



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 108.409 - SP (2008/0128407-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK DOS SANTOS TEIXEIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALUSÕES GENÉRICAS. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. ENUNCIADOS N.º 718 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E N.º 440 DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Hipótese em que o magistrado singular, para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ressaltou as consequências do delito, "que vem assolando nossa sociedade, que já não possui condições de viver sossegadamente", e a personalidade "do acusado, a audácia demonstrada, já que rouba cidadão em via pública, não poupando violência nem mesmo a nível patrimonial, ausência de qualquer timidez ou medo de repressão policial".
2. Não se admite considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis apenas declinando elementos inerentes ao próprio tipo penal.
3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.
4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis as circunstâncias judiciais, não é possível a imposição de regime prisional mais severo que aquele fixado em lei sem motivação idônea. Enunciados n.º 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.
5. Ordem concedida para diminuir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

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 Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 28 de junho de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 108.409 - SP (2008/0128407-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK DOS SANTOS TEIXEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ERICK DOS SANTOS TEIXEIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 01119609.3/5-0000-000).

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Irresignada com a condenação, a Defesa interpôs recurso de apelação para o Tribunal *a quo*, ao qual foi dado parcial provimento para diminuir a reprimenda privativa de liberdade para 6 anos e 5 meses de reclusão, mantido o regime anteriormente fixado.

Sustenta o impetrante que o magistrado de primeira instância, para majorar a pena base do paciente, utilizou-se de argumentos que dizem respeito ao próprio tipo sancionador, tendo em vista que a apontada grave ameaça é elementar ao crime de roubo, operando em indevido *bis in idem*.

Defende, também, que a fração aplicável em razão das causas de aumento previstas para o crime de roubo deve ser fixada no mínimo legal, pois não há no caso nenhuma circunstância excepcional que justifique a exasperação, já que o crime foi cometido com a utilização de uma faca de cozinha e somente por duas pessoas.

Alega, ainda, a impropriedade no estabelecimento de fração matemática para a majoração da pena em razão do número de circunstâncias que causam o aumento de pena no crime de roubo, aduzindo que cabe ao magistrado, respeitadas as características de cada caso, operar a exasperação, dentro da amplitude descrita no artigo 157, § 2º, do Código Penal.

Assevera, por fim, que a gravidade do crime não é fundamento idôneo à fixação do regime inicial fechado, a qual deve respeitar o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, citando, para corroborar sua tese, o enunciado da Súmula n. 718, do Supremo Tribunal Federal. Por esta razão, alega que o paciente tem direito de começar a cumprir a sua pena no regime semiaberto, mormente por se tratar de réu primário à época dos fatos.

Na sentença condenatória, a dosimetria da pena do paciente foi realizada nos seguintes termos (11/17):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atendendo as circunstâncias, as consequências do delito, que vem assolando nossa sociedade, que já não possui condições de viver sossegadamente, aliás, não tem segurança sequer para se trabalhar e voltar para o reduto do seu lar, a personalidade do acusado, a audácia demonstrada, já que rouba cidadão em via pública, não poupando violência nem mesmo a nível patrimonial, ausência de qualquer timidez ou medo de repressão policial, o dolo, bem como os demais elementos norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo-lhe a pena base em acima do mínimo: 05 (cinco) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal tendo em vista o preceito sancionador do artigo 157, 'caput' do Código Penal. Agora, diante das duas qualificadoras, parágrafo 2º incisos I e II, do citado artigo, c.c. o artigo 49, parágrafos 1º e 2º, e 60, 'caput', todos do Código Penal, aumento-a em 1/2 (metade) uso de arma e co-autoria, finalizando a reprimenda em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo legal; a pena exige majoração superior do mínimo, sob pena de indevido estímulo à criminalidade mais perigosa e eficiente (roubo em concurso de agentes e a mão armada), caso a reprimenda fosse menor. Interpretação em outro sentido estimularia, sem devida, a prática de roubos a mão armada e com co-autor, onde o sucesso da empreitada criminosa estaria mais garantido, bem como porque a pena, estando o agente sozinho e armado, seria a mesma, não tendo ele nada a perder ao se associar a outros roubadores, mas só a ganhar com a perspectiva de impunidade, pela maior possibilidade de consumação ocorrente na espécie.

(...)

O acusado deverá cumprir sua pena, inicialmente, em regime fechado, haja vista a personalidade desviada dele e a periculosidade demonstrada pelas provas colhidas nos autos, o que vem a patentear a falta de condição de conviver em sociedade. Ao contrário do mencionado pela douta defesa, não se vê, em princípio, que a brandura do regime prisional se proporcione como satisfação suficiente à reprovação do crime de roubo, sendo que os Tribunais superiores vêm entendendo que o regime fechado é o mais adequado e o mais consentâneo com a gravidade do crime de roubo, no caso com uso de arma de fogo e em co-autoria, além de responder a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade violenta.

Por ocasião do julgamento do recurso de apelação, no tocante à dosimetria da pena, a autoridade apontada como coatora assentou (fls. 18/22):

A sentença fundamentou bem a elevação das penas básicas, pois salientou as consequências do crime à sociedade e a certeza da impunidade que o apelante demonstrou com sua conduta quando rouba 'cidadão em plena via pública'. Portanto, esses motivos não se confundem com o tipo infringido, como afirmado pela combativa defesa. Anoto que apesar da menção ao antecedente criminal isso não foi considerado na fixação da pena.

Por outro lado, merece reparo a dosimetria porque exacerbada. Em razão disso, elevo as reprimendas básicas em 1/6 resultando em quatro anos e oito meses de reclusão, mais o pagamento de onze dias-multa, unidade mínima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Altero a majoração por conta das causas de aumento, para 3/8, em razão do princípio da proporcionalidade e da Lei nº 9.426/96, resultando as penas dos apelantes seis anos e cinco meses de reclusão, e ao pagamento de quinze dias-multa, valor mínimo.

Lembro ainda que a motivação constante do decreto condenatório apresenta-se indônea e não contrária as Súmulas 718, ou mesmo a 719, do excelso Supremo Tribunal Federal no tocante ao regime imposto, pois bem dimensionou a reprovabilidade da conduta delituosa do apelante a merecer um regime mais rigoroso.

(...)

O regime prisional adequado para crime violento como o roubo qualificado é o fechado.

Todo indivíduo que participa de roubo revela extrema periculosidade, pois está disposto a tudo para conseguir seu objetivo e sair ileso.

Esse tipo de infração intranquiliza a população e vem crescendo, principalmente nas metrópoles, o que justifica plenamente a fixação da modalidade mais grave para a purgação da sanção. Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, e assim evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, como também lhe aplicará o devido castigo.

Pretende a fixação da pena-base imposta ao paciente no seu mínimo legal, a aplicação da fração mínima para as causas de aumento previstas para o crime de roubo e a adequação do regime inicial para o cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida (fls. 28/31).

Foram prestadas as informações às fls. 40/53.

O parecer do Ministério Público Federal é pela concessão parcial da ordem (fls. 56/63), para "reformular o v. acórdão, com o propósito de que novo *decisum* seja proferido com adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às duas qualificadoras do crime de roubo, mantendo-se a condenação, bem como aplicando-se o regime semiaberto para cumprimento de pena, uma vez que não há como impor ao paciente o regime inicial fechado com base exclusivamente na gravidade genérica do delito".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 108.409 - SP (2008/0128407-3)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ALUSÕES GENÉRICAS. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. ENUNCIADOS N.º 718 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E N.º 440 DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Hipótese em que o magistrado singular, para fixar a pena-base acima do mínimo legal, ressaltou as consequências do delito, "que vem assolando nossa sociedade, que já não possui condições de viver sossegadamente", e a personalidade "do acusado, a audácia demonstrada, já que rouba cidadão em via pública, não poupando violência nem mesmo a nível patrimonial, ausência de qualquer timidez ou medo de repressão policial".
2. Não se admite considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis apenas declinando elementos inerentes ao próprio tipo penal.
3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.
4. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis as circunstâncias judiciais, não é possível a imposição de regime prisional mais severo que aquele fixado em lei sem motivação idônea. Enunciados n.º 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.
5. Ordem concedida para diminuir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca a impetração: a) a fixação da pena-base imposta ao paciente no seu mínimo legal; b) a aplicação da fração mínima para as causas de aumento previstas para o crime de roubo; c) a adequação do regime inicial para o cumprimento da pena.

No caso, o magistrado de primeiro grau fixou a pena-base do paciente em 5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(cinco) anos por considerar desfavoráveis as seguintes circunstâncias judiciais: consequências do delito e a personalidade do agente.

Para tanto, ressaltou que o delito de roubo "que vem assolando nossa sociedade, que já não possui condições de viver sossegadamente", e a personalidade "do acusado, a audácia demonstrada, já que rouba cidadão em via pública, não poupando violência nem mesmo a nível patrimonial, ausência de qualquer timidez ou medo de repressão policial".

Ao seu turno, o Tribunal *a quo*, a despeito de diminuir a pena-base, manteve-a acima do mínimo legal, destacando para tanto "as consequências do crime à sociedade e a certeza da impunidade que o apelante demonstrou".

Constata-se que tais motivos revelam-se genéricos e atinentes ao próprio tipo penal, não podendo ser valorados em prejuízo do acusado.

É importante registrar, de saída, que se consolidou o entendimento de que, no âmbito estreito do *habeas corpus*, não é possível promover o redimensionamento da pena, quando a matéria envolver exame de material fático-probatório:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e consequências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Todavia, *in casu*, ao que percebo, é viável corrigir-se a ilegalidade que, a meu sentir, ocorreu no acórdão atacado, pois o Tribunal *a quo* manteve a pena-base acima do mínimo legal fundamentando em circunstâncias genéricas, inerentes ao tipo penal.

Sobre a fundamentação na dosimetria da pena, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE DO AGENTE. SIMPLES MENÇÃO À POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. MOTIVO DO CRIME. LUCRO FÁCIL. CONSIDERAÇÕES INDEVIDAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITO. ART. 44, § 2º (PRIMEIRA PARTE), DO CÓDIGO PENAL.

1. Mostra-se desarrazoada a elevação da pena em razão da culpabilidade do agente e dos motivos do crime, na medida em que não houve indicação de razões válidas e suficientes para justificar a consideração das aludidas circunstâncias como desfavoráveis ao réu. Precedentes desta Corte.

2. Conquanto a graduação do dolo ou culpa constitua fator idôneo a ser sopesado no exame da culpabilidade do agente, o juiz não se vê livre da tarefa de indicar elementos concretamente aferíveis a dar suporte à sua consideração, o que não ocorreu na espécie, onde se limitou a ressaltar, de forma genérica, ser o réu possuidor de potencial consciência da ilicitude.

3. Ademais, o "lucro fácil", também não tem o condão de ensejar a exasperação da pena-base, pois tal fundamento é inerente a todo crime contra o patrimônio e já foi considerado pelo próprio legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada, não podendo, justamente por isso, ser novamente valorado pelo julgador sob pena de incorrer-se no vedado bis in idem.

4. Restando preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal e em se tratando de condenação igual a 1 (um) ano, fica a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, nos termos do § 2º (primeira parte), do referido dispositivo.

5. Ordem concedida para, mantida a condenação, reformar o acórdão ora hostilizado para reduzir a pena do Paciente para 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo legal, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser designada pelo Juízo das Execuções Criminais, pelo prazo da nova pena privativa fixada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 104.686/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 15/06/2009)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 121, § 2º, INCISOS II E IV, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE APENAS EM RELAÇÃO A DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.

I - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade (HC nº 39.030/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/04/2005).

II - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da CF/88). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada. (Precedentes do STF e STJ).

III - Na hipótese, verifica-se que a r. decisão objurgada carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível quanto ao aumento de pena em razão dos maus antecedentes, conduta social e personalidade do acusado.

IV- Ora, 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 do Pretório Excelso e do STJ). Destarte, a condenação que o réu registra não poderia ter sido considerada para aumentar a pena-base por maus antecedentes e agravar a pena pela reincidência, sob pena de violação ao princípio do *non bis in idem*.

V - Ademais, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes) VII - Entretanto, verifica-se, in casu, que há fundamentação concreta para elevar a pena-base acima do mínimo legal em face do desfavorecimento das circunstâncias do crime e da culpabilidade do agente.

VIII - Com efeito, reconhecida duas qualificadoras, não só em decorrência da sistemática do Código Penal, mas também em respeito à soberania do Tribunal Popular (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea e da Lex Fundamental), uma enseja o tipo qualificado e a outra deverá ser considerada como circunstância negativa, seja como agravante (se como tal prevista), seja como circunstância judicial (residualmente, conforme o caso, art. 59 do CP). (Precedentes). Na hipótese dos autos, uma qualificadora foi corretamente considerada como circunstância judicial desfavorável.

IX - Portanto, sendo desfavoráveis duas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP a pena-base do crime de homicídio duplamente qualificado não poderá ser fixada no mínimo legal.

Habeas corpus parcialmente concedido.

(HC 138.688/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 07/12/2009)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. FIXAÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. OBSERVÂNCIA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SISTEMA TRIFÁSICO. ART. 68 DO CÓDIGO PENAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM.

NÃO-OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Observado, para a fixação da pena, o sistema trifásico, considerando-se, em primeiro lugar, as circunstâncias judiciais do caput do art. 59, seguidas da aplicação da agravante genérica da reincidência e, depois, da causa de especial prevista no art. 70 do Código Penal, não há falar em ilegalidade.

2. Correta a fixação da pena-base acima do mínimo legal quando observado, pelo juiz sentenciante, o preceito do art. 59 do Código Penal, uma vez que os pacientes apresentam personalidades delituosas e condutas sociais insatisfatórias, já que se mostram renitentes na prática delitiva, devendo-se levar em conta, ainda, o fato de as vítimas permanecerem abaladas após o fato delituoso (consequências do crime).

3. Afasta-se a alegação de *bis in idem* quando resta evidente que a apreciação da vida pregressa, para a fixação da pena-base, e a aplicação da agravante relativa à reincidência não dizem respeito ao mesmo fato.

4. Ordem denegada.

(HC 106.810/MS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 28/10/2008)

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. ACRÉSCIMO DA PENA-BASE. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. ILEGALIDADE. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

1. O comportamento da vítima tachado como neutro não pode ser valorado como prejudicial ao acusado.

2. Mostra-se adequado o aumento da pena-base decorrente do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam, culpabilidade, antecedentes, circunstâncias e consequências do crime, fundamentadas de forma concreta, nos termos do art. 59 do Código Penal.

3. Ordem parcialmente concedida.

(HC 86.493/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 29/03/2010)

Desta forma, conclui-se inexistirem elementos aptos a conduzirem ao enrijecimento da resposta estatal nesta primeira fase de dosimetria da pena.

Com relação à fração utilizada na terceira fase da dosimetria da pena, verifica-se que, na hipótese, houve a exasperação da pena acima do mínimo legal (um terço) apenas em razão da presença de duas causas de aumento.

Com efeito, na sentença, fez-se simples menção à existência das duas majorantes, fixando-se o acréscimo acima do mínimo legal sem qualquer motivação concreta.

Em sede de apelação, embora o Tribunal de origem tenha reduzido o patamar de acréscimo, igualmente não indicou qualquer circunstância fática a justificar a necessidade e conveniência do aumento acima do mínimo legal, em 3/8 (três oitavos).

Conforme vem reiteradamente decidindo este Superior Tribunal, em se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

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

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

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

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

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

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

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

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

1. A presença de três causas de aumento pode ensejar a majoração da reprimenda além de 1/3, devido ao maior grau de reprovabilidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta do agente, contudo, tal orientação não implica em dizer que a simples presença de tais circunstâncias, isoladamente, justifica a exasperação da pena acima do mínimo previsto, em virtude da necessidade de devida fundamentação.

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

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

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

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

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

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

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

Dessarte, passo à fixação da pena. Fixo a pena-base no mínimo legal, a saber, 4 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, posto que não foram apontadas circunstâncias judiciais concretas a ensejarem a sua elevação.

Majoro a reprimenda, pelo uso de arma e pelo concurso de agentes, em 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Em relação à fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena imposta, mostra-se agora incoerente, haja vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, em razão da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Já foi decidido inúmeras vezes por esta Corte que tal circunstância não é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idônea a legitimar a fixação de regime prisional mais rigoroso do que o permitido por lei. Ademais, causa espécie fixar-se a pena-base no mínimo legal e, posteriormente, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme o disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Confiram-se, a propósito, acórdãos proferidos pela Sexta e Quinta Turmas desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. NECESSIDADE DE ANÁLISE E VALORAÇÃO DE PROVA. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. REGIME INICIAL MAIS SEVERO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. DECISÃO FUNDAMENTADA APENAS NA GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. SÚMULA 718/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Alegações de fragilidade do conjunto probatório coligido em desfavor do paciente demandam, inexoravelmente, apreciação e valoração de matéria fático-probatória, vedadas nesta via.

Precedentes.

2. Nos termos da Súmula 718/STF, 'A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada'.

3. Na hipótese, a fixação pelo Tribunal *a quo* do regime inicial fechado pela prática do crime de roubo na forma tentada, com base apenas na gravidade genérica do delito, constitui constrangimento ilegal, por inobservância do disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do referido diploma legal.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, a aplicação de regime prisional mais gravoso para o início do cumprimento da reprimenda atenta contra o art. 33, § 3º, do referido diploma legal.

5. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. (HC 55.808/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23.05.2006, DJ 19.06.2006 p. 172.)

PENAL E PROCESSUAL. ROUBO QUALIFICADO. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. RÉU PRIMÁRIO. BONS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO MODIFICADO PARA O SEMI-ABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve considerar, além da quantidade da pena aplicada (§ 2º do art. 33 do CP), as condições pessoais do réu (§ 3º do art. 33 c/c art. 59 do CP), sendo vedado, em regra, avaliar apenas a gravidade abstrata do crime.

Afirmadas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, incabível a imposição de regime inicial fechado, quando a lei permite regime mais benéfico, sem fundamentação objetivamente motivada.

A gravidade do crime de roubo, em si mesma, não é capaz de determinar a imposição do regime inicial fechado, posto que ínsita ao tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal.

'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.' (Súmula 719 do STF)

Ordem CONCEDIDA para estabelecer o regime semi-aberto. (HC 52.535/RJ, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 25.09.2006 p. 314.)

Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado nos enunciados 718 e 719:

Enunciado n.º 718: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

Enunciado n.º 719: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Nesse mesmo sentido, confira-se o teor da Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

Dessa forma, estabeleço o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

Ante o exposto, **concedo** a ordem para diminuir a pena imposta ao paciente, nos autos do Processo n.º 050.06.092976-6, Controle nº 1808/06, da 8ª Vara Criminal de São Paulo, para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa. Ficam mantidos os demais termos do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0128407-3

HC 108.409 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11196093 18082006 50060929766

EM MESA

JULGADO: 28/06/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GABRIEL MACHADO MAGLIO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK DOS SANTOS TEIXEIRA (PRESO)

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 Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.