisão efetuou seis disparos de arma de fogo contra o policial, em plena via pública.

Ademais, o assalto se deu em plena luz do dia, em amplo estabelecimento comercial, onde se encontravam diversas pessoas, a revelar audácia e segurança em seu poder de intimidação, não se importando com o resultado de sua atuação. Tanto é que, repita-se, na fuga, em plena via pública, efetuou seis disparos de arma de fogo.

Não se está falando em gravidade genérica, mas sim de agente que atua com dolo intenso e revela personalidade perigosa, colocando em risco não só as vítimas contra as quais dirigiu a agressão durante o roubo e a resistência, mas também todos aqueles que transitavam pela via pública.

Assim, as penas são fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, em relação ao crime de roubo, e 2 anos de detenção, no que tange ao delito do art. 329 do Código Penal.

Eis o aresto impugnado, no que interessa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se trata de equiparar as penas-bases, ou de fixar ambas em patamar mínimo como deseja a Defesa, sob risco de se incorrer em indesejada padronização das penas. Trata-se de analisar as condutas de forma individual, porém, ajustadas ao grau de intensidade do dolo demonstrado em cada crime.

O aumento da pena-base aplicado pelo Juiz sentenciante para o roubo foi de 1/3 (um terço), patamar suficientemente fundamento nos termos do artigo 59 do Código Penal, em razão de acentuada intensidade de dolo verificada na ação do Réu que praticou o crime em plena luz do dia, em local público de grande movimento de pessoas, e manteve as vítimas sob ameaça constante de uma arma de fogo.

Quanto à resistência, a conduta não justifica a elevação da pena-base para o patamar máximo de dois anos de detenção. O dolo demonstrado pelo Réu - que disparou 06 (seis) vezes contra o policial em momentos distintos, efetuando três disparos diretamente em sua direção em cada um desses momentos - revela, de forma evidente, a insuficiência da fixação da pena no mínimo legal, ou a mera equiparação das penas (adoção do mesmo patamar de 1/3 (um terço) de aumento aplicado para o roubo), mas não justifica o aumento máximo tendo em vista que a resistência também é crime cuja violência é circunstância elementar do tipo penal.

Assim, com relação ao crime de resistência, readequa-se a pena-base para 01 (um) ano de detenção, mantido o regime prisional inicial semiaberto.

Na espécie, **quanto ao crime de roubo circunstanciado**, é de ver que as instâncias de origem arrolaram elementos concretos que justificam o acréscimo da pena-base. Isso porque se destacou a culpabilidade intensa do paciente, diante da situação fática, que revela, indubitavelmente, um *plus* de reprovabilidade na sua conduta.

Com efeito, as considerações do magistrado acerca do contexto fático evidenciam culpabilidade que não se mostra normal à espécie.

Ademais, a aplicação da majorante relativa ao emprego de arma não obsta o aumento da pena-base, pois na primeira fase levou-se em conta não só o fato de o roubo ter sido cometido com uso de arma de fogo, mas, em especial, considerou-se que "o réu manteve todo o tempo a arma de fogo voltada na direção de uma das vítimas".

Nessa toada, **no que tange ao crime de roubo**, fica mantido o incremento sancionatório na primeira fase da dosimetria em 1/3 (um terço), uma vez que não se constata ilegalidade patente.

Pela leitura dos autos, constata-se que o paciente confessou parcialmente o cometimento do delito:

O réu confessou, em parte, a prática delitiva em relação ao delito de roubo, muito embora tenha tentado imputar ao comparsa a posse da arma que era por ele utilizada para intimidar as vítimas. Negou, no entanto, a prática do delito de resistência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A confissão foi corroborada pela versão da vítima e testemunhas de acusação (...)

A atenuante da confissão não será levada em conta, pois a jurisprudência do STJ: "De acordo com a jurisprudência assentada no âmbito desta Corte, a circunstância agravante da reincidência prevalece sobre a confissão espontânea" (REs'p. 713.826-RS, 5ª. T., rei. Gilson Dipp, 02.06.2005, v.u., DJ 20.06.2005, p. 372. Idem HC 10.562-PR, 5ª. T., rel. Gilson Dipp, 15.02.2000, DJ 20.03.2000, p.85). Confirma-se, a propósito, os seguintes julgados: "RECURSO ESPECIAL PENAL ART. 155 *CAPUT*, C/C ART. 61, I, DO CÓDIGO PENAL FIXAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. ART. 67 CP. A circunstância agravante da reincidência, como preponderante, deve prevalecer sobre a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67, do Código Penal. (Precedentes). Recurso provido." (REsp. 662.626/RS, Relator Ministro Felix Fischer, DJ de 14.02.2005). "HABEAS CORPUS" PENAL. CONCURSO DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRECEDENTES. 1. Não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal contra o Paciente na espécie. E que, ao contrário do alegado pelo Impetrante, o Juízo sentenciante expressamente levou em consideração a atenuante da confissão espontânea na fixação da pena, só não a tendo diminuído ou mesmo efetuado a compensação, em virtude, conforme entendimento pacificado nesta Corte, da preponderância da reincidência sobre a referida atenuante. Precedentes. 2. Ordem denegada." (HC 37.765/MS, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 13.12.2004). "RECURSO ESPECIAL. PENAL. FIXAÇÃO DA PENA CONFISSÃO. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA. ART. 67 CP. Nos termos do art. 67 do Código Penal e de firme jurisprudência a respeito, a reincidência, como preponderante, prevalece sobre a confissão. A pena deve ser fixada nos termos do acórdão recorrido, acrescida, entretanto, de mais 6 (seis) meses, em razão da preponderância da reincidência. Recurso conhecido parcialmente e nesta parte provido." (REsp. 659.937/RS Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ de 06.12.2004).

Nessa linha de consideração, o aresto guerreado:

A atenuante da confissão não deve ser considerada, seja porque não foi feita de forma eficaz e plena, seja porque a reincidência específica do Réu, demonstrada pela certidão de fls.79, revela sua personalidade nitidamente voltada para a prática reiterada de crimes dessa natureza e, portanto, deve ser considerada como circunstância preponderância à confissão (ainda que, com muito esforço, se queria reconhecê-la), de acordo com o artigo 67 do Código Penal.

Entretanto, as instâncias de origem deixaram de reconhecer a referida atenuante, tendo em vista que a confissão foi apenas parcial, bem como sob o argumento de que a agravante da reincidência preponderaria sobre a atenuante da confissão.

Com efeito, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Confirmam-se:

(...)

APLICAÇÃO DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

(...)

(HC 171.784/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 18/02/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO SIMPLES. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. CONFISSÃO PARCIAL DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA PACIFICADA NESTA CORTE POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO ERESP N.º 1.154.752/RS. RÉU RECONHECIDAMENTE REINCENTE, COM PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DO REGIME FECHADO. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. A atenuante do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, tem caráter objetivo, configurando-se, tão-somente, pelo reconhecimento espontâneo do acusado, perante a autoridade, da autoria do delito, não se sujeitando a critérios subjetivos ou fáticos. In casu, o Paciente confessou a subtração, logo, ainda que tenha negado o emprego de violência contra a vítima, impõem-se a aplicação da atenuante.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, após o julgamento do EREsp n.º 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias.

5. O regime prisional inicial fechado é obrigatório ao réu reincidente e que teve as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, quando condenado à pena superior a quatro anos. Inteligência dos arts. 59 e 33, § 2º, do Código Penal e da Súmula n.º 269 desta Corte Superior de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Ordem de *habeas corpus* parcialmente concedida para fixar a pena do Paciente em 04 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão.

(HC 200.113/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES TENTADO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SUA UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO OBRIGATÓRIO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO, AINDA QUE PARCIAL. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. QUESTÃO PACIFICADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. ERESP 1.154.754/RS. PENA INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido *habeas corpus* "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recursos ordinários, tampouco de recursos extraordinário e especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em Habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do *habeas corpus*, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. O presente Habeas corpus, substitutivo de recurso especial, não merece ser conhecido.

V. Nada impede, contudo, que, na hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido *habeas corpus*, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

VI. *In casu*, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

VII. Para o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

basta que tenha ela servido de base para a condenação, seja a confissão total ou parcial ou retratada em Juízo. Precedentes.

VIII. A Terceira Seção do STJ, no julgamento, em 23/05/2012, do EREsp 1.154.752/RS, de relatoria do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, pacificou o entendimento de que a confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência, na segunda fase da aplicação da pena (Informativo de Jurisprudência n.º 498 do STJ).

IX. Faz jus o paciente ao regime semiaberto, na medida em que, embora seja reincidente, teve a pena-base fixada no mínimo legal, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva fixada em Súmula do STJ: "é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

X. "Imposta pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser aplicado o regime semiaberto ao acusado reincidente. Súmula n.º 269 do STJ." (STJ, HC 235.481/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 28/05/2012).

XI. *Habeas corpus* não conhecido. XII. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a atenuante da confissão espontânea, compensá-la com a agravante da reincidência - reduzindo as penas, em consequência, a 02 anos de reclusão e 05 dias-multa - e estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (Súmula 269 do STJ).

(HC 248.275/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 30/10/2012)

Ademais, também não prospera o entendimento das instâncias de origem, segundo o qual não deve incidir a atenuante da confissão espontânea, uma vez que a agravante da reincidência é preponderante.

De rigor, pois, seja aplicada a atenuante da confissão espontânea, a qual, por também envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência. É este o entendimento da Sexta Turma desta Corte, como se vê:

PENAL. ROUBO AGRAVADO. PENA. APLICAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA. EXPRESSÕES DA PERSONALIDADE DO AGENTE. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. "A atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, também é preponderante, devendo ser compensada com a agravante da reincidência" (HC-115.986, Ministra Maria Thereza, DJe de 24/5/2010.) 2. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 122.752/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010)

HABEAS CORPUS. ARTS. 12, CAPUT, E 14 DA LEI N. 6.368/1976. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PERSONALIDADE. VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. MAIS DE UMA SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. CARACTERIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E DA REINCIDÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO NE BIS IN IDEM E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. Existindo mais de uma condenação com trânsito em julgado, nada impede que deem ensejo a valorações distintas, porquanto oriundas de fatos diferentes. Assim, não implica bis in idem a utilização de uma decisão condenatória para caracterização da reincidência (agravante genérica do art. 61 do Código Penal) e da outra na valoração desfavorável dos antecedentes (circunstância judicial do art. 59 do Código Penal). Precedentes.

2. A Sexta Turma adotou o entendimento de que deve ser compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

3. Para o reconhecimento negativo da personalidade a fim de fundamentar o aumento da pena-base, é imprescindível que o julgador tenha, nos autos, dados suficientes para chegar a uma conclusão tecnicamente sustentável. Precedentes. 4. Inviável a aplicação do art. 77, § 2º, do Código Penal, pois tal benefício tem como requisito objetivo a condenação à pena de até quatro anos, o que, na espécie mesmo com as alterações feitas não sucedeu, dadas as várias outras circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis.

5. Ordem parcialmente concedida, inclusive de ofício, a fim de, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, redimensionar a pena para oito anos de reclusão e oitenta dias-multa, e, no tocante ao delito de associação para o tráfico, reduzir a reprimenda para cinco anos de reclusão.

(HC 112.150/DF, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)

HABEAS CORPUS. ROUBOS DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS (CINCO VEZES). PERCENTUAL DE EXASPERAÇÃO RELATIVO AO CONCURSO FORMAL. VINCULAÇÃO AO NÚMERO DE INFRAÇÕES. ELEVÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM CONFISSÃO ESPONTÂNEA. VIABILIDADE.

1. Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241 desta Corte, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.

2. No caso, os pacientes ostentavam mais de uma condenação. Assim, nada impede que uma seja utilizada como maus antecedentes (circunstância judicial desfavorável) e outra exaspere a reprimenda a título de reincidência (agravante).

3. "O melhor parâmetro para a escolha do acréscimo da pena (de um sexto até metade), conseqüente do concurso formal, é a consideração do número de fatos (ou seja, de vítimas, crimes ou resultados)".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar. 2000, p. 132).

4. Na hipótese, considerando serem 5 (cinco) as vítimas de roubo, é devida a exasperação em 1/3 (um terço).

5. Segundo orientação prevalente na Sexta Turma desta Corte, é possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

6. Ordem parcialmente concedida para, compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão e diminuindo a 1/3 (um terço) o acréscimo referente ao concurso formal, reduzir a pena recaída sobre os ora pacientes, de 9 (nove) anos de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, mantido o regime prisional para o início de cumprimento da expiação. (HC 75.874/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 25/10/2010)

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***.

Colhe-se da sentença condenatória:

Anoto que foi aplicada a aludida fração uma vez que o aumento mínimo, sendo duas as causas de aumento, viria a estimular a prática de roubo "biqualeficado", já que igualaria situações desiguais. Conforme já decidido, "a biqualeficação, indubitavelmente, é indicativa de maior perigosidade e reprovação da conduta dos roubadores, daí fazer-se incabível a majoração mínima de um terço, a risco de se igualarem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização das penas" (Ap. n. 967.649/1, rel. Juiz Nogueira Filho, j. 14.09.95, v.u.).

Conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, havendo duas qualificadoras, admite-se o aumento de 2/5 em face da maior temibilidade do agente, tornando mais difícil a defesa da vítima (RT 783/604).

Pondera-se, ainda, que com o advento da Lei n.º 9.426/96, que introduziu os incisos IV e V ao § 2.º do art. 157 do Código Penal, as frações de aumento de pena devem ser remodeladas, devendo o aumento de 1/3 até a metade ser dividido por cinco. Desta forma, presente uma qualificadora, aumenta-se em um terço; em se tratando de duas, a elevação será de 3/8; no caso de três qualificadoras, majora-se em 5/12; com quatro qualificadoras, o aumento será de 11/24; e, concorrendo as cinco qualificadoras, o acréscimo será no patamar máximo de metade (TACRIM/SP, RT 771/614).

Impende destacar o teor do acórdão atacado, no que interessa:

Por fim, as majorantes do roubo também demonstradas, e o aumento de 3/8 (três oitavos) aplicado de forma bem fundamentada em terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

etapa de quantificação se mostrou suficiente, devendo ser mantido.

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 criminosa, 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)

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO AGRAVADO. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 1/2 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTA 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 3/8 (dois quintos) na terceira fase da dosimetria, tal aumento deve se dar no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Assim, **quanto ao crime de roubo circunstanciado**, mantenho a pena-base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Na terceira fase, exaspero a pena em 1/3 (um terço) pelas majorantes e, ainda, em mais 1/6 (um sexto) pelo concurso formal, tornando a reprimenda definitiva em 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa.

No tocante ao crime de resistência, ratifica-se os termos do acórdão.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente, **apenas no tocante ao crime de roubo circunstanciado**, para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0048639-1

HC 289.934 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03726529320108260050 052090045116 147609 3726529320108260050 52090045116

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

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. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ORLANDO JOSÉ DE BRITO

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 Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.