



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.834 - SP (2016/0329576-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLERISTON GEORGE VIEIRA MACENA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. CONTUDO, AUMENTO DA DESPROPORCIONALIDADE. REDIMENSIONAMENTO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva de *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante 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, desproporcionalidade no *quantum* ou erro na aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

- Com efeito, a jurisprudência desta Corte entende que a gravidade concreta da conduta pode ser considerada na primeira fase da dosimetria para elevar a pena-base acima do mínimo, realizando o julgador, assim, a necessária dosimetria e individualização da pena.

- No caso, a pena-base foi exasperada em razão da consideração negativa das circunstâncias do delito, em que os agentes planejaram previamente toda a ação delitiva, inclusive, havendo distribuição específica de tarefas a cada um dos envolvidos. Contudo, não obstante os argumentos apresentados se prestem a exasperar a pena-base, o aumento não pode ser desarrazoado, há que se guardar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proporcionalidade entre as circunstâncias judiciais e o *quantum* de aumento. Nos autos, pode-se dizer que a majoração da pena foi desproporcional, devendo ser redimensionada a pena-base.

– Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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 hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime – cinco agentes envolvidos na empreitada criminosa, com emprego de arma de fogo e restrição da liberdade das vítimas por mais de duas horas. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Não obstante a condenação tenha sido reduzida para patamar superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias judiciais não são favoráveis ao paciente, razão pela qual mantém-se o regime inicial fechado.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2017 (Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.834 - SP (2016/0329576-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLERISTON GEORGE VIEIRA MACENA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CLERISTON GEORGE VIEIRA MACENA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0095709-92.2012.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II e V, do Código Penal (e-STJ fls. 23/38).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 62/71).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/9), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que: *a*) exasperou a pena-base em 3/4, *quantum* que entende desproporcional para as circunstâncias sopesadas, que são predominantemente favoráveis, devendo o incremento ser reduzido para 1/6; e *b*) aumentou a pena em 1/2, na terceira fase da dosimetria, com base na indicação do número de majorantes, o que vulnera o enunciado da Súmula n. 443/STJ, devendo a fração de aumento ser alterada para 1/3.

Em consequência, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena do paciente.

O pedido liminar foi indeferido às fls 75/76.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 127/132, pela concessão da ordem:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. ROUBO MAJORADO. AUMENTO DA PENA EM METADE COM BASE EXCLUSIVAMENTE NO NÚMERO DE AGRAVANTES. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ. PRECEDENTES DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO PARA QUE SEJA REDIMENSIONADA A PENA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.834 - SP (2016/0329576-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ 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 do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento do constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, bem como no aumento da pena em 1/2, na terceira fase da dosimetria, tendo como fundamento apenas o número de majorantes, violando o enunciado n. 443 da Súmula desta Corte Superior.

Com efeito, em relação à dosimetria realizada, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

Para melhora análise das questões levantadas no presente *writ*, transcrevo o que foi consignado pelas instâncias ordinárias ao realizar a dosimetria pena:

Atendendo as diretrizes contidas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base para os réus em 07 (sete) anos de reclusão e multa de 17 (dezesete) dias-multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do delito, com correção monetária desde aquela época, pois agiram com dolo intenso, não agindo de maneira improvisada, mas ao contrário, bem organizada, planejando com antecedência a prática do crime, com distribuição de tarefas, envolvendo terceiros que não tinham conhecimento da empreitada, buscando lucro fácil, realizando conduta social desregrada, incompatível com o viver em sociedade.

Deixo de agravar a pena em razão da reincidência do acusado Cleriston George Vieira Macena (certidão criminal de fls. 4/5 do apenso próprio), em face da confissão realizada. Observando que os demais acusados não são reincidentes, atenuo a pena acima fixada em 01 (um) ano de reclusão em 03 (três) dias multa, calculados como acima descrito, em face da confissão realizada, ainda que na fase inquisitiva, como se observa em relação ao réu Jean Anderson Oliveira de Souza.

Em face das qualificadoras acima mencionadas, aumento a pena fixada em 1/2, pois eram muitos os roubadores que, agindo em conjunto, privaram da liberdade os ofendidos, com exibição de armas de fogo, por mais de três horas, impedindo-os de qualquer reação.

Não existem outras causas de aumento ou diminuição de pena a considerar.

Conforme se observa dos trechos supracitados, na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi exasperada em razão da consideração negativa das circunstâncias do delito, em que os agentes planejaram previamente toda a ação delitiva, inclusive, havendo distribuição específica de tarefas a cada um dos envolvidos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, a conduta delitiva revela alto grau de organização e prévio planejamento, fatores imprescindíveis para o êxito da ousada subtração de 35 mil peças para implantes dentários, avaliados em R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), circunstância que merece especial e gravosa exasperação.

Ressalta-se que a jurisprudência desta Corte entende que a gravidade concreta da conduta pode ser considerada na primeira fase da dosimetria para elevar a pena-base acima do mínimo, realizando o julgador, assim, a necessária dosimetria e individualização da pena.

Nesse sentido, confira-se, da minha relatoria:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DEMONSTRAM MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA DO PACIENTE. VIOLÊNCIA EXACERBADA. ATENUANTES. PLEITO POR FIXAÇÃO DE PATAMAR ACIMA DE 1/6. FRAÇÃO QUE SE MOSTROU RAZOÁVEL. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO APLICAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- No caso, a pena-base foi exasperada com fundamentação idônea, porquanto baseada em circunstâncias concretas, tendo em vista que o paciente, com mais três comparsas, adentrou a residência da vítima, munido com arma de fogo, rendeu, amarrou as vítimas e desferiu socos e ponta-pés em uma delas. Dessa forma, não verifico desproporcionalidade na exasperação da pena-base, tendo em vista que a penalidade guarda proporção com o ato praticado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Sabe-se que "o Código Penal não estabelece frações fixas de aumento ou diminuição da pena quando do reconhecimento de atenuantes, sendo dever do magistrado, com base em elementos concretos dos autos, determiná-las de forma fundamentada" (AgRg no REsp 1362030/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 19/11/2015).
- Nessa linha, a jurisprudência do STJ tem se consolidado no sentido de reconhecer que, não obstante a legislação não estabelecer frações específicas para o aumento ou diminuição em razão das agravantes e atenuantes, a fração de 1/6 (um sexto) mostra-se razoável e proporcional. No caso dos autos, não vislumbro ilegalidade na fixação no patamar de 1/6.
- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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 hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - quatro agentes envolvidos na empreitada criminoso, com emprego de arma de fogo e faca, bem como restrição das vítimas. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.
- Habeas corpus não conhecido (HC 352.148/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016).

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AVALIAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER RECONHECÍVEIS DE PLANO. ILEGALIDADE NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTATADA.

1. A revisão da pena imposta pelas instâncias ordinárias via habeas corpus é possível, mas somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios, consoante orientação pacificada neste Superior Tribunal.

2. Na hipótese, a elevação da pena-base encontra-se devidamente justificada, a exemplo das consequências do delito, haja vista o elevado prejuízo causado à vítima, mostrando-se a reprimenda, tal qual fixada no acórdão, proporcional às circunstâncias concretas do caso.

CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É possível exasperar a pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Há constrangimento ilegal quando a reprimenda é majorada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado 443 da Súmula deste Sodalício).

REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A teor da jurisprudência reiterada deste Sodalício, 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 versado.

2. Com efeito, não é possível constatar flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado, pois, embora a sua reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação da pena-base acima do mínimo legal, indica que o modo mais gravoso de execução mostra-se adequado na espécie.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses, de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa (HC 342.327/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 08/06/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INVIABILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Não há ilegalidade no decreto condenatório que, analisando o art. 59 do CP, verifica a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis aptas a embasar a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

3. De acordo com o artigo 33, § 3º, do Código Penal, quando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do referido diploma legal forem desfavoráveis, é possível estabelecer regime prisional mais gravoso, mormente quando o quantum da pena - 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão autoriza o regime mais severo.

4. Habeas Corpus não conhecido (HC 187.046/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 03/05/2016).

Contudo, não obstante os argumentos apresentados se prestem a exasperar a pena-base, inclusive com maior rigor, o aumento não pode ser desarrazoado, há que se guardar proporcionalidade entre as circunstâncias judiciais e o *quantum* de aumento. No caso, pode-se dizer que a majoração da pena em 3 anos foi desproporcional, devendo ser reduzida para apenas 1/3.

Em relação às majorantes do crime de roubo previstas no art. 157, § 2º, do Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

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.

Em relação às majorantes do roubo, o Juízo de 1º grau fixou o aumento da pena nos seguintes termos:

(...)

Em face das qualificadoras acima mencionadas, aumento a pena fixada em 1/2, pois eram muitos os roubadores que, agindo em conjunto, privaram da liberdade os ofendidos, com exibição de armas de fogo, por mais de três horas, impedindo-os de qualquer reação.

Conforme se observa dos trechos destacados, na terceira fase da dosimetria da pena, foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3 em razão do elevado número de agentes na empreitada criminosa, no caso cinco, que se utilizaram de arma de fogo e restringiram a liberdade das vítimas por mais de três horas.

Verifica-se, dessa forma, que as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta e suficiente para o acréscimo da pena, pelas majorantes previstas no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, de forma que não se aplica ao caso o enunciado n. 443 da Súmula deste Tribunal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. 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 PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. AUMENTO DE 1/2 EM RAZÃO DA PRESENÇA DE QUATRO CAUSAS ESPECIAIS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUMENTO DE PENA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443 DO STJ. ORDEM DENEGADA.

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.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser inconteste o uso da arma na empreitada criminoso, 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 quatro causas de aumento no crime de roubo não é, de per si, motivo obrigatório de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto. Todavia, a necessária indicação de circunstâncias concretas que justifiquem o aumento, foi apresentada, ressaltando-se a especial reprovabilidade da conduta, dos Pacientes, que - previamente ajustados - (i) renderam o ofendido fazendo uso de arma de fogo, (ii) impossibilitaram o acionamento da polícia, uma vez que, enquanto "dois deles empreenderam fuga, levando consigo os bens subtraídos, o terceiro manteve a vítima [custodiada]", (iii) "privando-a de sua liberdade de locomoção [...] por mais de 1:00 h", (iv) obrigaram a vítima a fugir nua em meio a um matagal, bem como (v) "transportaram o veículo roubado a outro Estado da Federação".**

5. Ordem denegada (HC 170.957/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 7/3/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. FORMA TENTADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE EXAME DE FATOS E PROVAS. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. A jurisprudência da Terceira Seção tem se orientado no sentido de que se considera consumado o crime de roubo com a simples inversão da posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma se dê de forma mansa e pacífica, bastando que cessem a clandestinidade e a violência.

2. Para reconhecer que o roubo deu-se na sua forma tentada, e não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consumada, necessário o revolvimento de todo o elenco de fatos e provas coletados no curso da persecução criminal, providência incabível na via restrita do habeas corpus.

DUAS MAJORANTES. AUMENTO DE PENA EM 3/8. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA. MOTIVAÇÃO CONCRETA. ESCOLHA DO QUANTUM DE AUMENTO FUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. ORDEM DENEGADA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas 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 da fração de aumento de 3/8, na terceira etapa da dosimetria, não foi apenas com base na quantidade de majorantes, mas em razão das particularidades do caso concreto, indicadoras da necessidade de maior reprovabilidade, não há o que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado através da via eleita.

3. Ordem denegada (HC 144545/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 9/3/2011).

Deve ser mantida, assim, a fração de aumento para as majorantes do crime de roubo.

Tendo em vista a verificação de desproporcionalidade no *quantum* de aumento na pena-base, necessário refazer a dosimetria. Na primeira fase, reduzo a pena-base para exasperá-la em apenas 1/3 e, portanto, fixando-a em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Na segunda fase, houve a compensação entre reincidência e confissão, mantendo a pena naquele patamar. Na terceira fase, em razão das majorantes do roubo, mantenho a fração fixada em 1/2, ficando a pena arbitrada em **8 anos de reclusão e 19 dias-multa**.

Não obstante a condenação tenha sido reduzida para patamar superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, as circunstâncias judiciais não são favoráveis ao paciente, razão pela qual mantém-se o regime inicial fechado.

Ante o exposto, **não conheço** o *habeas corpus*. Contudo, concedo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 8 anos de reclusão e 19 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0329576-0

HC 382.834 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00957099220128260050 1452012 957099220128260050

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLERISTON GEORGE VIEIRA MACENA
CORRÉU	: JEAN ANDERSON OLIVEIRA DE SOUZA
CORRÉU	: CARLOS HENRIQUE FERREIRA MALTA
CORRÉU	: DANILO ALVES DE SOUZA
CORRÉU	: OSMIR CARDOSO SACERDOTE

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.