



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.466 - SP (2012/0029748-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : HARLEI ALEXANDRE PAVEZZI GALVÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI MACHIEWICZ (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, INCISO I, II E V, C.C ART. 70, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DO STJ. RECONHECIMENTO DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 5/12. IMPROPRIEDADE. REGIME INICIAL FECHADO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base a título de maus antecedentes, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis aos réus, 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. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. *Habeas corpus* concedido para, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente e em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial 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, conceder a ordem, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 28 de maio de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.466 - SP (2012/0029748-6)

IMPETRANTE : HARLEI ALEXANDRE PAVEZZI GALVÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI MACHIEWICZ (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de SIDNEI MACHIEWICZ, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido em sede de apelação criminal.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 08 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de oitenta e um dias-multa, pelo cometimento do crime de roubo circunstanciado pelo uso de arma de fogo, concurso de agentes e restrição da liberdade da vítima, em concurso formal (art. 157, § 2.º, incisos I, II e V, c.c. o art. 70, *caput*, ambos do Código Penal).

Pelo que se pode depreender da petição manuscrita, o Impetrante sustenta, em suma, a inexistência de fundamentação capaz de fixar a pena-base acima do mínimo legal, com base apenas nos antecedentes em crime da mesma espécie.

Requer, assim, em liminar e mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal.

O pedido liminar foi indeferido, nos termos da decisão de fl. 28.

Estando os autos devidamente instruídos, dispensei as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 35/39, opinando pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.466 - SP (2012/0029748-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, INCISO I, II E V, C.C ART. 70, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DO STJ. RECONHECIMENTO DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 5/12. IMPROPRIEDADE. REGIME INICIAL FECHADO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base a título de maus antecedentes, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis aos réus, 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. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. *Habeas corpus* concedido para, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente e em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto.

VOTO

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

Narram os autos que o Paciente foi condenado à pena de 08 anos, 03 meses e 05 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 157, § 2.º, incisos I, II e V, c.c. o art. 70, *caput*, do Código Penal, porque, no dia 19 de janeiro de 2005, em companhia de outros três indivíduos não identificados, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e restrição de liberdade, subtraíram a quantia de R\$2.000,00 em dinheiro e diversos bens de valor das vítimas, que se encontravam no interior de uma chácara quando foram rendidas pelos assaltantes, que as trancaram em um banheiro, sempre ameaçadas sob a mira de revólver.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A sentença condenatória assim individualizou a reprimenda do Paciente:

"Em primeiro lugar, considerando as circunstâncias judiciais favoráveis previstas no artigo 59 do Código Penal, em especial a existência de antecedentes do acusado, inclusive em crimes da mesma espécie, demonstrando total indiferença ao patrimônio alheio, além de uma personalidade voltada à prática de crimes, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Considerando as causas especiais de aumento de pena, previstas no inciso I, II e V do § 2º do artigo 157 do Código Penal, aumento, ainda, a pena de 1/2 (metade), o que perfaz um total de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 75 (setenta e cinco) dias-multa.

Considerando, ainda, que o réu, mediante uma só ação, praticou dois delitos idênticos, caracteriza-se o concurso formal de crimes e, portanto, aplica-se o disposto no art. 70 do Código Penal. Assim, aumento a pena de 1/6 (um sexto), perfazendo um total de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 87 (oitenta e sete) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena é o regime fechado, pois o réu possui antecedentes criminais e praticou delito grave, cada vez mais frequente em nosso cotidiano e que cada vez mais atemoriza a sociedade e causa desassossego a todas as classes sociais, merecendo, pois, uma reprimenda mais severa." (fls. 20)

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça paulista deu parcial provimento ao apelo, para reduzir o acréscimo pelas majorantes do crime de roubo, nos seguintes termos:

"Entretanto, a fixação da reprimenda merece pequeno reparo.

Com o advento da Lei nº 9.426/96, que inseriu duas novas causas de aumento de pena no § 2º, do artigo 157, do CP, as frações que podem servir de parâmetro ao aplicador da lei para tal majoração, em situações normais, devem ser redimensionadas, podendo-se, para tanto, adotar, apenas a título de referência, conforme o número de qualificadoras incidentes, a escala crescente seguinte: aumento de um terço (1/3), se presente uma qualificadora; de três oitavos (3/8), se presentes duas; de cinco doze avós (5/12), se presentes três; de onze vinte e quatro avós (11/24), se presentes quatro; e de metade (1/2), se presentes todas.

Amplia-se, dessa forma, o espectro de frações possíveis de serem utilizadas pelo julgador, haja vista a existência atual de duas causas de aumento, raciocínio também adotado pelo nobre julgador.

Nosso posicionamento, portanto, se alinha em aplicar o fracionamento mencionado, cabendo então, pequeno reparo na dosimetria da pena.

A pena-base fica mantida acima do mínimo legal, ou seja, em cinco (05) anos de reclusão e cinquenta (50) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes passo a aplicação do fracionamento de aumento, em 5/12 o que perfaz um total de sete (07) anos e um (01) mês de reclusão e setenta (70) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A aplicação do concurso formal impõe novo aumento, ora em 1/6, perfazendo um total de oito (08) anos, três (03) meses e cinco (05) dias de reclusão e oitenta e um (81) dias-multa.

O regime inicial fechado é adequado ao caso concreto na medida em que se trata de conduta grave a revelar a periculosidade de seu autor consoante já decidiu o E. Supremo Tribunal Federal." (fls. 14/15)

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

No caso dos autos, indevidamente exasperada a reprimenda do Paciente, 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.

Nesse sentido dispõe a Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça:

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

Outrossim, a presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constata a existência de motivos idôneos que indiquem a necessidade da exasperação.

Conclui-se que a Corte Impetrada contrariou o entendimento pacificado neste Tribunal Superior no sentido de que o percentual acima do mínimo na terceira fase da dosimetria da pena deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República).

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 443/STJ: *"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."*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ou seja: a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.

Por fim, correto o percentual de aumento pelo concurso formal de crimes. Nos termos da melhor doutrina, desde que não se ultrapasse o acréscimo decorrente do concurso material, *"o melhor parâmetro para a escolha do acréscimo da pena (de um sexto até a metade), conseqüente do concurso formal, é a consideração do número de fatos (ou seja, de vítimas, crimes ou resultados)"* (Código Penal Comentado, Celso Delmanto, 3ª Ed. Renovar).

Feitas essas considerações, passo a redimensionar a pena.

Na primeira fase, após afastado o reconhecimento de maus antecedentes, a reprimenda inicial resta cominada no mínimo legal, em 04 anos. Na segunda fase, a sanção permanece a mesma pois não há atenuantes ou agravantes. Na terceira fase da aplicação da pena, deve ser retificado o aumento de 5/12 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, ante a ausência de fundamentação idônea para fixá-lo acima desse patamar. Mantido o aumento da pena em 1/6 pelo concurso formal, resta o Paciente condenado à pena de 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão.

Tendo sido a pena-base do Paciente fixada no mínimo legal e inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, que dispõe 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"*.

Portanto, sendo o condenado tecnicamente primário e de bons antecedentes, a decisão que lhes impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

"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."

Ante o exposto, CONCEDO A ORDEM para, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente em 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0029748-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 233.466 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10974213 2142005

EM MESA

JULGADO: 28/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HARLEI ALEXANDRE PAVEZZI GALVÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SIDNEI MACHIEWICZ (PRESO)

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, concedeu a ordem, 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.