



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.920 - DF (2010/0169134-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DANIEL FERNANDO EMÍDIO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 440/STJ. SÚMULAS N.º 718 E N.º 719/STF. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base a título de personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

2. *"O fato da res, no crime de roubo, não ter sido recuperada, não pode legitimar aumento na pena-base, pelo veio das circunstâncias, pois a subtração também é elemento do próprio tipo."* (HC 126.943/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 15/06/2011).

3. *"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."* (Súmula n.º 440/STJ). Incidência, na hipótese, das súmulas n.º 718 e n.º 719/STF.

4. *Habeas corpus* concedido para, mantida a condenação, afastar a majoração da pena-base e fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para estabelecer como regime inicial de cumprimento da pena o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir o pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.920 - DF (2010/0169134-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DANIEL FERNANDO EMÍDIO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL FERNANDO EMÍDIO, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, nos autos da apelação n.º 20061010017328.

Consta dos autos que DANIEL FERNANDO EMÍDIO foi condenado por incursão no art. 157, § 2.º, incisos I, II e IV, e no art. 157, § 2.º, incisos I e II, na forma do art. 70, todos do Código Penal, à pena de 08 (oito) anos, 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 31 (trinta e um) dias multas, no valor unitário mínimo.

Irresignado, o Paciente interpôs a apelação n.º 20061010017328, pugnando pelo afastamento da majoração da pena-base, da aplicação das agravantes pelo emprego de arma de fogo e do concurso de agentes e pela alteração do regime prisional adotado.

A Corte de origem desproveu o recurso nos seguintes termos:

"PENAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. CONCURSO FORMAL. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA. PERSONALIDADE. CONSEQUÊNCIAS. USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. REGIME PRISIONAL.

Não cabe redução da pena base quando fixada em patamar razoável e proporcional em razão do negativo sopesamento da maioria das moduladoras do art. 59 do CP.

Censurável a personalidade de agente detentor de vasto histórico criminal, demandando severa resposta estatal. Na aferição da personalidade tece o julgador juízo de periculosidade que se projeta para o futuro, observado fundamento preventivo da pena.

Nada a alterar no sopesamento das consequências, fundada no prejuízo imposto às vítimas, detentoras de precária condição sócio econômica.

A não apreensão da arma de fogo, não constitui óbice à incidência da majorante do art. 157, inciso I, do CP, em suficientemente evidenciado o uso pela prova oral, demandando à defesa o ônus de comprovação de eventual carência de potencialidade lesiva do instrumento, na esteira da mais atualizada jurisprudência dos tribunais superiores.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para a incidência da causa de aumento do concurso de agentes, bastante prova no sentido da participação de mais de um indivíduo na consecução delituosa, nada importando a identificação do coautor/partícipe, sua menoridade ou eventual inimputabilidade, por mais gravosa a conduta daquele que age auxiliado/protegido por terceira pessoa. Indispensável, no caso, apenas a certeza da atuação conjunta.

Nada a alterar no regime prisional adotado, observados os termos do art. 33, §2º, alínea "a", do CP.

Apelação não provida." (fl. 31)

Contra esse acórdão, foi impetrado o presente writ, sustentando-se a ausência de fundamentação idônea para majorar a pena-base acima do mínimo.

Foram solicitadas as informações do Tribunal *a quo*, prestadas às fls. 49/69.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 73/80, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 184.920 - DF (2010/0169134-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 440/STJ. SÚMULAS N.º 718 E N.º 719/STF. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base a título de personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

2. *"O fato da res, no crime de roubo, não ter sido recuperada, não pode legitimar aumento na pena-base, pelo veio das circunstâncias, pois a subtração também é elemento do próprio tipo."* (HC 126.943/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 15/06/2011).

3. *"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."* (Súmula n.º 440/STJ). Incidência, na hipótese, das súmulas n.º 718 e n.º 719/STF.

4. *Habeas corpus* concedido para, mantida a condenação, afastar a majoração da pena-base e fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para estabelecer como regime inicial de cumprimento da pena o semiaberto.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

O presente *writ* sustenta a ausência de fundamentação idônea para majorar a pena-base acima do mínimo legal.

Inicialmente, vale ressaltar que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em sede de *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

No caso dos autos, a sentença, ao analisar as circunstâncias judiciais, embora não tenha valorado negativamente os antecedentes ("*não possui antecedentes penais, eis que as condenações de fls. 100/200 referem-se a fatos posteriores*"), o fez com relação à personalidade ("*sua personalidade revela-se altamente inclinada para o crime, pois o presente fato não é episódico em sua vida*") e às consequências do crime ("*pesam em seu desfavor, pois os bens não foram restituídos em sua totalidade*").

Quanto à análise da personalidade, observa-se que foi indevidamente exasperada a reprimenda do Apenado, já que, nos termos do entendimento adotado pelos Tribunais Superiores, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Confira-se:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. (1) EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. (2) RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. (3) MAUS ANTECEDENTES: AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. (4) FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. READEQUAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA N.º 440/STJ. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

[...]

6. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

[...]

8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida a fim de, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 13 (treze) dias-multa." (HC 204247/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/09/2012, DJe 02/10/2012)

Quanto às consequências do crime, esta Corte superior entende que elas "*não*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem ser consideradas desfavoráveis, ao fundamento de que os bens foram recuperados com avarias, por não haver comprovação de prejuízo exacerbado decorrente da prática criminosa. Ademais, o fato da res, no crime de roubo, não ter sido recuperada, ou devolvida com estragos, não pode legitimar o aumento na pena-base, com supedâneo nessa circunstância judicial, pois a subtração é elemento do próprio tipo penal" (HC 217882/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011).

Nesse sentido:

"PENAL. ROUBO. PENA. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE. ANTECEDENTES. PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS. ELEMENTOS DO TIPO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ILEGALIDADE PARCIAL. CAUSAS DE AUMENTO. SIMPLES MENÇÃO AO NÚMERO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ.

[...]

4. O fato da res, no crime de roubo, não ter sido recuperada, não pode legitimar aumento na pena-base, pelo veio das circunstâncias, pois a subtração também é elemento do próprio tipo. Precedentes.

[...]

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda a 6 (seis) anos de reclusão, mantido o regime fechado e os demais termos da condenação." (HC 126.943/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 15/06/2011.)

Com base nos critérios da sentença, readequo a dosimetria nos seguintes termos: fixada a pena-base no mínimo legal (4 anos de reclusão e 10 dias-multa), deixo de aplicar a atenuante da confissão espontânea na 2.ª etapa da aplicação da pena corporal, ante a incidência da Súmula 231/STJ. Por fim, majoro a sanção em 1/3, razão pela qual a fixo definitivamente a reprimenda em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal.

Neste ponto, há de se adequar o regime inicial de cumprimento de pena.

A imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena do Paciente deve ser alterada, compatibilizando-se à individualização da sanção criminal, uma vez que, consideradas as circunstâncias judiciais de forma favoráveis, a primariedade do Paciente e o *quantum* da pena, é o caso de se fixar o regime semiaberto.

A propósito, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA EM REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

[...]" (HC 234.566/SP, Quinta Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 21/05/2012.)

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, inclusive, ratifica os fundamentos da presente decisão, pois *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 do CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os seguintes verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"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." (Súmula n.º 718)

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

E ainda, o enunciado 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."

Desta feita, considerada a pena definitiva imposta ao Paciente, de 5 anos e 4 meses de reclusão, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que *"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"* e que a *"determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código"*.

Ante o exposto, CONCEDO o *habeas corpus*, para, mantida a condenação, afastar a majoração da pena-base e fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, no mínimo legal. CONCEDO a ordem de *habeas corpus*, de ofício, para estabelecer como regime inicial de cumprimento da pena o semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0169134-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 184.920 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 173282006

20061010017328

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CELIA MENDONÇA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : FERNANDO ANTÔNIO CALMON REIS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : DANIEL FERNANDO EMÍDIO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deferiu o pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.