



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.666 - DF (2011/0040848-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : TIAGO LOPES DE OLIVEIRA

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E MUNIÇÕES. 1. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRESENTE *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 3. PERSONALIDADE. PRÁTICA DELITIVA ANTERIOR. FEITO EM CURSO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INVIABILIDADE. 4. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME PATRIMONIAL. NEGATIVA. CONCURSO DE AGENTES A EXASPERAR A PENA-BASE. EMPREGO DE ARMA SOMENTE A INCIDIR COMO CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. 5. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO DE ROUBO. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. ELEMENTARES DO TIPO PATRIMONIAL. 6. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA. PECULIARIDADES OBTIDAS DA CONDUTA DO AGENTE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. 7. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. 8. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade pois a existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, conforme se depreende da certidão acostada aos autos, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Feitos em curso, outrossim, não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

4. É possível considerar na dosimetria da pena do delito patrimonial uma das majorantes (concurso de agentes) para exasperar a pena-base como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância do crime e a outra (emprego de arma de fogo) na terceira fase, como causa especial de aumento. Precedentes.

5. Não constitui fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base do roubo considerar como desfavorável as consequências do delito apenas declinando elementares do tipo (a coisa não ter sido totalmente recuperada).

6. As consequências do crime do estatuto do desarmamento foram consideradas em demérito ao paciente diante de fundamentação idônea, visto que ultrapassou o habitual ao crime em comento.

7. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta.

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 Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 12 de novembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.666 - DF (2011/0040848-8)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : TIAGO LOPES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO LOPES DE OLIVEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Apelação Criminal n.º 2008.07.1.024.993-8).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e ao artigo 16 da Lei n.º 10.826/2003 (Processo n.º 2008.07.1.024993-8, da 3.ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Taguatinga/DF).

Irresignados, a Defesa e o Ministério Público interpuseram apelação, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento aos apelos do *Parquet* e do ora paciente. Eis o teor do aresto, apenas naquilo que interessa (fls. 185/188):

"(...)

As provas coligidas aos autos narra que este apelante é a pessoa que, a pedido de ESTÊNIO (falecido), levou o VW/Gol daqui de Brasília para Caldas Novas para ser usado no roubo pelo grupo, inclusive o ora apelante.

(...)

Diante destas provas impõe-se a confirmação da responsabilidade do apelante TIAGO LOPES na execução do crime de roubo, nos exatos termos da r. sentença.

Quanto ao pedido de reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 1º, do art. 29, do Código Penal, esta somente tem aplicação quando, efetivamente, evidenciada nos autos, a contribuição insignificante ou mínima do partícipe na realização do intento criminoso. Não é o ocorreu nos autos. O apelante tem grande responsabilidade no evento. Sua contribuição foi relevante na prática do crime, como o mesmo narra que levou um dos veículos para dar suporte ao grupo em Caldas Novas – GO.

Assim, não há que se falar em participação de menor importância do apelante TIAGO LOPES, mas de co-autoria, eis que dividiu tarefas com os demais agentes para a execução do crime.

Quanto à dosimetria da pena o Juiz do Conhecimento diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis: antecedentes (fls. 317) e consequências do crime fixou, com discricionariedade e acerto a pena base em 4 (quatro) meses acima do mínimo legal e multa em 14 (quatorze)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias multa. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, na terceira fase da dosimetria da pena, presentes as qualificadoras previstas nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, aumentou a pena, menor ainda que 1/3 (um terço), o mínimo previsto, porque a pena seria de 5 (cinco) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e a r. sentença laborou em erro material a fixou 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Em suma, favorecendo ao apelante.

Quanto à autoria pelo crime transporte ilegal de armas e de munições o apelante foi preso em flagrante, quando transportavam o armamento, o que por si só configura uma prova segura e coerente com a prova testemunhal.

E no que se refere a dosimetria do crime de transporte ilegal de armas e de munições, aproveitando as circunstâncias judiciais acima se verifica que o Juiz do Conhecimento fixou a pena base apenas dois meses acima do mínimo legal, que é de três anos de reclusão (art. 16 da Lei 10.826/03). Não há que se falar em falta de ponderação na fixação desta pena.

(...)"

Daí o presente *mandamus*, em que o impetrante alega que o acórdão guerreado "não individualizou nem fundamentou a quantidade de pena somada ou subtraída em razão de cada circunstância relevada" (fl. 4).

Sustenta que a elevação da pena-base acima do mínimo não foi devidamente fundamentada.

Afirma que os maus antecedentes indicados referem-se a "ação em andamento que não pode ser considerada para efeito algum" (fl. 10).

Defende que a pena deverá ser fixada em patamar que possa estabelecer o regime semiaberto ao cumprimento da reprimenda imposta paciente.

Invoca o enunciado sumular n.º 269 deste Superior Tribunal de Justiça.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal, "o afastamento da desvalorização pelos: antecedentes, consequências do crime, por falta de fundamentação" (fl. 14), e, por fim, a fixação do regime semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 212/215), sendo solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 222/283, e ao Juízo de primeiro grau, acostadas às fls. 286/289.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Julieta E. Fajardo Cavalcanti de Albuquerque (fls. 292/295), pela denegação da ordem.

Notícias colhidas no sítio do Tribunal *a quo* dão conta de que o acusado encontra-se em cumprimento de pena no regime aberto (fls. 297/298 e 299).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.666 - DF (2011/0040848-8)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E MUNIÇÕES. 1. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. PRESENTE *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. 2. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. 3. PERSONALIDADE. PRÁTICA DELITIVA ANTERIOR. FEITO EM CURSO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INVIABILIDADE. 4. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME PATRIMONIAL. NEGATIVA. CONCURSO DE AGENTES A EXASPERAR A PENA-BASE. EMPREGO DE ARMA SOMENTE A INCIDIR COMO CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. 5. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO DE ROUBO. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. ELEMENTARES DO TIPO PATRIMONIAL. 6. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA. PECULIARIDADES OBTIDAS DA CONDUTA DO AGENTE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. 7. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. 8. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 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. Na hipótese, existe manifesta ilegalidade pois a existência de inquéritos e processos anteriores, sem trânsito em julgado, conforme se depreende da certidão acostada aos autos, não legitima o aumento da pena-base pelos antecedentes. Aplicação da Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Feitos em curso, outrossim, não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre a personalidade, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, antecedentes, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria, sob pena de violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

4. É possível considerar na dosimetria da pena do delito patrimonial uma das majorantes (concurso de agentes) para exasperar a pena-base como circunstância do crime e a outra (emprego de arma de fogo) na terceira fase, como causa especial de aumento. Precedentes.

5. Não constitui fundamentação idônea para o acréscimo da pena-base do roubo considerar como desfavorável as consequências do delito apenas declinando elementares do tipo (a coisa não ter sido totalmente recuperada).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. As consequências do crime do estatuto do desarmamento foram consideradas em demérito ao paciente diante de fundamentação idônea, visto que ultrapassou o habitual ao crime em comento.
7. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.
8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

De proêmio, saliente-se que estes autos foram a mim distribuídos por prevenção ao HC n.º 198.665/DF, impetrado em prol do corréu, cujo pleito liminar foi indeferido.

O objeto da presente impetração biparte-se em fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação do regime inicial semiaberto.

Cumpre, de plano, 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, da revisão criminal ou a impetração do *habeas corpus*. Mostra-se 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 de sua eventual ocorrência.

Ao condenar o ora paciente, o Juízo de primeiro grau fê-lo nestes termos (fls. 70/137):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...)

A autoria, da mesma forma, em relação a maioria dos denunciados pela prática, do presente delito, restou provada. É certo que os acusados, quando ouvidos em Juízo, negaram ter participado deste crime, e a tese de inexistência de provas suficientes para condenação, logicamente, foi esposada por todos os advogados dos envolvidos. Todavia, o conjunto probatório, à luz de um raciocínio lógico, não deixa nenhuma dúvida quanto à participação de vários dos denunciados, que aqui estão sendo julgados, nessa organização criminosa.

Ora, após informações colhidas em face de interceptações telefônicas autorizadas judicialmente, a Polícia acabou detectando a existência de uma organização criminosa e, já em setembro de 2008 os réus foram presos em flagrante, oportunidade em que alguns deles, perante a Autoridade policial, de alguma forma, confirmaram o que a Polícia já sabia em face das interceptações telefônicas e demais diligências realizadas.

Ou seja, com as diligências realizadas a Polícia tomou conhecimento da atividade criminosa dos envolvidos, tudo conforme se pode constatar em face do teor das transcrições dos diálogos captados pelos agentes que participaram do monitoramento das ligações efetuadas e recebidas pelos números interceptados (fls. 366 e seguintes dos autos nº. 19.222-5/08, em apenso, onde foram autorizadas escutas telefônicas), sendo que esse trabalho investigatório resultou na identificação de várias pessoas e prisão em flagrante dos acusados.

(...)

É certo que os réus, em Juízo, negaram a existência da referida organização criminosa; Todavia, não conseguiram trazer argumentos ou prova capaz de afastar a existência desse crime, ou que pelo menos pudesse colocar em dúvida, a existência dessa organização.

(...)

THIAGO LOPES DE OLIVEIRA, pessoa que, a pedido de ESTÊNIO (falecido), levou o VW/Gol daqui de Brasília para ESTÊNIO em Caldas Novas, também negou participação nos crimes descritos na denúncia. Disse THIAGO LOPES em Juízo:

(...)

Como se observa, conquanto negando a existência dos delitos narrados na denúncia inclusive o de formação de quadrilha, os acusados não conseguiram apresentar uma versão capaz de pelo menos trazer dúvidas sérias quanto à existência dos crimes sob comento.

Ademais, os policiais que monitoraram as ações do grupo criminoso, ora investigado, não só corroboraram os indícios da fase policial, que, como já foi dito, serviram de base para oferecimento e recebimento da denúncia, como também não deixaram dúvida quanto à existência da associação dos réus para a prática de crimes, assim como sobre a tarefa que cada integrante realizava.

(...)

2) Roubo na CONSTRUTORA CENTRO LESTE, em Caldas Novas/GO

Relativamente ao quarto fato narrado na denúncia (roubo na Construtora Centro Leste Ltda.), a denúncia há de ser julgada procedente, isto é, a autoria restou devidamente demonstrada, em desfavor dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

denunciados JÚLIO CÉSAR BRAGA FERREIRA, GLEDSON DA SILVA BELO, THIAGO BRAGA MARTINS, TIAGO LOPES e CARLOS ALBERTO VIDAL. É certo que os réus, exceto CARLOS VIDAL, quando ouvidos em Juízo, como já visto acima, negaram ter praticado este crime. Todavia, não apresentaram nenhuma prova ou justificativa para essa negativa. Pelo contrário, admitiram que no dia do fato em tela estavam em Caldas Novas/GO e, ademais, não justificaram o fato de estarem na posse de várias armas e de certa quantia alta em dinheiro quando foram abordados horas depois da prática do assalto.

(...)

Portanto, pode-se concluir afirmando que os réus JÚLIO CÉSAR, GLÉDSON, THIAGO BRAGA, THIAGO LOPES e VARLOS VIDAL, de alguma forma, participaram do roubo cometido em Caldas Novas/GO, contra a Construtora Centro Leste, de molde que a tese defensiva, no sentido de que as provas dos autos não são suficientes para condenação, não pode ser acolhida.

(...)

DOS DELITOS DE OCULTAÇÃO E TRANSPORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO E DE MUNIÇÕES

Relativamente aos presentes delitos, já foi visto acima, a materialidade está devidamente demonstrada, em face tanto dos Autos de Apresentação e Apreensão (fls. 86/87, 579/585, e 1101/1106), quanto pelos depoimentos colhidos, acostados aos autos.

A autoria, em relação a esses delitos, da mesma forma, restou provada, até porque os réus, no caso JÚLIO CÉSAR BRAGA FERREIRA, THIAGO BRAGA MARTINS, GLEDSON DA SILVA BELO e TIAGO LOPES DE OLIVEIRA foram presos em flagrante delito transportando esse material. É certo que THIAGO BRAGA, GLEDSON e TIAGO LOPES DE OLIVEIRA disseram que até o momento da abordagem policial não sabiam da existência de arma no veículo abordado, mas não apresentaram versão convincente nesse sentido, como se pode verificar (fls. 761/766 e 767/770 e 771/774). (...)

(...)

6) Réu TIAGO LOPES DE OLIVEIRA

a) Crime de Roubo (na Construtora Centro Leste)

Assim, em face dos termos do art. 59, do mesmo Código Penal, e considerando que: 1) a culpabilidade está devidamente caracterizada na vontade do Réu, quando da prática do crime; 2) **o mesmo não possui bons antecedentes, conforme se pode verificar (fl. 317)**; 3) a sua conduta social é ajustada ao meio em que vive, eis que não há nos autos informações em sentido contrário; 4) **a personalidade do Réu em tela é voltada para a prática de atos delituosos**; 5) não restaram demonstrados motivos que justificassem a sua conduta; 6) **as circunstâncias não favorecem o acusado, haja vista que o crime foi praticado mediante concurso de agentes**; 7) **as consequências do fato foram ruins, uma vez que do montante subtraído no assalto de Caldas Novas, somente uma parte foi recuperada**; 8) as vítimas não colaboraram com os fatos, ou seja, não estimularam o Acusado para cometimento do crime, fixo a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa no valor de 14 (quatorze) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo mensal da época dos fatos.

Não há nos autos circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Com isso, nessa fase, mantenho a pena fixada, qual seja, 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa no valor de 14 (quatorze) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo mensal, da época dos fatos.

O crime em comento, conforme restou demonstrado acima, foi praticado **mediante uso de arma de fogo**. Assim, com fulcro no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, elevo a pena do Acusado para 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão e multa no valor de 18 (dezoito) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo mensal da época dos fatos. Pena esta que torno definitiva, por não haver outras causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas.

(...)

b) Crime de Transporte Ilegal de Armas e de Munições

Considerando-se os termos do art. 59, do mesmo Código Penal, e considerando que: 1) a culpabilidade está devidamente caracterizada na vontade do Réu, quando da prática do crime; 2) **o mesmo não possui bons antecedentes, conforme se pode verificar (fl. 317)**; 3) a sua conduta social é ajustada ao meio em que vive, eis que não há nos autos informações em sentido contrário; 4) **a personalidade do Réu em tela é voltada para a prática de atos delituosos**; 5) não restaram demonstrados motivos que justificassem a sua conduta; 6) as circunstâncias favorecem o acusado, haja vista que o crime foi praticado em situação normal para o tipo; 7) **as consequências do fato foram ruins, uma vez que, conforme restou demonstrado, a organização criminosa sob comento praticou vários delitos de roubo**; 8) a vítima, no caso o Estado, não colaborou com os fatos, fixo a pena-base em 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa no valor de 12 (doze) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo da época dos fatos.

Não há nos autos circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Com isso, nessa fase, mantenho a pena fixada, qual seja, 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão e multa no valor de 12 (doze) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo da época dos fatos, pena que torno definitiva para este delito, por não haver outras causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas.

Os crimes de roubo e de transporte e ocultação de armas (alíneas a e b acima) foram cometidos em concurso material. Por conseguinte, com base no art. 69 do Código Penal, fixo a pena, total e definitivamente, em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão e multa no valor de 30 (trinta) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo da época dos fatos.

O Acusado iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, em harmonia com o disposto no art. 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal.

(...)

O Réu, ao que consta, é tecnicamente primário (fl. 317). Contudo, encontra-se preso por força de prisão em flagrante, isso sem falar que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trata de crimes graves, quais sejam, roubo duplamente circunstanciado e ocultação e transporte de armas, o que demonstra que o Acusado, se solto for, irá continuar praticando outros atos delituosos, maltratando, assim, a ordem pública, isso sem falar que já possui outra anotação em sua folha penal por delito contra o patrimônio. Nesses termos, e considerando ainda o regime da condenação, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, mantenho a prisão do Réu TIAGO LOPES DE OLIVEIRA, negando-lhe, em consequência, o direito de apelar em liberdade.

Por outro lado, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos, haja vista que a natureza dos delitos cometidos, a quantidade da pena aplicada, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do Acusado em tela não o permitem, de modo que, com base no art. 44, inciso III, do Código Penal, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por outras restritivas de direitos.

(...)"

Do acórdão impugnado colhe-se o seguinte (fls. 148/188):

"(...)

A defesa do apelante TIAGO LOPES DE OLIVEIRA, fls. 1685/1702, requer:

- a) Absolvição do réu quanto ao crime de roubo, e,
- b) Subsidiariamente a fixação da pena no mínimo legal;
- c) Reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal;
- d) Fixação do regime inicial aberto;
- e) No que se refere ao delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/03 sua absolvição por falta de provas, pois o Ministério Público postulou pela sua absolvição.

(...)

No mérito:

(...)

A tese defensiva do apelante não merece nenhum crédito. Não resta dúvida, diante do conjunto de provas trazido aos autos. Saíram de Brasília com destino e intuito certos, executarem roubo contra a Construtora Centro Oeste em Caldas Novas, crime anteriormente planejado pelos corréus VIDAL e ESTÊNIO.

Conforme depoimento das testemunhas, agentes policiais que investigavam as condutas do apelante e demais corréus, inclusive com escutas telefônicas autorizadas judicialmente conclui-se, os réus JÚLIO CÉSAR, GLÉDSON, THIAGO BRAGA, THIAGO LOPES e CARLOS VIDAL, participaram do roubo cometido em Caldas Novas/GO.

Assim, impõe a confirmação da r. sentença que julgou procedente a denúncia quanto ao crime de roubo perpetrado na cidade Caldas Novas -GO.

3) TIAGO LOPES DE OLIVEIRA:

(...)

Quanto a dosimetria da pena o juiz do conhecimento diante das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis: antecedentes (fls. 317) e consequências do crime fixou, com discricionariedade e acerto a pena-base em 4 (quatro) meses acima do mínimo legal e multa em 14 (quatorze) dias multa. Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, na terceira fase da dosimetria da pena, presentes as qualificadoras previstas nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, aumentou a pena, menor ainda que 1/3 (um terço), o mínimo previsto, porque a pena seria de 5 (cinco) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e a r. sentença laborou em erro material a fixou 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Em suma, favorecendo ao apelante.

Quanto à autoria pelo crime transporte ilegal de armas e de munições o apelante foi preso em flagrante, quando transportavam o armamento, o que por si só configura uma prova segura e coerente com a prova testemunhal.

E no que se refere a dosimetria do crime de transporte ilegal de armas e de munições, aproveitando as circunstâncias judiciais acima se verifica que o Juiz do Conhecimento fixou a pena base apenas dois meses acima do mínimo legal, que é de três anos de reclusão (art. 16 da Lei 10.826/03). Não há que se falar em falta de ponderação na fixação desta pena.

(...)"

Vê-se que o Juiz de primeiro grau aumentou a reprimenda-base acima do patamar mínimo, considerando como desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes, à personalidade, às circunstâncias e às consequências do crime.

Ao que cuido, até a data do fato imputado, vê-se que o acusado somente possuía anotado em sua folha de antecedentes processo em curso (fl. 205). Se assim o é, não se poderia consignar maus antecedentes, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

Esse é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais: 'Em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se considera mau antecedente o processo criminal em curso' (HC-70.967, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 12.11.2007).

2. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 152.478/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOTIVAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE ABSTRATA E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, em desarmonia com o disposto no artigo 59 do Código Penal, tendo o magistrado apontado a gravidade abstrata do delito e circunstâncias inerentes ao tipo penal para justificar a majoração, contudo, sem indicar qualquer elemento concreto e idôneo para tal fim.

2. O fato de o paciente responder a dois outros processos não é suficiente para demonstrar 'péssimos antecedentes', pois não se admite a utilização de processos sem trânsito em julgado para caracterização desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula nº 444 desta Corte.

3. Assim, deve a pena do homicídio consumado ser reduzida ao mínimo legal de 12 anos de reclusão e a do homicídio tentado para 4 anos de reclusão.

4. Reconhecida a continuidade nas instâncias ordinárias, constata-se que ela é mais benéfica ao apenado. Dessa forma, deve a pena mais grave (12 anos de reclusão) ser aumentada em 1/6 - patamar adotado pelo Juiz - fixada a pena definitiva em 14 anos de reclusão.

4. Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente para 14 anos de reclusão."

(HC 141.620/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A UM ANO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Hipótese em que o magistrado *a quo* estabeleceu o regime prisional semiaberto e negou a substituição da pena por medida restritiva de direitos por reconhecer os antecedentes criminais do paciente, decorrentes de uma condenação sem trânsito em julgado.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos e processos em curso como maus antecedentes, exigindo-se, para tal fim, que haja sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Súmula nº 444/STJ.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o desconto da sanção, bem como para substituir a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, a ser detalhada pelo Juiz da execução, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão."

(HC 164.883/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

"PENAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. SURSIS. NÃO-CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o *SURSIS* às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento."

(HC 140.306/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

Confira-se, inclusive, o que dispõe a Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

De fato, do atento exame da certidão juntada à fl. 205 desta impetração e à fl. 317 da ação penal, observa-se que o paciente detinha em seu desfavor uma condenação ainda não definitiva, a qual foi indevidamente empregada para majorar as sanções-base (fls. 135/136). De se expurgar, portanto, o acréscimo no ponto.

No tocante à personalidade, creio ser imprópria a consideração desfavorável do Juízo *a quo*. Ora, se é pacífica a compreensão desta Corte no sentido de que inquéritos e ações penais em curso não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre os antecedentes do acusado, o mesmo raciocínio deve ser adotado relativamente à personalidade, pois se não o são para a circunstância que lhes é própria, ainda com mais razão não poderiam ser para a que não é pertinente ao exame de dada matéria. A fundamentação empregada, portanto, deve ser afastada, eis que importa em violação ao princípio constitucional da não-culpabilidade.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes da Turmas que compõem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a Terceira Seção:

"*HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. *ABOLITIO CRIMINIS*. TESE NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. NULIDADE INEXISTENTE. DOSIMETRIA DA PENA. PROCESSO EM CURSO. PERSONALIDADE DESVIADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar a pretensão da Defesa, de reconhecer a atipicidade da conduta em razão da *abolitio criminis*, se a matéria não foi submetida a exame das instâncias ordinárias, sob pena de supressão de instância. A questão não foi arguida nas alegações finais ou nas razões da apelação, sequer em sede de embargos de declaração que poderiam ser opostos contra o acórdão proferido pela Corte estadual.

2. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.

3. Tratando-se de réu preso em flagrante pelo cometimento de delito permanente, não há que falar em nulidade por ausência de mandado judicial. Precedentes.

4. Inquéritos e processos em curso não podem ensejar o aumento da pena base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu. Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

5. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido em parte para reduzir a reprimenda imposta ao paciente."

(HC 116.901/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 22.06.2011)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA CONCRETIZADA: 1 ANO, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO. INVIÁVEL A MAJORAÇÃO DA PENA-BASE CALCADA EM AÇÕES PENAIS E INQUÉRITOS EM CURSO. PRECEDENTES DO STJ. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. PECULIARIDADE, CONTUDO, INCAPAZ DE RETROCEDER A PENA AO MÍNIMO LEGAL, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE ELEVADA E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO DE GRANDE MONTA (PACIENTE QUE SE VALEU DA CONDIÇÃO DE ADVOGADO PARA APROPRIAR-SE DE R\$147.244,00). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. É possível a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, desde que a decisão seja corretamente fundamentada, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo Código Penal, como ocorre na hipótese vertente.

2. É certo que, segundo a jurisprudência pacífica das Cortes superiores, há constrangimento ilegal quando Ações e Inquéritos em andamento são considerados na majoração da pena-base, a título de maus antecedentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

má conduta social e personalidade voltada para o crime

3. Todavia, na hipótese, levando-se em consideração os parâmetros delineados no tipo penal em que o paciente foi condenado e tendo em vista a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, sua elevada culpabilidade e prejuízo de grande monta, pois valeu-se da condição de advogado para apropriar-se da quantia de R\$147.244,00, não se revela desproporcional ou imotivada a majoração da pena-base acima do mínimo legal, tal como feita pelo Juízo sentenciante.

4. Apenas em casos de flagrante ilegalidade se pode alterar, por meio de *Habeas Corpus*, a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias, especialmente quando se cuida de avaliar apenas sua proporcionalidade. Estabelecer essa proporcionalidade exige certa discricionariedade, que deve, sempre que possível e desde que respeitados os parâmetros e diretrizes legais, ser deixada a cargo das instâncias conhecedoras da prova em profundidade.

5. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial."

(HC 129.518/DF, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia, Quinta Turma, DJe de 24.08.2009)

"*HABEAS CORPUS* . ROUBO AGRAVADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MÁ PERSONALIDADE. CONSIDERAÇÃO DE CONDENAÇÕES AINDA NÃO TRANSITADAS EM JULGADO. DESCABIMENTO. PACIENTE TECNICAMENTE PRIMÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Não pode ser considerada, para caracterização de maus antecedentes, má personalidade ou má conduta social, condenações ainda sem trânsito em julgado, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Precedentes deste STJ.

PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORABILIDADE DE ALGUMAS. FIXAÇÃO DA SANÇÃO MOTIVADA. MANTENÇA JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O *QUANTUM* DE REPRIMENDA IRROGADO. MITIGAÇÃO DEVIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO AO CORRÉU NÃO IMPETRANTE. EXEGESE DO ART. 580 DO CPP.

1. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada pela consideração da presença de algumas circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o *quantum* de pena irrogado, especialmente em se considerando o afastamento da consideração negativa da personalidade de um dos condenados com base em condenações não definitivas.

2. Encontrando-se o corrêu não impetrante em idêntica situação fático-processual, merece estendida, de ofício, a mitigação da reprimenda aqui procedida. Exegese do art. 580 do CPP.

REGIME DE EXECUÇÃO. FECHADO. QUESTÃO NÃO DEBATIDA EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. ALUSÃO À NEGATIVIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. REINCIDÊNCIA. MOTIVAÇÃO. EXISTÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO PATENTEADO.

1. A questão da ilegalidade na fixação do regime fechado por não ter sido debatida na instância de origem em relação a um dos pacientes, não pode



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser apreciada nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Tendo a sentença motivado a imposição do regime fechado na desfavorabilidade das circunstâncias judiciais, e verificando-se ainda que um dos pacientes era reincidente, não há o que se falar em ilegalidade na fixação da forma mais gravosa.

3. *Writ* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido para reduzir a pena dos pacientes, que restam definitivas em 7 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 40 dias-multa, para GERINALDO, e em 6 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 26 dias-multa, para ARISTON, estendendo-se a decisão, de ofício, nos termos dos arts. 580 e 654, § 2º, do CPP, ao corréu não impetrante, SÉRGIO RAMOS DOS SANTOS, para estabelecer sua pena em 6 anos de reclusão e pagamento de 20 dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão combatidos."

(HC 103.020/DF, Relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 03.08.2009)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 171, § 3º, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. PERSONALIDADE VOLTADA PARA PRÁTICA CRIMINOSA. PROCESSOS EM CURSO. NÃO CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA OPERADA POR ESTA CORTE. ADVENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA.

I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes). Da mesma forma, não podem ser tomados como elementos negativos da personalidade do agente (Precedentes).

II - Procedido o redimensionamento da aplicação da reprimenda, e, assim, remanescendo apenas uma circunstância judicial desfavorável aos recorrentes - consequências do crime - a pena-base deve ser reduzida.

III - Destarte, tendo como base a nova pena aplicada, descontado o aumento decorrente da continuidade delitiva, há que se declarar a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição da pretensão punitiva.

IV - Considerando a publicação da sentença condenatória (18/12/2002) como o último marco interruptivo da contagem do prazo prescricional, e tendo transcorrido, desde então, lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, resta fulminada a pretensão punitiva estatal *ex vi* dos arts. 107, inciso IV e 109, inciso V, ambos do Código Penal.

Recursos especiais providos para reduzir a pena-base imposta aos recorrentes e, por conseguinte, declarar extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva."

(REsp 930.376/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 03/08/2009)

Relativamente às circunstâncias do crime de roubo, o sentenciante enalteceu ter sido o crime "praticado mediante concurso de agentes", não empregando esse fato para também majorar a sanção na causa de aumento do roubo.

De fato, possível se me apresenta o uso de uma majorante (concurso de agentes) como circunstância do crime, na pena-base, e a outra (emprego de arma de fogo)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como causa especial de aumento, na terceira fase. Somente não se admite se pelo mesmo motivo, ou seja, a mesma causa de acréscimo tivesse sido utilizada na pena-base e também na terceira fase da dosimetria, o que não ocorre na espécie.

É esse o entendimento desta Corte:

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA EXASPERAR A SANÇÃO, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE.

1. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, havendo mais de uma causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal, é lícito ao Magistrado utilizar uma delas na primeira etapa de fixação da pena, valorando-a como circunstância judicial desfavorável.

2. Ordem denegada."

(HC 71.737/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 18/10/2010)

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL E PENAL. (1) CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. (3) DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (4) ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA. DOSIMETRIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. (5) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. O que não se verifica na espécie.

2. Não há como analisar na via augusta do habeas corpus circunstância judicial (maus antecedentes) se a defesa não trouxe aos autos, mesmo intimada para tanto, a folha de antecedentes do paciente.

3. No que se refere as demais circunstâncias judiciais (personalidade e circunstâncias), inexistente ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar pouco acima do mínimo legal. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

4. Não há falar em *bis in idem* na dosimetria da pena se uma das majorantes (concurso de agentes) é usada para exasperar a pena-base como circunstância do crime e a outra (utilização de arma de fogo) é utilizada na terceira fase, como causa especial de aumento. Precedentes desta Corte e do STF.

5. *Writ* não conhecido."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 182.800/DF, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 21/06/2013)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. UTILIZAÇÃO DE UMA COMO QUALIFICADORA E OUTRA COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE. ARMA NÃO APREENDIDA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1 - Existindo duas qualificadoras no roubo, pode o Magistrado utilizar uma delas como circunstância do crime para majorar a pena-base e valer-se da outra para a caracterização da causa de aumento na terceira fase da dosimetria. Precedentes.

2 - A Sexta Turma desta Corte firmou a compreensão de que, para a caracterização da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, faz-se necessário que a arma de fogo seja apreendida e periciada, ressaltado o ponto de vista do Relator em sentido contrário.

3 - Ordem concedida em parte para, afastada a qualificadora do uso de arma, utilizada como circunstância judicial desfavorável na majoração da pena-base, reduzir a pena aplicada para 5 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão e 12 dias-multa, mantido os demais termos do acórdão."

(HC 178982/DF, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 06/12/2010)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO. UTILIZAÇÃO DE UMA CAUSA DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE, COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL, E A OUTRA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO STJ. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. AUMENTO DA PENA-BASE POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS E 8 MESES) DEVIDAMENTE JUSTIFICADO. COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. BENEFÍCIO AO APENADO, POIS A PRIMEIRA DEVERIA PREPONDERAR SOBRE A SEGUNDA (ART. 67 DO CPB). AUMENTO DE APENAS 1/3 PELO CONCURSO DE AGENTES E 1/6 PELA CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAIS MÍNIMOS (ART. 157, § 2o., I e 71, CAPUT, AMBOS DO CPB). PENA CONCRETIZADA EM 7 ANOS DE RECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste ilegalidade na majoração da pena-base acima do mínimo legal, pois o Julgador se utilizou de uma das causas de aumento da pena no crime de roubo (utilização de arma de fogo) como circunstância judicial do art. 59 do CPB (a revelar maior censura de sua conduta), relegando a outra (concurso de agentes) para a terceira fase da dosimetria da pena, inocorrendo, assim, bis in idem, como alega a impetração, pois foram considerados aspectos distintos em fases igualmente diversas.

2. A jurisprudência desta Corte e do colendo STF admite que, reconhecidas duas ou mais qualificadoras, uma enseje o tipo qualificado e a outra circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja como circunstância judicial (REsp. 831.730/DF, Rel. Min. FÉLIX FISCHER, 5T, DJU 09.04.07 e HC 71.293/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 18.08.95).

3. É importante frisar que a pena-base foi majorada em patamar absolutamente razoável, correspondente a 1/6 da pena mínima cominada ao crime.

4. A reincidência do paciente foi avaliada na segunda fase, compensando-se esta com a atenuante da confissão espontânea; tal, aliás, sequer seria de se admitir, visto que aquela (reincidência) deveria prevalecer sobre a atenuante da confissão, consoante o art. 67 do CPB. Precedentes do STJ. À mingua de recurso do órgão de acusação, é inadmissível a alteração da sentença e do acórdão que a confirmou, no ponto, sob pena de indevida reformatio in pejus.

5. Na terceira fase, a pena também foi elevada em seus patamares legais mínimos (1/3 pelo concurso de agentes e 1/6 pela continuidade delitiva), definindo-se a sanção em 7 anos, inexistindo qualquer ilegalidade ou prejuízo ao apenado que mereça ser sanada na via estreita do Habeas Corpus.

6. Ordem denegada, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário."

(HC 70.594/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2007, DJ 19/11/2007, p. 252)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CONCURSO DE DUAS QUALIFICADORAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. CRIME HEDIONDO. DESCABIMENTO.

1. Em se cuidando de homicídio duplamente qualificado, nada obsta que uma delas seja recebida como circunstância judicial, de modo que não há falar em violação ao princípio *ne bis in idem* (Precedente).

2. Não há falar em inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos, eis que, para além de ser a edição do direito penal matéria própria da dimensão infraconstitucional (Constituição Federal, artigo 22, inciso I), a norma inserta no inciso XLVI do artigo 5º da Constituição da República defere, também à lei, a disciplina da individualização da pena, que pode assim estabelecer especialmente o regime fechado como integral das penas dos crimes hediondos.

3. Ordem denegada."

(HC 29541/MG, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2004, DJ 13/03/2006, p. 375)

Com relação às consequências do delito de roubo, disse o magistrado de origem que, do "montante subtraído no assalto de Caldas Novas", somente "uma parte recuperada". Com efeito, o prejuízo à vítima é resultado do próprio tipo penal violado - art. 157 do Código Penal: "Subtrair coisa móvel alheia (...)" - sendo, portanto, comum nessa espécie de delito. Nesse sentido, confirmam-se estes precedentes:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS ADVERSOS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 2. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PRATICADO À NOITE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE DE AGENTES E ORGANIZAÇÃO DO GRUPO. ANÁLISE SOMENTE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. 3. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS DECLINADOS NA PRIMEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA PENA. ACRÉSCIMO EM 3/8. INCIDÊNCIA. 4. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. 5. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. Fixar a pena-base acima do mínimo legal pela culpabilidade, declinando a quantidade de atos realizados para a consumação do delito, e não a qualidades desses, a denotar uma maior intensidade do dolo, não é possível, bem como não constitui fundamentação adequada considerar as consequências do delito como desfavoráveis apenas declinando elementos inerentes ao próprio tipo penal.

2. As circunstâncias do crime somente podem ser consideradas desfavoráveis em virtude de ter sido o delito cometido à noite, visto que a quantidade de agentes e a sua organização não são passíveis de análise nesta seara, mas sim na terceira fase de dosimetria da reprimenda.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que embasem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise, justificando, contudo, o acréscimo em 3/8 (três oitavos) pela quantidade de agentes e organização do grupo.

4. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é possível quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda."

(HC 83523/RO, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DOLO ANALISADO NA CULPABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DESVINCULADOS DE DADOS CONCRETOS. CAUSA DE AUMENTO DO CONCURSO DE AGENTES APRECIADA COMO CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE RECUPERAÇÃO DA RES FURTADA. EVENTO INERENTE AO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. NÃO-OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Malgrado haja certa discricionariedade na fixação da pena-base, a sua exasperação acima do mínimo deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, X, CF).

3. No caso, a afirmação de que o réu possui maus antecedentes e personalidade voltada para a prática de atos delituosos não se mostra suficiente para justificar a majoração da reprimenda, tendo em vista não estar amparada em dados concretos.

4. A análise da culpabilidade, da mesma forma, não se mostra idônea, porque a consideração de que o acusado teve vontade direta e livre no momento da prática do crime não serve para elevar a pena-base como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, por se referir ao dolo do agente, elemento constitutivo do tipo.

5. Ademais, a assertiva de que 'as circunstâncias não são favoráveis ao acusado, em vista do concurso de pessoas' não pode amparar a elevação da pena-base, uma vez que o paciente foi condenado por roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes, de modo que tal fundamento não se mostra idôneo tendo em vista o modelo trifásico adotado pelo Código Penal.

6. Observa-se, ainda, violação à regra legal contida no art. 59 do Código Penal, porque a não-restituição da res furtiva não pode justificar o aumento da pena-base a título de consequência do crime por se tratar de aspecto inerente ao próprio tipo penal de roubo.

7. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade parcial da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente e determinar ao Tribunal de origem que proceda ao seu redimensionamento, considerando a pena-base no mínimo legal."

(HC 81.656/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 23/06/2008)

"HABEAS CORPUS. CRIME DE RESPONSABILIDADE (ART. 1º, I, DO DEC.-LEI 201/67). DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITO POLICIAL EM ANDAMENTO. TERMO CIRCUNSTANCIADO. AGENTE QUE FIGURAVA COMO VÍTIMA EM UM DOS REGISTROS CRIMINAIS. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA.

1. Esta Corte Superior tem entendido que, em respeito ao princípio da presunção de inocência, não podem ser considerados, para caracterização de maus antecedentes, má conduta social ou de personalidade negativa, inquérito policial que ainda esteja em andamento ou ação penal já arquivada.

2. A existência de inquérito policial em que o paciente figurava como vítima efetivamente não pode ser levada em consideração para a majoração da pena-base, a título de maus antecedentes.

PENA-BASE. PERSONALIDADE DESVIRTUADA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. OFENSA AO COMANDO DOS ARTS. 59, DO CP, 5º, XLVI, E 93, IX, DA CF/88. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. Constitui evidente constrangimento ilegal a consideração de uma das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis - no caso a personalidade do agente - tida como desvirtuada sem a devida indicação dos fundamentos que levaram à essa conclusão.

REPRIMENDA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. VALORES APROPRIADOS ILICITAMENTE DA MUNICIPALIDADE. INOCORRÊNCIA DE RESTITUIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA PRÓPRIA DO TIPO PENAL INFRINGIDO. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. Constitui fundamento inidôneo a respaldar a exacerbação da pena-base a consideração, como negativa, das consequências do delito, sob a justificativa de que não teria havido o ressarcimento aos cofres públicos da quantia ilegalmente apropriada/desviada, pois tal resultado é próprio do tipo penal infringido.

PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA SANÇÃO NO MÍNIMO.

1. Ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, devida a fixação da sanção básica no mínimo legal.

2. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena do paciente para 2 anos de reclusão, declarando-se, de ofício, a extinção da sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa."

(HC 109.051/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2009, DJe 15/06/2009)

Já quanto ao porte de arma e munições, não se mostram infundadas as menções do magistrado singular, que declinou fundamentação idônea no *decisum* condenatório para acrescer a pena nesse tópico, com elementos retirados da própria conduta delitiva, que foge ao habitual da prática dos crimes em questão, enaltecendo o julgador que as "consequências do fato foram ruins, uma vez que, conforme restou demonstrado, a organização criminosa sob comento praticou vários delitos de roubo". De se manter, pois, o aumento da pena-base nessa circunstância.

Nesse sentido, vejam-se estes julgados:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso especial. Contudo, considerando que o writ foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do habeas corpus substitutivo, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma ilegalidade flagrante.

- As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não são plenamente favoráveis ao paciente, verificando-se, com base em dados concretos, extraídos dos autos, a necessidade de fixação da pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal, sendo certo que, salvo no caso de patente ilegalidade, constatadas de plano, é que se mostra possível o reexame da dosimetria pena pela estreita via de *Habeas Corpus*, o que não é o caso.

- O julgador ao realizar a individualização da pena, de forma correta e proporcional, considerou as peculiaridades do caso concreto, valorando negativamente culpabilidade, a conduta social e personalidade do agente, destacando tratar-se de agente contumaz na prática de crimes e que 'agiu com dolo intenso, de forma premeditada, além de ter agredido fisicamente a vítima', e que 'as provas dos autos indicam que ele não tem boa conduta social, não tendo ocupação laboral, o que comprova que ele vive na marginalidade', acrescentando que cometeu o crime quando estava em livramento condicional, não havendo, desta forma, abuso evidente que justifique a alteração da reprimenda, uma vez que a elevação da pena-base se mostra plenamente justificada.

Habeas Corpus não conhecido."

(HC 192.634/PE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013)

"HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. SOPESAMENTO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DESTA STJ. CONDUTA SOCIAL. DESEMPREGO. ARGUMENTO INIDÔNICO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO DAS VÍTIMAS. POSSIBILIDADE. GRAVE AMEAÇA A CRIANÇA. DESFAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CONCURSO DE AGENTES. CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO. ANÁLISE NA PRIMEIRA FASE. ILEGALIDADE. OFENSA AO SISTEMA TRIFÁSICO. CONSTRANGIMENTO EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. NEGATIVIDADE DE ALGUMAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

1. Não há falar em constrangimento ilegal na exasperação da pena decorrente da culpabilidade acentuada do agente, porquanto a premeditação, ao contrário do dolo de ímpeto, está a apontar uma conduta mais censurável, diante do planejamento antecipado da ação criminosa, mostrando-se justificada, portanto, a elevação da pena-base sob esse argumento.

2. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Exegese da Súmula 444 deste STJ.

3. O fato de o paciente não trabalhar, por si só, não evidencia a negatividade da circunstância judicial da conduta social, tendo em vista que a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, é infortúnio e não algo tencionado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Havendo suficiente fundamentação quanto às consequências do delito para as vítimas, que sofreram diversos prejuízos e transtornos em razão dos crimes praticados pelo acusado, não há que se falar em ilegalidade da sentença na parte em que aumentou a pena-base em razão da desfavorabilidade dessa circunstância judicial, nem do aresto que a manteve nesse ponto.

5. O fato de uma das vítimas ser criança e ter sido gravemente ameaçada de morte, justifica maior elevação na reprimenda básica, pois desfavoráveis as circunstâncias do crime.

6. Ofende ao sistema trifásico de aplicação da pena e às regras penalmente existentes o édito condenatório que leva em consideração a majorante legal do concurso de pessoas para elevar a sanção na primeira etapa da dosimetria, a título de circunstâncias desfavoráveis do delito.

7. Remanescendo circunstâncias judiciais negativas, devidamente justificadas na sentença, não há como fixar a sanção básica em seu mínimo legal.

8. *Habeas corpus* parcialmente concedido para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sanção definitiva em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 53 (cinquenta e três) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado."

(HC 124.063/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 28/06/2010)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE PESSOAS. TROCA DE TIROS COM POLICIAIS, EM LOCAL MOVIMENTADO, QUE CULMINOU COM A FUGA DE UM DOS AGENTES E O FERIMENTO DE PEDESTRE. DOSIMETRIA DA PENA. OBEDIÊNCIA AO SISTEMA TRIFÁSICO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *Habeas Corpus*, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis relativas ao paciente, ao *modus operandi* da ação criminosa e às consequências do crime.

2. O destemor dos agentes, que trocaram tiros com a polícia em local movimentado, possibilitando a fuga de um dos acusados e o ferimento de pedestre, bem como o reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis relativas ao paciente, constituem motivos idôneos para o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada."

(HC 59.142/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2007, DJ 27/08/2007, p. 278)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso especial. Contudo, considerando que o writ foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do *habeas corpus* substitutivo, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma ilegalidade flagrante.

- As circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não são plenamente favoráveis ao paciente, verificando-se, com base em dados concretos, extraídos dos autos, a necessidade de fixação da pena-base acima do mínimo legal, sendo certo que, salvo no caso de patente ilegalidade, constatadas de plano, é que se mostra possível o reexame da dosimetria pena pela estreita via de *Habeas Corpus*, o que não é o caso.

- O julgador ao realizar a individualização da pena, de forma correta e proporcional, considerou as peculiaridades do caso concreto, valorando negativamente culpabilidade, a conduta social e personalidade do agente, destacando tratar-se de agente contumaz na prática de crimes e que 'agiu com dolo intenso, de forma premeditada, além de ter agredido fisicamente a vítima', e que 'as provas dos autos indicam que ele não tem boa conduta social, não tendo ocupação laboral, o que comprova que ele vive na marginalidade', acrescentando que cometeu o crime quando estava em livramento condicional, não havendo, desta forma, abuso evidente que justifique a alteração da reprimenda, uma vez que a elevação da pena-base se mostra plenamente justificada.

Habeas Corpus não conhecido."

(HC 192.634/PE, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013)

Dessarte, passo à fixação das reprimendas. Reduzo a pena-base aplicada pelo Juízo de origem para 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa, pelo roubo circunstanciado, e para 3 (três) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, juntamente com 10 (dez) dias-multa, quanto ao porte de arma de fogo e munições, em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis remanescentes de ambos os crimes. Restando por definitiva a reprimenda imposta pela Lei n.º 10.286/03, acresço a sanção do delito patrimonial em 1/3 (um terço) pela causa de aumento - arma de fogo -, tornando-a em 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 14 (catorze) dias-multa.

Quanto à fixação do regime inicial menos gravoso, inviável o acolhimento do pleito defensivo, a teor da legislação penal vigente, *verbis*:

"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Alterado pela L-007.209-1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."

Ao que cuido, é de ver que as penas do paciente foram fixadas acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável.

Assim, conquanto a reprimenda final tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento das sanções impostas ao paciente, deveu-se à existência de circunstância judicial desfavorável, em estrita observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º, do Código Penal, norma penal que faz menção especialmente ao exame das circunstâncias elencadas no artigo 59 do Estatuto Repressivo para o estipulação do regime carcerário.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

"PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. AGRAVAMENTO. POSSIBILIDADE.

1 - Fixada a pena base acima do mínimo legal, em virtude de circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a imposição de regime inicial mais gravoso, no caso o fechado.

2. Assim, ausente patente ilegalidade, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *habeas corpus*.

3 - Ordem denegada."

(HC 113.688/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CERTIDÕES QUE COMPROVEM A ALEGADA PRIMARIEDADE DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A sanção imposta ao paciente revela-se razoável, visto que a pena-base foi estabelecida um pouco acima do mínimo legal (três meses) em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, vale dizer, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presença de antecedentes negativos, sendo fixada nos termos do art. 59, c/c o art. 68, ambos do Código Penal.

2. A folha de antecedentes criminais, juntada pela própria impetrante às fls. 14/17, que corresponde às de fls. 58/61 dos autos principais, não se mostra suficiente para comprovar a alegada primariedade do paciente, visto que a sentença condenatória se reporta a outras certidões negativas, que não foram acostadas ao presente feito.

3. Dessarte, as aludidas certidões mostram-se imprescindíveis à avaliação de quais processos foram levados em consideração para o reconhecimento dos maus antecedentes.

4. De outra parte, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

5. No que diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deve ser mantido o entendimento da instâncias ordinárias, pela inadmissibilidade da incidência do referido benefício, porquanto não satisfeitos os requisitos contidos no art. 44, III, do Código Penal, pois os antecedentes criminais apontados não indicam que tal benesse seja suficiente para a prevenção e repressão do crime pelo qual o paciente foi condenado.

6. *Habeas corpus* denegado."

(HC 117.812/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 01/06/2009)

"**HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA DE VEÍCULO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.**

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal e a fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o semi-aberto, foram devidamente justificadas pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Com efeito, a particularidade de se tratar de receptação de veículo, que pressupõe crime anterior grave, além de ter ficado comprovado que o paciente era o dono da oficina especializada em desmanche de veículos, fazendo dessa atividade o seu meio de vida, como bem acentuou o acórdão impugnado, torna especialmente grave a conduta, que, por isso, merece maior reprovação. Importante ressaltar que a elevação ocorreu de forma moderada e proporcional, apenas em 6 meses acima do mínimo previsto na norma penal de regência (3 anos).

3. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso, como reiteradamente tem decidido esta Corte.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, quando não atendidos os requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

5. Precedentes do STJ.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 91.822/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 09/12/2008)

"*HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUFICIÊNCIA. INCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

2. De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90.

3. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90 ao regime progressivo, resta afastado o fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o sursis.

4. A substituição da pena privativa de liberdade pela sanção restritiva de direitos, prevista no artigo 44 do Código Penal, enquanto resposta penal em natureza, está subordinada, inarredavelmente, ao princípio da suficiência.

5. Concluindo a Corte Estadual pela necessidade do réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, à luz de motivação excludente, em natureza, das condições da pena restritiva de direito, também recusa a substituição da pena privativa de liberdade, por necessária consequência, ante sua insuficiência.

6. Ordem denegada."

(HC 76.290/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJe 22/09/2008)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E MAUS ANTECEDENTES. DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RESISTÊNCIA. ADOÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O RESGATE DA SANÇÃO CORPORAL FUNDAMENTADA NAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. As circunstâncias judiciais desfavoráveis (elevada culpabilidade, circunstâncias do crime e maus antecedentes, em vista das condenações transitadas em julgado) autorizam a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da sanção corporal, ainda que a pena total tenha sido concretizada em 5 anos. Precedentes.

2. O paciente não comprovou a alegada primariedade; ao contrário, indicam os autos que possui pelo menos duas condenações penais transitadas em julgado, estando ademais cumprindo pena em relação ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de resistência.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada."

(HC 193.146/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 03/06/2011)

"*HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.

1. A pretensão absolutória, por demandar inevitável incursão no conjunto fático-probatório, não se mostra compatível com a via estreita do *habeas corpus*.

2. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, antecedentes e consequências do crime - autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

3. Ordem denegada."

(HC 69.527/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 23/05/2011)

Ante o exposto, **não conheço** do writ. Contudo, **de ofício, concedo** a ordem a fim de diminuir a pena, quanto ao roubo circunstanciado, para 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 14 (catorze) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal; e, no tocante ao porte ilegal de arma de fogo e munições, para 3 (três) anos e 20 (vinte) dias de reclusão, juntamente com 10 (dez) dias-multa, no *quantum* unitário do ínfimo previsto em lei, mantendo o regime fechado outrora cominado pelas instâncias de origem, nos autos do Processo n.º 2008.07.1.024993-8, da 3.ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Taguatinga/DF.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0040848-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 198.666 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080710249938 2499382008

EM MESA

JULGADO: 12/11/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: TIAGO LOPES DE OLIVEIRA
CORRÉU	: JÚLIO CÉSAR BRAGA FERREIRA
CORRÉU	: GLEDSON DA SILVA BELO
CORRÉU	: THIAGO BRAGA MARTINS
CORRÉU	: WANDERLEY MATOS DA SILVA
CORRÉU	: KENISON RENATO PEREIRA ASSUNÇÃO
CORRÉU	: RAQUEL MARCELLA SANTOS DE OLIVEIRA
CORRÉU	: JEAN VELOZO GOMES DA SILVA
CORRÉU	: CARLOS ALBERTO VIDAL

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 Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.