



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.291 - SP (2011/0096070-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARINA DIANA EGYDIO TEDESCHI JARDIM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO RODRIGUES DA SILVA
PACIENTE : JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. APELAÇÃO JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AMPARO EM ELEMENTOS CONCRETOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

3. Hipótese em que a Corte estadual assentou a existência de prova oral suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelos réus, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal de 1/3 (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

5. A fixação da pena-base no mínimo legal é condição necessária, mas não suficiente, para o estabelecimento do regime inicial mais brando ou intermediário. *In casu*, a despeito de, na primeira fase da dosimetria, as penas-base encontrarem-se no mínimo, quando do esclarecimento do regime inicial, foi invocada circunstância concreta do cometimento do delito: ousadia dos criminosos, com emprego de arma de fogo e concurso de agentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas privativas de liberdade dos pacientes para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília, 15 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.291 - SP (2011/0096070-6)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : **MARINA DIANA EGYDIO TEDESCHI JARDIM - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **PAULO RODRIGUES DA SILVA**
PACIENTE : **JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA**

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO RODRIGUES DA SILVA e JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 990.10.037506-7).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, respectivamente, às penas de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, e, 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias, e ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa, ambos em regime inicial fechado, por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, consignando a magistrada singular, no que interessa (fls. 23/24):

Na dosagem das penas temos que os réus (...) José Carlos (...) não possuem antecedentes criminais, agiram com dolo normal à espécie, e assim, têm as penas fixadas no mínimo legal.

Fixo as penas-base em quatro anos de reclusão e dez dias-multa.

Presentes as causas de aumento de penas previstas no § 2º, incisos I e II, do aludido artigo, deve incidir o aumento de penas em dois quintos, pois a incidência de mais de uma das circunstâncias que o legislador fixou como causas de exacerbação das penas, não deve ficar atrelada ao mínimo.

Chego, assim, às penas definitivas de cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão, além de quatorze dias-multa, para os três réus.

Paulo, por seu turno, num primeiro momento tem as penas fixadas no mínimo legal, ou seja, em quatro anos de reclusão e dez dias-multa.

Por ser reincidente, as penas supra são majoradas em um sexto.

Chego às penas de quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias-multa.

Pelas mesmas razões supra também sua pena é aumentada de dois quintos pela presença das duas qualificadoras, e chego às penas de seis anos, seis meses e doze dias de reclusão e quinze dias-multa.

(...)

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado tendo em vista o disposto no artigo 33 do Código Penal, em que pese a gravidade do delito, e reincidência para Paulo.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, tendo o Tribunal *a quo* provido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcialmente o apelo defensivo, nos seguintes termos, apenas naquilo que interessa (fls. 33/35):

As qualificadoras de emprego de arma de fogo e concurso de agentes foram corretamente reconhecidas na respeitável sentença, visto que restaram configuradas pelas seguras declarações das vítimas.

Dessa forma, o afastamento da causa de aumento de pena em face da arma de fogo não ter sido apreendida e periciada, não merece ser acolhida.

Isto porque, ocorrendo *a posteriori* a prisão dos acusados, evidente que a perícia desta fica prejudicada, podendo, porém, seu emprego ser provado por outros elementos de prova, tal como no caso vertente, pelas palavras da vítima ditas em ambas as fases do processo.

(...)

Quanto às penas, a respeitável sentença condenatória comporta um pequeno reparo.

As sanções foram fixadas para todos os réus em seu mínimo legal, a desmerecer, pois, qualquer alteração.

Na segunda fase, em razão da ausência de agravantes e atenuantes as penas foram mantidas para os réus (...) e José Carlos e diante da reincidência do acusado Paulo demonstrada pela certidão de fl. 12-apenso, as sanções foram exasperadas em 1/6 acima do mínimo legal, resultando em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Contudo a respeitável decisão, neste ponto, merece modificação, pois a certidão que atestou ser ele reincidente não possui trânsito em julgado, portanto, não servindo para caracterizar a agravante prevista no artigo 61, inciso I do Código Penal.

Desse modo, a solução mais justa para o presente é afastar tal acréscimo, retornando sua pena em seu piso mínimo, ou seja, 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Em seguida, as reprimendas foram acrescidas de 2/5 pelas duas majorantes. Contudo, quanto ao acréscimo em razão das duas causas de aumento deve ser reduzido para 3/8, por ser o índice que se revela o mais adequado para denotar a temibilidade e reprovabilidade das condutas dos réus, resultando, assim, para todos acusados 05 anos e 06 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Por fim, não se pode admitir, que a existência de duas causas de aumento, não pode exasperar o cálculo da pena, como alega a douta defesa dos réus (...) e Paulo.

Isto porque, trata-se de crime de roubo duplamente qualificado, sendo que os apelantes, com emprego de arma de fogo ameaçaram as vítimas.

Assim a duplicidade de causas de aumento revela maior periculosidade do agente, maior risco às vítimas e maior dificuldade no exercício da eventual defesa, não devendo a fração ser fixada no mínimo. Dessa forma, tal aumento foi correto.

O regime prisional inicial fechado foi bem justificado na respeitável decisão monocrática, que não admite, também, nenhuma modificação.

(...)

Desse modo, apesar da pena aplicada estar dentro dos limites traçados no artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento mais adequado é o fechado, pois no presente caso, os meliantes estavam armados, ameaçaram as vítimas, demonstrando, assim,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certo grau de periculosidade.

Daí o presente *mandamus*, em que a impetrante alega que há que ser afastada a causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma de fogo, vez que não houve apreensão e tampouco perícia realizada.

Sustenta que a majoração da reprimenda, em razão da presença de duas causas de aumento, deve ser feita no mínimo, ou seja, 1/3 (um terço).

Defende que, considerando a quantidade de pena fixada, bem como a ausência de antecedentes, os pacientes devem iniciar o cumprimento da reprimenda em regime diverso do fechado.

Invoca o enunciado sumular n.º 718 da Suprema Corte de Justiça.

Requer, liminarmente e no mérito, que as penas dos pacientes sejam redimensionadas, estabelecendo-se o regime semiaberto para o início do cumprimento das reprimendas.

O pedido de medida liminar foi indeferido às fls. 43/45.

As informações foram prestadas às fls. 53/76 e 78/112.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes, pela denegação da ordem (fls. 115/126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 205.291 - SP (2011/0096070-6)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. APELAÇÃO JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AMPARO EM ELEMENTOS CONCRETOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.
2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.
3. Hipótese em que a Corte estadual assentou a existência de prova oral suficiente a demonstrar a utilização da arma de fogo pelos réus, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido.
4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal de 1/3 (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.
5. A fixação da pena-base no mínimo legal é condição necessária, mas não suficiente, para o estabelecimento do regime inicial mais brando ou intermediário. *In casu*, a despeito de, na primeira fase da dosimetria, as penas-base encontrarem-se no mínimo, quando do esclarecimento do regime inicial, foi invocada circunstância concreta do cometimento do delito: ousadia dos criminosos, com emprego de arma de fogo e concurso de agentes.
6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas privativas de liberdade dos pacientes para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão objurgado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cuida-se, em verdade, de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial que, a rigor de técnica, e, em prestígio à lógica do sistema recursal, não deveria ser processado.

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

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

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Em relação à irrisignação - vício na aplicação da causa de aumento relativa ao emprego de arma -, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Embora ressaltando meu ponto de vista, passo à análise do caso concreto.

Neste *mandamus*, o conjunto probatório coligido aos autos destaca a incidência da causa de aumento por meio de prova oral, visto que no acórdão atacado ressaltou-se que (fls. 33/35):

(...) As qualificadoras de emprego de arma de fogo e concurso de agentes foram corretamente reconhecidas na respeitável sentença, visto que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restaram configuradas pelas seguras declarações das vítimas.

Dessa forma, o afastamento da causa de aumento de pena em face da arma de fogo não ter sido apreendida e periciada, não merece ser acolhida.

Isto porque, ocorrendo *a posteriori* a prisão dos acusados, evidente que a perícia desta fica prejudicada, podendo, porém, seu emprego ser provado por outros elementos de prova, tal como no caso vertente, pelas palavras da vítima ditas em ambas as fases do processo. (...)

Desse modo, em conformidade com o acordado no EREsp n.º 961.863/RS, a prova oral juntada aos autos seria suficiente para ensejar a aplicação da causa de acréscimo em apreço, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a ser reconhecido.

No mais, é de ver que houve a exasperação das penas acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - apenas em razão da presença de duas causas de aumento.

Com efeito, verifica-se que na sentença fez-se simples menção à existência das duas majorantes, fixando-se o aumento acima do mínimo legal sem qualquer motivação concreta. Veja-se (fls. 23/24):

(...) Presentes as causas de aumento de penas previstas no § 2º, incisos I e II, do aludido artigo, deve incidir o aumento de penas em dois quintos, pois a incidência de mais de uma das circunstâncias que o legislador fixou como causas de exacerbação das penas, não deve ficar atrelada ao mínimo. (...)

O Tribunal de origem, apesar de ter diminuído o *quantum* de pena na terceira fase da dosimetria, acresceu fundamentação inédita em recurso exclusivo da Defesa, o que não é possível, pois haveria *reformatio in pejus*. Confira-se (fls. 33/35):

(...) Em seguida, as reprimendas foram acrescidas de 2/5 pelas duas majorantes. Contudo, quanto ao acréscimo em razão das duas causas de aumento deve ser reduzido para 3/8, por ser o índice que se revela o mais adequado para denotar a temibilidade e reprovabilidade das condutas dos réus, resultando, assim, para todos acusados 05 anos e 06 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Por fim, não se pode admitir, que a existência de duas causas de aumento, não pode exasperar o cálculo da pena, como alega a douta defesa dos réus (...) e Paulo.

Isto porque, trata-se de crime de roubo duplamente qualificado, sendo que os apelantes, com emprego de arma de fogo ameaçaram as vítimas.

Assim a duplicidade de causas de aumento revela maior periculosidade do agente, maior risco às vítimas e maior dificuldade no exercício da eventual defesa, não devendo a fração ser fixada no mínimo. Dessa forma, tal aumento foi correto. (...)

Conforme vem reiteradamente decidindo este Superior Tribunal, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal de 1/3 (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM 3/8 EM RAZÃO DO NÚMERO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS PRIMÁRIOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a adoção de aumento acima do mínimo legal, faz-se necessária a demonstração de sua necessidade, que não decorre abstratamente do número daquelas causas.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que o previsto para a sanção corporal aplicada, não servindo como justificativa tratar-se de crime de roubo, cuja natureza e gravidade recomendariam sua adoção. Ademais, o regime menos gravoso já foi concedido ao co-réu por esta Turma, no julgamento do HC 23.182/SP.

3. *Habeas corpus* concedido para aumentar a sanção de um terço em razão das causas de aumento, estabelecendo a pena dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão, a serem descontados no regime semi-aberto. (HC n.º 34.573/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 5/12/2005.)

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A presença de duas causas de aumento de pena no crime de roubo não gera automaticamente a majoração da pena acima do mínimo previsto no artigo 157, § 2º, do CP, necessitando de concreta fundamentação.

2. Ordem concedida de ofício para reduzir o índice de aumento da pena-base para 1/3 (um terço). (HC n.º 43.423/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 13/3/2006.)

HABEAS CORPUS. ROUBO. INCIDÊNCIA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA PARA A MAJORAÇÃO DA PENA EM MAIS DE 1/3. MERA MENÇÃO ÀS TRÊS MAJORANTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE DO CRIME E PERICULOSIDADE DO AGENTE. IMPROPRIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. NOVA SENTENÇA DEVE SER PROFERIDA COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A presença de três causas de aumento pode ensejar a majoração da reprimenda além de 1/3, devido ao maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, contudo, tal orientação não implica em dizer que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

simples presença de tais circunstâncias, isoladamente, justifica a exasperação da pena acima do mínimo previsto, em virtude da necessidade de devida fundamentação.

2. O critério para a majoração da pena não é a quantidade de causas de aumento incidentes na espécie, mas circunstâncias relacionadas ao caso, sendo que, na hipótese, verifica-se a falta de qualquer dado concreto na sentença sobre o *quantum* a ser majorado, devendo ela ser reformada e uma nova decisão ser proferida com adequada fundamentação.

3. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação do regime mais rigoroso, quando existirem motivos de fato e de direito a recomendarem tal providência, necessária se faz a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, o que não se vislumbra no presente caso.

4. Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime diverso do estabelecido, pois primário e sem antecedentes, não cabe a imposição de regime mais gravoso com base em fundamentação referente à gravidade do crime e à sua alegada periculosidade, sem amparo em circunstância fática que justifique tal medida.

5. Resta evidenciada a ocorrência de constrangimento ilegal, ante a efetiva ausência de embasamento legal para a majoração da pena em mais de 1/3, bem como no tocante ao regime prisional indevidamente imposto, o que autoriza o devido saneamento via *habeas corpus*.

6. Ordem concedida para reformar a sentença condenatória, e o acórdão que a confirmou, a fim de que nova decisão seja proferida com adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às três qualificadoras do crime de roubo, mantendo-se a condenação, bem como para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente. (HC n.º 72.359/SP, Rel. Desembargadora. Convocada JANE SILVA, DJ 15/10/2007.)

No caso em apreço, conforme já assinalado anteriormente, o magistrado de origem exasperou a pena acima do mínimo legal sem qualquer motivação concreta, razão pela qual a ordem deve ser concedida para que as reprimendas impostas aos pacientes sejam majoradas em apenas 1/3 (um terço).

Ressalte-se que a matéria encontra-se sumulada por esta Corte - Súmula n.º 443 -, *in verbis*:

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

Dessarte, passo a fixação das sanções. Conservo as penas-bases aplicadas, a saber, 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Majoro as reprimendas pelo emprego de arma e concurso de agentes, em 1/3 (um terço), tornando-a em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e em 13 (treze) 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Assinalou-se que o delito teria sido perpetrado com ousadia, emprego de uso de arma de fogo e concurso de cinco agentes. 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 (cf. MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan, O roubo e a lógica, *Carta Forense*, fev. 2012, p. A-10).

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

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PENA: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. GRAVIDADE EM CONCRETO DO DELITO. CRIME PRATICADO ENQUANTO O PACIENTE FORAGIDO DA PRISÃO ONDE CUMPRIA PENA POR CRIME DE ROUBO. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA, NO ENTANTO.

1. A fixação do regime prisional não está atrelada de forma absoluta à quantidade da pena-base imposta, constituindo operação intelectual própria e autônoma (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).

2. O regime prisional inicial aplicável ao apenado pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.

3. A gravidade in concreto do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, como no caso dos autos, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explanações extensas para se evidenciar o óbvio; in casu, além da referida arma, a empreitada delituosa contou com a circunstância de ter sido cometida enquanto o paciente encontrava-se foragido da prisão onde cumpria pena por crime de roubo, sendo, portanto, justificado o regime mais gravoso.

4. Ordem denegada, não obstante o parecer ministerial em contrário.
(HC 149.761/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 12/05/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, para diminuir as penas privativas de liberdade dos pacientes para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantido no mais o acórdão objurgado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0096070-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 205.291 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50070652740 572008 990100375067

EM MESA

JULGADO: 15/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARINA DIANA EGYDIO TEDESCHI JARDIM - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO RODRIGUES DA SILVA
PACIENTE	: JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA
CORRÉU	: JOSÉ JÚLIO NASCIMENTO
CORRÉU	: RÔMULO DOS SANTOS RIBEIRO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.