



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.095 - SP (2013/0363467-3)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO BATISTA LEAL

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. CONDENAÇÃO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. 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.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da pena 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.

5. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a aplicação da pena-base acima do mínimo legal autorizam a fixação do regime inicial fechado, não obstante a quantidade de pena definitiva estabelecida (inferior a 08 anos). Inteligência do art. 33, § 3.º, do Código Penal.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, bem como para reduzir a fração da majorante aplicada na terceira fase de 3/8 para 1/3, fixando a reprimenda em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 10 (dez) dias multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.095 - SP (2013/0363467-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO BATISTA LEAL

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ :

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de EDUARDO BATISTA LEAL em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - Tentativa de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - Impossibilidade. Materialidade delitiva e autoria comprovadas. Confissão em consonância com a prova oral - AFASTAMENTO DO CONCURSO DE AGENTES - Descabimento. Apelante que agiu em conluio com menor, tendo este viabilizado sua fuga, caracterizando referida causa de aumento - PENA - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 61, I, DO CP - Inocorrência. Instituto da reincidência que guarda relação e reafirma os princípios da proporcionalidade e isonomia material, recepcionado, assim pela CF/1988 - Agravante da reincidência que prepondera sobre a atenuante da confissão - ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS - Inadmissibilidade. Pleito que deve ser direcionado ao Juízo da Execução - Recurso não provido." (fl. 150)

O Paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal. Isto porque, em concurso de agentes, subtraiu, mediante violência e grave ameaça exercida com arma de fogo, a quantia de R\$ 244,00 (duzentos e quarenta e quatro reais) em dinheiro.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação. A Corte *a quo*, contudo, negou provimento ao recurso.

Neste *writ*, defende-se a compensação da circunstância atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, bem como a fixação do percentual de aumento de pena, na terceira fase, pela presença duas majorantes do delito de roubo agravado, de 3/8 para 1/3. Por fim, sustenta que o regime inicial fechado foi aplicado sem fundamentação idônea.

Requer-se, liminarmente e no mérito, a reforma da dosimetria da pena nos pontos acima indicados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido de liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fls. 228/229.

As judiciosas informações foram prestadas pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, com a juntada de peças pertinentes à instrução do feito, às fls. 236/264.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 268/271, pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pelo parcial provimento.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.095 - SP (2013/0363467-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. CONDENAÇÃO. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. *WRIT* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. 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.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da pena 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.

5. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a aplicação da pena-base acima do mínimo legal autorizam a fixação do regime inicial fechado, não obstante a quantidade de pena definitiva estabelecida (inferior a 08 anos). Inteligência do art. 33, § 3.º, do Código Penal.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para compensar a reincidência com a confissão espontânea, bem como para reduzir a fração da majorante aplicada na terceira fase de 3/8 para 1/3, fixando a reprimenda em 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 10 (dez) dias multa.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “**habeas corpus**”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto** constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis.” (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

“Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS.” (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, narram os autos que o Paciente foi condenado à pena de 04 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Primeiramente, o Juízo processante proferiu sentença condenatória com a seguinte fundamentação, *in verbis*:

"[...]

O réu ostenta duas condenações anteriores com trânsito em julgado, considerando-se a primeira (Processo 885/990 – 1ª Vara Criminal de Guarulhos) para efeitos do artigo 59 do Código Penal, com acréscimo de 1/6 sobre a pena base, somando quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias multa. A reincidência, nos termos do artigo 61, I, do Código Penal (Processo 2384/02 – 2ª Vara Criminal de Guarulhos), pelo disposto no artigo 67 do Código Penal, prepondera sobre a circunstância atenuante genérica da confissão espontânea, prevista no artigo 65, III, "d", Do Código Penal, conforme disposto no artigo 67 do Código Penal, impondo-se o segundo acréscimo de 1/6, em cinco anos, cinco meses e dez dias de reclusão e doze dias multa. Não há outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar. Pelas duas causas de aumento de pena (§ 2º, I e II, art. 157), incide o acréscimo de 3/8, somando sete anos, cinco meses e vinte e cinco dias de reclusão e dezesseis dias multa. Reconhecida a tentativa, considerado o "iter criminis" percorrido pelo réu, que exerceu grave ameaça contra a vítima e obteve a posse transitória do dinheiro subtraído, sendo demitido quando prestes a consumir o crime, aplicável a redução mínima de 1/3, totalizando as penas de quatro anos, onze meses e vinte e seis dias de reclusão e dez dias multa.

[...]

O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, considerada a natureza do crime praticado mediante grave ameaça contra pessoa, a revelar periculosidade do criminoso, que é reincidente em crime doloso.

[...]" (fls. 109/110)

O Tribunal *a quo* manteve a decisão de primeiro grau em todos os seus termos, consignando:

"(...)No que toca à reprimenda, a pena-base foi corretamente majorada em 1/6 em virtude dos maus antecedentes (fls. 07 do apenso).

Na segunda etapa, presentes a agravante da reincidência (fls. 08 do apenso) e a atenuante da confissão, houve a preponderância daquela primeira, do que resultou um acréscimo de 1/6.

Primeiramente, sobre o pretendido reconhecimento de inconstitucionalidade do instituto da reincidência, insta reafirmar sua harmonia com a ordem constitucional vigente.

Não revela inconstitucionalidade considerar-se a reincidência como agravante ou como empecilho para qualquer que seja a benesse, pois,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como concebida, a reincidência se alicerça nos princípios constitucionais da isonomia e da proporcionalidade, tratando de maneira desigual os desiguais em sua exata medida.

Não por outro motivo que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, manifestou-se no sentido da recepção da reincidência pela Constituição Federal de 1988. Veja-se: (...)

Em relação à atenuante da confissão, observa-se que a sentença expressamente a reconheceu, haja vista o apelante ter admitido o cometimento do delito na íntegra.

Por outro lado, e bem andou o magistrado, nos termos do art. 67 do Código Penal, a reincidência preponderou sobre a circunstância atenuante da confissão, de modo que o aumento em 1/6 mostrou-se adequado e, portanto, fica mantido.

Na última etapa, adequadas a majoração em 3/8 pelas duas causas de aumento e redução pela tentativa em 1/3, frações estas que sequer foram questionadas pela defesa.

O regime inicial fixado está em conformidade com os fatos retratados, pois o delito foi cometido com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes evidencia a periculosidade e ousadia do apelante." (fls. 250/253)

Primeiramente, insta salientar que a matéria relativa à compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência é questão controvertida na jurisprudência e doutrina pátrias, tendo sido objeto de divergência também no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, a Terceira Seção desta Corte Superior, 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.

Confira-se, por oportuno, o teor do Informativo n.º 498, *litteris*:

"REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO.

*A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação. **EREsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 23/5/2012.**"*

Na mesma linha de orientação, acena a jurisprudência de Supremo Tribunal Federal, consoante se verifica do julgamento do HC n.º 101.909/MG, da relatoria do Exm.º Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AYRES BRITTO, destacado no Informativo/STF n.º 656, *in verbis*:

"A 2ª Turma, ao reconhecer, na espécie, o caráter preponderante da confissão espontânea, concedeu habeas corpus para determinar ao juízo processante que redimensionasse a pena imposta ao paciente. No caso, discutia-se se esse ato caracterizaria circunstância atenuante relacionada à personalidade do agente e, portanto, preponderante nos termos do art. 67 do CP ("No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência"). Inicialmente, acentuou-se que a Constituição (art. 5º, LXIII) asseguraria aos presos o direito ao silêncio e que o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, g) institucionalizaria o princípio da não autoincriminação — nemo tenetur se detegere. Nesse contexto, o chamado réu confesso assumiria postura incomum, ao afastar-se do instinto do autoacobertamento para colaborar com a elucidação dos fatos, do que resultaria a prevalência de sua confissão. Em seguida, enfatizou-se que, na concreta situação dos autos, a confissão do paciente contribuíra efetivamente para sua condenação e afastara as chances de reconhecimento da tese da defesa técnica no sentido da não consumação do crime. Asseverou-se que o instituto da confissão espontânea seria sanção do tipo premial e que se assumiria com o paciente postura de lealdade. Destacou-se o caráter individual, personalístico dos direitos subjetivos constitucionais em matéria criminal e, como o indivíduo seria uma realidade única, afirmou-se que todo o instituto de direito penal que se lhe aplicasse, deveria exibir o timbre da personalização, notadamente na dosimetria da pena."

Ademais, no que concerne ao aumento decorrente das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, verifica-se o irregular acréscimo da pena implementado em 3/8, acima do mínimo legal, que é de 1/3, sem a imprescindível fundamentação.

Com efeito, cumpre ressaltar que a presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é razão obrigatória de majoração da punição 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 foi realizado na espécie.

O referido entendimento, a propósito, restou consolidado no enunciado n.º 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, *ad litteram*:

"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."

Deve, portanto, na terceira fase da aplicação da pena, ser retificado o aumento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3.

Dessa forma, passo a readequar a pena *sub examine*.

Na primeira fase, mantém-se a pena-base acima do mínimo legal, conforme estabelecido pelas instâncias ordinárias, em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias multa.

Na segunda fase, compensa-se a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Na terceira etapa, deve ser retificado o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, passando a reprimenda para 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias multa.

Por fim, mantida a fração de redução pela tentativa em 1/3, fixo definitivamente a pena em **04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e o pagamento de 10 (dez) dias multa.**

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, observa-se que a pena-base do Acusado foi fixada acima do mínimo legal, o que autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso, nos termos dos arts. 33, § 3.º, e 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTE E USO DE ARMA. EXASPERAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS CONCRETOS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS, MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- A escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum na pena corporal imposta, devendo ser observadas todas as circunstâncias do caso concreto, sobretudo as contidas no art. 59 do CP.

- Não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial mais gravoso ao condenado à pena inferior a 8 anos de reclusão quando presente circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes).

- Habeas corpus não conhecido." (HC 177.122/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 25/02/2013)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

[...]

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentação idônea, correta a estipulação do regime inicial mais gravoso, conforme autorizado pelo § 3º do art. 33 do Código Penal.

4. Ordem denegada." (HC 96.379/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008; grifei.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Porém, CONCEDO *HABEAS CORPUS*, de ofício, para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, bem como para reduzir a fração da majorante da pena para 1/3, nos termos acima já explicitados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0363467-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.095 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00576232020098260224 20130000451604 20442009 576232020098260224 990101641216

EM MESA

JULGADO: 06/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO BATISTA LEAL

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.