



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.666 - SP (2010/0082432-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOSÉ ALDREDO DE ANDRADE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PEREIRA DIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO MAJORADO. ARMA E CONCURSO DE AGENTES. PARECER MINISTERIAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA. OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. TERCEIRA FASE. MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443/STJ. APLICAÇÃO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. AFASTADA SÚMULA 440/STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– Não há falar em nulidade do processo, pelo fato de, no julgamento no julgamento da apelação, a Defensoria Pública não ter sido intimada para se manifestar sobre o teor do parecer ministerial, oferecido em Segunda Instância. Isso porque a manifestação ministerial, como *custos legis*, no Segundo Grau, advém do seu papel de fiscalizador do exato cumprimento da lei, não atuando como parte da relação processual.

– Consoante jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, é indevida a exasperação da pena acima do mínimo legal com base unicamente no número de majorantes incidentes. Súmula n. 443/STJ.

– A escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

– O delito foi perpetrado com ousadia, dentro de um ônibus coletivo, com emprego de arma e em concurso de agentes, inclusive sendo desferido golpes de faca contra uma das vítimas. Pode-se apontar que a fixação da pena-base no mínimo legal é condição necessária, mas não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente, para o regime mais brando ou intermediário, sendo de rigor a imposição do regime considerado pelas instâncias originárias. Súmula 440/STJ afastada.

– Ordem concedida de ofício para reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à majoração da pena no patamar de 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda do paciente para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 8 (oito) dias multa, mantidos os demais termos do acórdão atacado.

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, conceder a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. 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, 05 de março de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.666 - SP (2010/0082432-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOSÉ ALDREDO DE ANDRADE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PEREIRA DIAS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública em favor de LEANDRO PEREIRA DIAS contra acórdão proferido pela 14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos de Apelação nº 993.06.075774-1.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, c/c artigo 14, ambos do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 10 (dez) dias-multa.

A Corte originária, dando parcial provimento ao recurso de apelação, reduziu as penas para 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 8 (oito) dias-multa.

Nesta Corte Superior, a Defensoria sustenta, preliminarmente, que o acórdão deve ser considerado nulo, em razão de não ter sido oportunizada a manifestação da defesa em momento posterior ao parecer da Procuradoria de Justiça. No mérito, alega que a redução da pena efetivada pela Corte de origem foi insuficiente, tendo a majoração ocorrido, unicamente, por critérios matemáticos, em razão da presença de duas causas de aumento de pena. Pugna, por fim, pelo estabelecimento do regime semiaberto.

Liminar deferida à fl. 59.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 66-72, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 171.666 - SP (2010/0082432-0)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta 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

Preliminarmente, conforme relatado, pretende-se a concessão da ordem, a fim de que seja reconhecida a nulidade do processo, por falta de manifestação da impetrante, após o parecer ministerial, em Segundo Grau.

Por primeiro, cabe destacar que esse ponto não foi submetido ou apreciado no acórdão atacado, circunstância que impede o conhecimento do tema por este Tribunal Superior, vedada a supressão de instância.

Ainda que assim não fosse, não há falar em nulidade do processo, pelo fato de, no julgamento no julgamento da apelação, a Defensoria Pública não ter sido intimada para se manifestar sobre o teor do parecer ministerial, oferecido em segunda instância, pois a manifestação ministerial, como *custos legis*, no segundo grau, advém do seu papel de fiscalizador do exato cumprimento da lei, não atuando como parte da relação processual.

A propósito, os seguintes julgados, de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção do STJ:

HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. PARECER EM SEGUNDA INSTÂNCIA. ATUAÇÃO COMO FISCAL DA LEI. INEXISTÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A previsão de manifestação do Ministério Público em segunda instância, contida no art. 610 do Código de Processo Penal, decorre de sua função de fiscal da lei, o que não se confunde com a atribuição de titular da ação penal pública, a teor do que preconiza o art. 257 do mesmo diploma legal.

2. Assim, após a manifestação ministerial não há falar em contraditório a ser exercido pela defesa, visto que, quando o Ministério Público atua como custos legis, não compõe nenhum dos polos da relação processual, ainda que se oponha às teses trazidas pelo réu.

3. Ordem denegada. (STJ, HC 196.025/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 15.6.2011).

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. 1. NULIDADE DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA LEI. OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. 3. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar a tese de nulidade do recebimento da denúncia, se não foi submetida a exame das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instâncias ordinárias, sob pena de supressão de instância.

2. Após a manifestação do Ministério Público em segunda instância, na condição de fiscal da lei, não há contraditório a ser assegurado, pois o parecer não possui natureza de ato da parte. Precedentes. [...]

5. Habeas corpus conhecido parcialmente e, nessa extensão, ordem concedida em parte, acolhido o parecer e ratificada a liminar, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, uma vez que não foi fundamentada a imposição de regime inicial mais gravoso. (STJ, HC 166.633/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 15.6.2011).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SUPOSTA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARIDADE DAS ARMAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. PARECER MINISTERIAL OFERECIDO EM SEGUNDO GRAU. ATUAÇÃO COMO CUSTOS LEGIS. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1. Em segundo grau, ressalvados os casos de ação originária, o Ministério Público Estadual atua, ao oferecer parecer, como fiscal da lei, conforme expressamente previsto no artigo 610, do Código de Processo Penal.

2. Não há, no caso dos autos, que se falar em dupla manifestação do Ministério Público e, por consequência, na violação ao princípio da "paridade de armas", pois a atuação do Ministério Público Estadual, em primeiro grau, como titular da ação penal, no momento em que apresenta as contrarrazões do apelo defensivo, difere daquela do Procurador de Justiça que, em segundo grau, atua como custos legis, oferecendo parecer ministerial.

3. Ordem denegada. (STJ, HC 127.961/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 19.12.2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PARIDADE DAS ARMAS. PARECER OFERECIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. ATUAÇÃO COMO CUSTOS LEGIS. IMPARCIALIDADE.

1. No caso, o Ministério Público, ao oferecer as contrarrazões, atuou como parte na ação penal e, ao manifestar-se, exarando parecer, o fez na qualidade de custos legis, ou seja, como fiscal da lei.

2. Não há falar em contraditório a ser exercido pela defesa, após apresentação de parecer ministerial, pois, quando o Ministério Público atua como custos legis, seu pronunciamento é isento, não vinculando a decisão proferida pelo órgão julgador.

3. Ordem denegada. (HC 129765/SP, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu – Desembargador convocado do TJ/RJ, Quinta Turma, DJe de 3.2.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mérito busca-se na presente impetração a aplicação da causa de aumento 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:

Passo, portanto, à dosimetria da pena, nos termos do artigo 59 e 68 do Código Penal.

Fixo a pena-base do crime de roubo em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, tendo em vista não serem os réus reincidentes (fls. 58/59). Em virtude da verificação das qualificadoras do emprego de arma e do concurso de agentes, aumento a pena em 1/2, passando-a para 06 anos de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Por fim, em vista da figura tentada e considerando que embora os réus não tenham obtido a posse tranqüila da coisa "res furtiva" em virtude da reação da vítima foi esta atingida por uma facada desferida por um dos roubadores, tendo percorrido os acusados, portanto, boa parte do 'iter criminis', diminuo a pena em 1/3, tornando-a definitiva em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, à falta de outras causas de modificação.

Tendo em vista tratar-se de crime grave, isto é, por roubo duplamente qualificado, bem como considerando que os acusados não assumiram sua responsabilidade pelo crime praticado, nem mostraram arrependimento, fatos que representam indícios de periculosidade, iniciarão os réus o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado.

Descabe, por fim, a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, por estarem ausentes os requisitos do artigo 44, III, do Código Penal, visto que o fato de os réus terem dado cobertura a seu comparsa adolescente, quando este desferiu golpe de faca contra a vítima por não conseguir obter alguns passes de ônibus e algum dinheiro que havia em seu caixa, demonstra um flagrante desvalor relativamente à vida alheia, impeditivo da concessão de penas alternativas.

O Tribunal de origem, dando parcial provimento ao recuso defensivo, mantendo a fundamentação da primeira instância, reduziu a exasperação para (três oitavos), nos seguintes termos:

"Assim, fixada a pena-base no mínimo legal de 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, impõe-se o aumento de 3/8 - e não de metade como determinado na r. sentença -, que resulta em 05 anos e 06 meses de reclusão, mais 13 dias-multa. Reduzida a pena, em seguida, de 1/3 pela tentativa, o total é de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 08 (oito) dias-multa."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Melhor sorte assiste à defesa neste ponto, uma vez que, consoante jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, é indevida a exasperação da pena acima do mínimo legal com base unicamente no número de majorantes incidentes. Referido entendimento está sumulado por esta Corte:

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.

Verifica-se que outra não foi a fundamentação da sentença, mantida pelo acórdão recorrido, para elevar a pena na terceira fase de sua aplicação, que não a incidência das causas de aumento de pena, quais sejam, emprego de arma, concurso de pessoas, o que vai de encontro ao entendimento deste Tribunal.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

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, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

2. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso.

Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, fixar a pena em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto (HC 244.157/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 9.10.2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. 1.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 2. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA 3. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA N.º 443, DESTA CORTE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais. Súmula n.º 444 do STJ.

2. No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula 443 do STJ.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir as penas dos pacientes para 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, bem assim ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, mantendo-se os demais termos da condenação. (HC 198.193/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 11.6.2012).

Dessa forma, imperioso o redimensionamento da pena, com a majoração, decorrente das causas de aumento de uso de arma e concurso de pessoas, no mínimo legal de 1/3 (um terço), o que resulta em uma pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 8 (oito) dias multa.

Já em relação à fixação do regime inicial fechado para o cumprimento das penas impostas, não vislumbro a existência de constrangimento ilegal, haja vista que as instâncias anteriores, por mais que tenham sufragado a pena-base no mínimo legal, não deixaram de alinhar circunstâncias fáticas aptas a ensejar o regime inicial mais gravoso.

No caso, a sentença condenatória, mantida pelo Tribunal a quo, consignou que:

Tendo em vista tratar-se de condenação por crime grave, isto é, por roubo duplamente qualificado, bem como considerando que os acusados não assumiram sua responsabilidade pelo crime praticado, nem mostraram arrependimento, fatos que representam indícios de periculosidade, iniciarão os réus o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, único



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adequado à espécie.

Verifica-se que o delito foi perpetrado com ousadia, dentro de um ônibus coletivo, com emprego de arma e em concurso de agentes, inclusive sendo desferido golpes de faca contra uma das vítimas. Pode-se apontar que a fixação da pena-base no mínimo legal é condição necessária, mas não suficiente, para o regime mais brando ou intermediário, sendo de rigor a imposição do regime adotado pelas instâncias originárias.

Cabe destacar que a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

Em situações como a presente, eis compreensão firmada por esta Corte Superior:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. CP, ART. 157, § 2.º, I, II e V. PENA DEFINITIVA NÃO SUPERIOR À 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros precedentes, assentou o entendimento de que a menção genérica à gravidade do delito, afastada de um contexto que demonstre prejuízo concreto na conduta perpetrada, não serve para justificar a imposição de regime mais severo do que aquele legalmente previsto.

2. Todavia, faz-se perfeitamente possível a fixação de regime prisional inicial mais gravoso, quando assim o recomende a gravidade concreta do delito, nitidamente delineada pelo emprego de desmedida violência moral e mental empregada pelo agente do delito, que ultrapassa o dolo normal à espécie (Precedentes: AgRg no HC n.º 214.352/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 29/06/2012 e HC n.º 178.284/SP, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 01/07/2011).

3. In casu, foi apurado crime de roubo, praticado por grupo armado, de 5 pessoas, das quais quatro restaram presas em flagrante, com emprego de arma de fogo, limitação da liberdade de ir e vir das vítimas e cometimento de agressões contra as mesmas.

4. Hipótese em que apesar de serem os pacientes primários, possuidores de bons antecedentes, e de terem eles suas respectivas penas-base fixadas no mínimo legal, revela-se perfeitamente cabível, pelas peculiaridades do caso concreto, a fixação do regime inicial fechado. A opção por esse regime mais severo não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas na gravidade concreta, evidenciada a partir do excesso de violência empregado pelos agentes.

5. Ordem denegada. (HC 217.729/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira – Desembargadora convocada do TJ/PE, Sexta Turma, DJe de 11/10/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DE PENA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ESCOLHA DO QUANTUM DE AUMENTO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

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

2. Verificando-se que a imposição e manutenção da fração de aumento de 3/8 (três oitavos), na terceira etapa da dosimetria, não foi apenas com base na quantidade de majorantes, mas em razão das particularidades do caso concreto - emprego de duas armas brancas na execução do crime e presença de três agentes -, indicadoras da necessidade de maior reprovabilidade, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita.

PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. FORMA FECHADA. GRAVIDADE CONCRETA E PERICULOSIDADE DOS AGENTES. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA.

1. Tendo as instâncias ordinárias concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento de pena, diante da gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - mediante o concurso de três agentes e o emprego de duas armas brancas - reveladoras da maior periculosidade dos agentes, não há ilegalidade na manutenção do modo fechado para o resgate da sanção.

2. Ordem denegada. (HC 224.203/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 20.6.2012)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício, unicamente, para reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à majoração da pena no patamar de 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda do Paciente para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais 8 (oito) dias multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0082432-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 171.666 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13962004

50040776379

9062103

993060757741

EM MESA

JULGADO: 05/03/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOSÉ ALDREDO DE ANDRADE FILHO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PEREIRA DIAS (PRESO)
CORRÉU : LEONARDO SANTOS DE MOARAES
CORRÉU : LEONARDO SANTOS DE MORAES

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, concedeu a ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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