



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.083 - SP (2010/0192604-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO BOSCO RODRIGUES DOS SANTOS CAMPOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. ROUBO. AGRAVANTE. IDADE DA VÍTIMA. FRAÇÃO DE AUMENTO. ILEGALIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. Há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam ao aumento na fração de 1/3, na segunda fase da dosimetria, pela incidência da agravante da idade da vítima, baseando-se, somente, no fato de que o ofendido possuía setenta e seis anos à época do crime, elemento objetivo da própria circunstância.

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível lhe coarctar a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

4. As instâncias ordinárias, ao optarem pelo regime mais gravoso, não apontaram elemento dos autos (como o *modus operandi*, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicial fechado.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao patamar de 1/6 o aumento da reprimenda procedido na segunda etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa, e fixar o regime semiaberto para início do seu cumprimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP).

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.083 - SP (2010/0192604-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

**IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE -
DEFENSORA PÚBLICA**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

PACIENTE : JOÃO BOSCO RODRIGUES DOS SANTOS CAMPOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOÃO BOSCO RODRIGUES DOS SANTOS CAMPOS, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação n. 990.09.125335-9).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 13 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, *caput*, c/c o art. 61, II, "h", ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou, havendo a Corte de origem negado provimento ao recurso. Nas razões deste *mandamus*, a defesa insurge-se contra o aumento da pena, na segunda fase da dosimetria, por incidência da agravante relativa à idade da vítima, realizado no patamar de 1/3, sem a devida fundamentação. Aponta, também, ilegalidade na fixação do regime fechado, pois estabelecido com base na gravidade abstrata do delito, violadas as Súmulas n. 718 e 719 do STF.

Requer a concessão da ordem, para "que seja fixado o regime aberto como inicial para o cumprimento da reprimenda e [...] reduzido o aumento feito em virtude da agravante para 1/6" (fl. 8)

Indeferida a liminar (fl. 45) e prestadas as informações (fls. 54-94), veio parecer do Ministério Público Federal, às fls. 97-98, que opinou pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.083 - SP (2010/0192604-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO. AGRAVANTE. IDADE DA VÍTIMA. FRAÇÃO DE AUMENTO. ILEGALIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. Há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam ao aumento na fração de 1/3, na segunda fase da dosimetria, pela incidência da agravante da idade da vítima, baseando-se, somente, no fato de que o ofendido possuía setenta e seis anos à época do crime, elemento objetivo da própria circunstância.

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível lhe coarctar a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

4. As instâncias ordinárias, ao optarem pelo regime mais gravoso, não apontaram elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicial fechado.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao patamar de 1/6 o aumento da reprimenda procedido na segunda etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa, e fixar o regime semiaberto para início do seu cumprimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 13 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, *caput*, c/c o art. 61, II, "h", ambos do Código Penal.

Irresignada, a defesa apelou, havendo a Corte de origem negado provimento ao recurso.

II. Fração de aumento pela agravante da idade da vítima

Sobre o aumento de pena relativo à agravante da idade da vítima, cumpre salientar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Na verdade, o art. 61 limitou-se a prever as circunstâncias que sempre agravam a pena, embora não tenha mencionado qualquer valor de aumento. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que estipula as circunstâncias que sempre atenuam a pena, sem, contudo, fazer nenhuma menção ao *quantum* de redução.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que cabe ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, "é possível a aplicação de fração superior a 1/6 pelo reconhecimento de agravante, desde que haja a devida motivação" (HC n. 293.460/SP, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 3/8/2015).

No caso, verifico que as instâncias ordinárias **elevaram a pena no patamar de 1/3, em razão da agravante relativa à idade da vítima, baseando-se, somente, no fato de que o ofendido possuía setenta e seis anos à época do crime, elemento objetivo da própria circunstância.** Portanto, afigura-se desproporcional o aumento da pena realizado pelo Juízo singular e confirmado pela Corte de origem.

Confira-se o trecho da sentença: "em seguida, aumentei a pena em um terço em virtude da circunstância agravante descrita no artigo 61, II, "h" (velho), contando a vítima setenta e seis anos de idade na época dos fatos" (fl. 20).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, consignou que "a reprimenda foi criteriosamente fixada, majorada em 1/6, por conta da incidência da agravante contemplada no artigo 61, inciso II, letra 'h', do Código Penal (crime cometido contra maior de 60 anos de idade), de modo que o réu não tem do que reclamar" (fl. 35).

Nesse ponto, destaco que, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, **bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.**" (RHC n. 115.654/BA, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 21/11/2013, destaquei).

Tal situação, portanto, ficou caracterizada na espécie dos autos, porque, conforme já salientado, o aumento acima do mínimo legal, em razão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da agravante da idade da vítima, não foi concretamente fundamentado.

Assim, entendo que deve ser redimensionada a reprimenda aplicada ao paciente, com sua redução, na segunda fase da dosimetria, no patamar de 1/6, considerado pela jurisprudência desta Corte Superior como razoável e proporcional. Ilustrativamente:

[...]

7. A jurisprudência deste Superior Tribunal é firme em assinalar que, não obstante a legislação não haja estabelecido frações específicas para o aumento ou a diminuição em decorrência das agravantes e das atenuantes, a fração de 1/6 mostra-se razoável e proporcional, de modo que é efetivamente desproporcional a redução da pena em somente 1/18 em decorrência da atenuante da confissão espontânea. Ilegalidade sanada de ofício.

[...]

(REsp n. 1.493.789/MA, de minha relatoria, 6ª T., DJe 19/11/2015)

III. Readequação da pena

Caracterizada a coação ilegal, passo à readequação da pena.

Partindo dos critérios adotados pelo acórdão objurgado, verifico que a pena-base foi fixada, no mínimo legal, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, reduzo a exasperação da reprimenda de 1/3 para a fração de 1/6, em razão da idade da vítima, ficando a sanção estabelecida, definitivamente, em **4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa**.

IV. Regime inicial

Quanto à almejada modificação do regime inicial para o aberto, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (**HC n. 279.272/SP**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; **HC n. 265.367/SP**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; **HC n. 213.290/SP**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; **HC n. 148.130/MS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

Na espécie, o Juízo monocrático fixou o regime inicial fechado para início do cumprimento da reprimenda imposta, pelos seguintes fundamentos (fls. 23-24, grifos do autor):

[...]

E a análise do caso concreto não pode se limitar aos efeitos que o crime, no caso o roubo, produziu à vítima imediata, mas também ao malefício que a específica expressão da criminalidade representa para a sociedade presente.

[...]

Destarte, ainda que na hipótese concreta, do ponto de vista da vítima, o roubo não tenha produzido consequências de especial gravidade, autorizando no mínimo a fixação da pena-base, a imposição do regime mais severo se impõe diante dos gravíssimos danos que os crimes dessa natureza produzem atualmente para a sociedade.

Por isso não há qualquer incongruência na fixação do regime fechado ao autor de roubo que teve a sua pena-base aplicada no mínimo legal.

O Tribunal de origem, por sua vez, assim justificou a manutenção do regime inicial mais gravoso imposto na sentença (fl. 35, grifos do autor):

Outrossim, tratando-se de roubo, a opção pelo regime inicial fechado é mesmo a mais adequada. Aliás, pouco importa que o roubo seja simples ou qualificado, consumado ou tentado: **em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o comete.**

Faço lembrar que o STJ entende que "faz *jus* o paciente ao regime semiaberto, na medida em que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão superior a 04 e inferior a 08 anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão" (HC n. 216.266/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 30/10/2012).

Verifico, portanto, **estar presente o apontado constrangimento ilegal**, pois as instâncias ordinárias, ao optarem pelo regime mais gravoso, não apontaram elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso. A Corte de origem apenas indicou a gravidade abstrata do delito de roubo, dizendo que "em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o comete".

Assim, a fixação do regime fechado é ilegal, ante a ausência de fundamentação idônea, aliada ao fato de o paciente ser primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável. Contudo, considerada a **pena aplicada em 4 anos e 8 meses de reclusão, diferentemente do pretendido pela impetrante, o regime inicial semiaberto é adequado ao caso**, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

Nesse sentido:

[...]

4. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.

5. O Tribunal local entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "personalidade desajustada", na gravidade genérica do delito cometido e na "intranquilidade gerada no meio social", sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

6. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, com a readequação da pena final, e fixar o regime semiaberto.

(HC n. 263.105/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/6/2015, destaquei).

V. Dispositivo

À vista de todo o exposto, **não conheço do habeas corpus**, por entender inadequado o uso do *writ* substitutivo do meio impugnativo próprio. No entanto, dada a evidência da coação ilegal apontada, **concedo a ordem, de ofício**, para 1) **reduzir para 1/6 a exasperação da pena em relação à agravante da idade da vítima, resultando a sanção definitiva em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa**, e 2) **fixar o regime semiaberto para início de seu cumprimento**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0192604-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 188.083 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50080315470

6042008

990091253359

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **JOÃO BOSCO RODRIGUES DOS SANTOS CAMPOS**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP).