



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.000 - SP (2011/0078347-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : PAULO ARTHUR ARAÚJO DE LIMA RAMOS - DEFENSOR
PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACKSON VIEIRA MENDES
PACIENTE : SAMUEL JOSADAQUE LEMES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E PROPORCIONAL. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. PROGRESSÃO DE REGIME. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– As circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) não são plenamente favoráveis ao paciente, o magistrado destacou a acentuada culpabilidade do agente, tendo a sentença demonstrado, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade de fixação da pena-base acima do mínimo legal de forma adequada e proporcional.

– Constata-se que o magistrado de primeiro grau, utilizou-se de fundamentação concreta para justificar a elevação das causas de aumento de pena. A exasperação acima do mínimo legal é indevida quando feita, unicamente, com fundamento no número de majorantes, o que não foi o caso. A fundamentação da sentença para exasperação da pena, na terceira fase de sua aplicação, se deu em razão de circunstâncias concretas, como o número significativo de agentes (três) e a utilização de arma de fogo, potencialmente mais letal do que outros tipos de arma que poderiam ser utilizados pelos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agentes. Tal situação extrapola os limites do próprio tipo penal, não havendo se falar em gravidade abstrata do delito, o que, por si só, afasta a aplicação do enunciado 443/STJ.

– Em relação ao regime prisional, verifica-se que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao paciente, tendo a pena-base sido aplicada acima do seu mínimo legal, fato que afasta a aplicação da súmula 440 desta Corte Superior.

– O pedido de progressão de regime não foi submetido ou apreciado pelas instâncias ordinárias, circunstância que impede o conhecimento do tema por esta Corte Superior, vedada a supressão de instância.

Habeas Corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, 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. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 26 de fevereiro de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.000 - SP (2011/0078347-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : PAULO ARTHUR ARAÚJO DE LIMA RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JACKSON VIEIRA MENDES
PACIENTE : SAMUEL JOSADAQUE LEMES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de SAMUEL JOSADAQUE LEMES contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos de Apelação nº 990.10.157300-8.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, II, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (meses) de reclusão, em regime inicial fechado, conforme sentença de fls. 12/43.

Inconformada, a Defensoria Pública interpôs recurso de apelação, requerendo a absolvição do paciente, sob a alegação de insuficiência de provas para sustentar o decreto condenatório ou a desclassificação do delito para sua forma tentada. Subsidiariamente, sustentaram a exclusão da causa de aumento de pena referente ao uso de arma, a alteração do regime prisional ou, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos.

A Corte originária negou provimento ao recurso defensivo em acórdão restou assim sintetizado (fl. 46):

ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA DE FOGO. PRELIMINARES. NULIDADES OCORRIDAS NA FASE ADMINISTRATIVA. Vítima que reconheceu formalmente o apleante, apontando-o como sendo um dos autores da subtração. Eventual nulidade ocorrida no auto de prisão em flagrante, não tem o condão de irradiar seu efeito para a ação penal.

USO DE ALGEMAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. Ausência de limitação ao amplo direito de defesa e de registro sobre os fatos. Aquele que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não cuida do preso como deve, tomando as cautelas necessárias, pode ser responsabilizado criminalmente.

MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Condenação mantida. Autoria e materialidade delitiva comprovadas. Palavras da vítima corroboradas por outros elementos de provas.

REGIME PRISIONAL. MODIFICAÇÃO. Impossibilidade. O 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

RESTRITIVAS DE DIREITOS. Impossibilidade. Insuficiente à repressão e prevenção do crime (art. 44 CP).

PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSOS DESPROVIDOS.

Nesta Corte Superior, a Defensoria sustenta a ausência de fundamentação idônea para a dosimetria da pena, tanto na aplicação da pena-base, como para fundamentar a majoração das causas de aumento de pena. Requer, dessa forma, a fixação da pena-base em seu mínimo legal e que seja aplicado o patamar de 1/3 (um terço) na terceira fase de fixação da pena. Pugna, por fim, pela fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da reprimenda, bem como requer a imediata progressão desse regime, tendo em vista a quantidade de pena já cumprida.

Informações prestadas às fls. 67-114.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 167-171, pelo conhecimento parcial e a denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 203.000 - SP (2011/0078347-2)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus "como substitutivo de recurso no processo penal"*. Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido na impetração ante a possibilidade de existência de flagrante constrangimento que justifique a concessão de *habeas corpus* de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao que se verifica, ante a fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, inexistente o alegado constrangimento ilegal apontado na fixação da pena-base, pois consta dos autos que a decisão que estabeleceu a reprimenda encontra-se concretamente fundamentada, aplicando corretamente o artigo 59 do Código Penal, uma vez que a culpabilidade é um dos vetores a ser analisado neste momento da dosimetria; sendo, portanto, elemento hábil para dosagem da pena.

No caso, as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) não são plenamente favoráveis ao paciente, o magistrado destacou a acentuada culpabilidade do agente, tendo a sentença demonstrado, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade de fixação da pena-base 1 (um) ano acima do mínimo legal.

No caso, destacou o magistrado de primeiro grau que:

Na dosagem da pena devem ser levadas em consideração as diretrizes do art. 59 do Código Penal. Até então, nenhum dos três réus apresentavam antecedentes criminais. (fls. 78/80), ainda assim, merecedores de pena-base exasperada, porque revelaram acentuado dolo, com a premeditação da presente prática criminosa, agindo no início da noite, quando naturalmente menor a possibilidade de reação por parte da vítima. Por isso cada um dos réus suportará pena-base fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, nos termos do art. 33, 3º, do Código Penal, único adequado a roubadores, como os réus que revelaram periculosidade e 12 dias-multa, diária mínima e valor total da pena de multa atualizado em consonância com o art. 49, § 2º, do Código Penal.

Como visto, o julgador ao realizar a individualização da pena, de forma correta e razoável, considerou as peculiaridades do caso concreto para aplicação da pena, não havendo abuso evidente que justifique a alteração da reprimenda, uma vez que a pena-base se mostra adequada e proporcional.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO VALORADAS NEGATIVAMENTE. QUANTUM DA REPRIMENDA INFERIOR A 04 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33 DO CP. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM CONCEDIDA.

[...]

V. **O reexame da dosimetria em sede de mandamus 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.**

VI. Nos termos disciplinados no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

VII. A imposição de regime prisional mais severo do que o quantum da pena autoriza requer fundamentação idônea, o que não se vislumbra no acórdão recorrido, mormente por se tratar de sanção fixada no mínimo legal. Inteligência das Súmulas 440, desta Corte, 718 e 719 do STF.

VIII. Deve ser permitido ao paciente o desconto de sua reprimenda no regime prisional aberto, devendo o Tribunal a quo analisar os requisitos legais e aferir a possibilidade da substituição por medidas restritivas de direitos, mantendo-se, no mais, o decreto condenatório.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (HC 235.025/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 12/06/2012).

HABEAS CORPUS. NARCOTRAFICÂNCIA (LEI 11.343/06, ART. 33, CAPUT, C/C § 4º). DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (5 ANOS E 6 MESES). PENA APLICADA: 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, RECONHECIDAS AS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CULPABILIDADE INTENSA. PEDIDO DE INCREMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA PREVISTA NO ART. 33, § 4º. DA LEI 11.343/06. INADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO NA VIA ELEITA. REDUÇÃO EM 1/2 JUSTIFICADA NA QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA (0,35 GRAMAS DE CRACK E 25 PAPELOTES DE COCAÍNA, TOTALIZANDO 8,7 GRAMAS). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. **Inicialmente, adverte-se que a revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias na ação de Habeas Corpus, segundo a jurisprudência pacífica desta Corte, somente é admitida em situações excepcionais, quando constatado evidente abuso ou ilegalidade, passível de conhecimento sem maiores digressões sobre aspectos fáticos ou subjetivos. Precedentes.**

2. **É possível a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, desde que a decisão esteja corretamente fundamentada, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal. No caso dos autos, foi considerada desfavorável, de forma fundamentada e com base em elementos concretos, a culpabilidade, sendo correta, portanto, a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal.**

3. Mostra-se inadmissível, na estreita via cognitiva do Habeas Corpus, o incremento da redução para a fração máxima de 2/3, por aplicação do art. 33, § 4º. da Lei 11.343/06, diante da exigência de revolvimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

matéria fática. Precedentes do STJ.

4. Ademais, embora o paciente seja primário e sem antecedentes criminais, tal como reconhecido pelo Tribunal de origem, a qualidade da droga apreendida (0,35 gramas de crack e 25 papelotes de cocaína, totalizando 8,7 gramas) justifica a diminuição em 1/2, eis que adequada à finalidade repressiva e educativa da pena.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. Ordem denegada. (HC 167.096/MG, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, DJe 2.8.2010).

Com relação a majoração das causas de aumento de pena, melhor não sorte assiste a defesa, pois se busca na presente impetração a aplicação da majorante do § 2º do art. 157 no seu mínimo legal de 1/3 (um terço), ao argumento de que a exasperação em 3/8 foi feita com base, tão somente, no número de majorantes.

No caso, o magistrado singular, na terceira fase da dosimetria da reprimenda, assim consignou:

Com fundamento legal no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, aumentam-se as penas dos réus 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, não se esquecendo que a majorante do concurso de três agentes, quando dois já ensejariam o seu reconhecimento, o que merece fazer sensível, o mesmo quanto ao tipo de arma usada, de fogo, potencialmente mais letal do que outras, por exemplo, chamadas brancas.

No caso sob apreciação, constata-se que o magistrado de primeiro grau, utilizou-se de fundamentação concreta para justificar a elevação das causas de aumento de pena. A exasperação acima do mínimo legal é indevida quando feita, unicamente, com fundamento no número de majorantes, o que não foi o caso. A fundamentação da sentença para exasperação da pena, na terceira fase de sua aplicação, se deu em razão de circunstâncias concretas, como o número significativo de agentes (três) e a utilização de arma de fogo, potencialmente mais letal do que outros tipos de arma que poderiam ser utilizados pelos agentes. Tal situação excede os limites normais do tipo penal, não havendo se falar em gravidade abstrata do delito, o que, por si só, afasta a aplicação do enunciado 443/STJ.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REAPRECIAÇÃO DAS PROVAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar 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. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

2. Na hipótese, o acréscimo da pena implementado em 2/5 (dois quintos), em decorrência da aplicação das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, restou concretamente fundamentado. Foram consideradas as circunstâncias de terem sido as ações cometidas por quatro agentes e com o efetivo emprego de arma, o que demonstra, de forma idônea, uma maior grau de reprovabilidade da conduta. Precedentes.

3. Nos termos do art. 71 do Código Penal, o delito continuado evidencia-se quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, comete mais de um crime da mesma espécie. Necessário também que os delitos guardem conexão no que diz respeito ao tempo, ao lugar, à maneira de execução e a outras características que façam presumir a continuidade delitiva.

4. No caso em apreço, não é possível, na via exígua do writ, proceder a amplo reexame dos fatos e das provas carreadas aos autos para se reconhecer a continuidade delitiva, sobretudo se a instância ordinária, soberana na análise fática da causa, restou convicta quanto à configuração, na verdade, do concurso material de crimes, afastando, portanto, a aplicação do referido instituto.

5. O regime fechado é obrigatório em caso de condenação à pena superior a 8 anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2.º, "a", do Código Penal.

6. Ordem denegada. (HC 219.774/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 2.3.2012).

Já em relação à fixação do regime inicial fechado para o cumprimento das penas impostas, também não vislumbro a existência de constrangimento ilegal, haja vista que as instâncias anteriores, aplicaram a pena-base acima mínimo legal, não deixando de alinhar as circunstâncias fáticas aptas a ensejar o regime inicial mais gravoso.

Verifica-se que o delito teria sido perpetrado com ousadia, mediante o emprego de arma e em concurso de agentes, tendo as circunstâncias do crime embasado a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, fato que afastou a aplicação da súmula 440 desta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior.

Apenas a título de argumentação, ainda que a pena-base tivesse sido fixada no seu mínimo legal, tal condição seria necessária, mas não suficiente, para a fixação do regime mais brando ou intermediário. A fundamentação feita segundo gravidade concreta do delito afasta a aplicação do Enunciado 440/STJ. No caso sob apreciação, diante da fundamentação apresentada, é de rigor a imposição do regime estabelecido pelas instâncias originárias.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. 2. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ORDEM DENEGADA.

1. A imposição do regime mais gravoso, fundamentado na existência de circunstâncias que evidenciam a gravidade concreta do delito, afasta a aplicação dos enunciados sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

2. Segundo o entendimento desta Corte, a presença de duas qualificadoras pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de um terço, desde que as circunstâncias do caso concreto assim o justifiquem.

3. O critério para a majoração da pena não é a quantidade de causas de aumento incidentes na espécie, mas a maior reprovabilidade revelada nas circunstâncias.

4. Ordem denegada. (HC n. 188.983/SP, Relatora Min. Maria Thereza De Assis Moura, DJe de 22/6/2011).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REPRIMENDA INFERIOR A OITO ANOS. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL FECHADO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE.

1. Na linha da jurisprudência desta Corte, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza não só a fixação da pena-base acima do patamar mínimo, mas também o estabelecimento de regime prisional mais gravoso.

2. No caso, embora a pena privativa não alcance 8 (oito) anos de reclusão, o regime fechado foi imposto não somente com base nas peculiaridades do caso e na gravidade concreta da conduta, como também em virtude das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, o que justifica a opção pelo regime fechado para o início de cumprimento da privativa de liberdade, a teor do que disciplina o art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Ordem denegada. (HC 156.035/SP, Relator Ministro Og Fernandes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJe de 2/8/2010).

Com efeito, correta a aplicação do artigo 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, pelas instâncias originárias, não merecendo qualquer reparo a ser feito por nesta via.

O pedido referente a progressão de regime, em razão do tempo de pena já cumprido, não pode ser conhecido, uma vez que não foi submetido ou apreciado pelas instâncias originárias. A apreciação deste ponto por esta Corte Superior caracterizaria indevida supressão de instância.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0078347-2

HC 203.000 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4452009 50090207041 990101573008

EM MESA

JULGADO: 26/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: PAULO ARTHUR ARAÚJO DE LIMA RAMOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JACKSON VIEIRA MENDES
PACIENTE	: SAMUEL JOSADAQUE LEMES
CORRÉU	: EUDMAR DA COSTA

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."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.