



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.325 - MS (2009/0009681-9)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : GRAZIELA EILERT BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROBSON MARTINS TAVARES
ADVOGADO : ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PACIENTE : MARCELO TAVARES
ADVOGADO : ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO E ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. AUMENTO DA PENA ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA, PELO RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE DUAS MAJORANTES. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Se ocorrem circunstâncias judiciais desfavoráveis – no caso, condenações transitadas em julgados, consideradas como maus antecedentes – reconhecidas por intermédio de fundamentação idônea, não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal.

2. Outrossim, "[j]ustificada e razoável a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de habeas corpus, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação" (STJ, HC 58.493/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 24/09/2007).

3. O pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não merece acolhimento, pois os Pacientes negaram em juízo todos os fatos narrados na denúncia. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* na segunda fase da dosimetria, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorrerá na espécie.

5. 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.*"

6. Ordem concedida parcialmente para, com relação a ambos os Pacientes, aplicar a fração mínima de 1/3 na terceira fase da dosimetria da pena, **tão somente quanto ao delito de roubo**, ficando a pena, **referentemente a tal crime**, ao final fixada, para o Paciente Robson Martins Tavares, em **5 anos e 4 meses de reclusão, e 26 dias-multa** e, quanto ao segundo Paciente, Marcelo Tavares, em **6 anos de reclusão, e 40 dias-multa**.

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.325 - MS (2009/0009681-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : GRAZIELA ELIERT BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ROBSON MARTINS TAVARES
PACIENTE : MARCELO TAVARES

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ROBSON MARTINS TAVARES e MARCELO TAVARES, contra acórdão proferido, em sede de apelação criminal, pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Segundo documentação acostada aos autos, os Pacientes foram condenados, em primeira instância, igualmente, às penas de 08 anos e 09 meses de reclusão, pelo crime de estupro e, 07 anos de reclusão e pagamento de 56 dias-multa, pelo crime de roubo.

No julgamento da apelação interposta pelos Pacientes, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo para estabelecer, para ambos, as seguintes penas: a) "*Robson Martins Tavares: 7 anos e 6 meses de reclusão, para o crime de estupro, e 5 anos e 7 meses de reclusão, e pagamento de 28 dias-multa, para o crime de roubo*"; e b) "*Marcelo Tavares: 8 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, para o crime de estupro, e 6 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, e pagamento de 48 dias-multa, para o crime de roubo*" (fl. 337).

Na presente impetração, alega a Impetrante, em suma, que, embora o juízo sentenciante tenha utilizado-se das confissões dos acusados para formar a sua convicção, não reconheceu a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do Código Penal.

Sustenta terem sido utilizados "*argumentos inócuos para elevar a pena-base de ambos os pacientes, em ambos os crimes, acima do mínimo legal*" (fl. 14).

Requer, assim, no presente *writ*, o deferimento da liminar, para

"a - reconhecer a incidência da 'causa de diminuição de pena' da confissão espontânea, face à utilização da prova como meio de convencimento da decisão condenatória, com a conseqüente redução do quantum imposto;

b - reduzir a pena-base fixada aos pacientes, face à inidônea justificativa lançada em relação às 'circunstâncias judiciais' do art. 59, do CP, que não foram sopesadas mediante os critérios legais vigentes, [...];



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c - reduzir a pena fixada aos pacientes, afastando a majoração ilegal da pena-base no crime de roubo (2/5 da pena-base), pela aplicação das 'causas de aumento' de pena acima do mínimo legal permitido, fixando o novo percentual de 1/3 da pena-base, previsto no § 2º do artigo 157 do Código Penal;

d - suspender os efeitos do acórdão combatido, até final julgamento deste habeas" (fls. 19/20)

E, no mérito, a concessão da ordem, "*visando à desconstituição do acórdão proferido pela 2ª Turma Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul em sede de Apelação (Autos nº 2008.025323-4), para assegurar-se ao paciente a correta valoração das circunstâncias judiciais discutidas, com a justa aplicação da pena imposta.*" (fl. 20).

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 345/346, ocasião em que dispensei as informações.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 352/355, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 126.325 - MS (2009/0009681-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO E ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO CONFIGURADA. AUMENTO DA PENA ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA, PELO RECONHECIMENTO DA CONFIGURAÇÃO DE DUAS MAJORANTES. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Se ocorrem circunstâncias judiciais desfavoráveis – no caso, condenações transitadas em julgados, consideradas como maus antecedentes – reconhecidas por intermédio de fundamentação idônea, não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal.

2. Outrossim, "[j]ustificada e razoável a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de habeas corpus, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação" (STJ, HC 58.493/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 24/09/2007).

3. O pleito de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea não merece acolhimento, pois os Pacientes negaram em juízo todos os fatos narrados na denúncia. Assim, não havendo ilegalidade patente na fixação do *quantum* na segunda fase da dosimetria, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreria na espécie.

5. 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."

6. Ordem concedida parcialmente para, com relação a ambos os Pacientes, aplicar a fração mínima de 1/3 na terceira fase da dosimetria da pena, **tão somente quanto ao delito de roubo**, ficando a pena, **referentemente a tal crime**, ao final fixada, para o Paciente Robson Martins Tavares, em **5 anos e 4 meses de reclusão, e 26 dias-multa** e, quanto ao segundo Paciente, Marcelo Tavares, em **6 anos de reclusão, e 40 dias-multa**.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Colhe-se dos autos que os Pacientes foram condenados pelo juízo sentenciante nos seguintes termos: a) Robson Martins Tavares: a.1) crime de estupro: 08 anos e 09 meses de reclusão em regime inicial fechado; a.2) crime de roubo: 07 anos de reclusão em regime inicial fechado; b) Marcelo Tavares: b.1) crime de estupro: 08 anos e 09 meses de reclusão em regime inicial fechado; b.2) crime de roubo: 07 anos de reclusão em regime inicial fechado.

O Tribunal Impetrado deu parcial provimento ao recurso de apelação para

"reconhecer a atenuante da menoridade relativa ao apelante Robson Martins Tavares (redução de 6 meses da pena-base), afastar a agravante da reincidência (retirada de 06 meses da pena), para ambos os recorrentes, e estabelece as penas definitivas do seguinte modo: Robson Martins Tavares: 7 anos e 6 meses de reclusão, para o crime de estupro, e 5 anos e 7 meses de reclusão, e pagamento de 28 dias-multa, para o crime de roubo; Marcelo Tavares: 8 anos 1 mês e 15 dias de reclusão, para o crime de estupro, e 6 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, e pagamento de 48 dias-multa, para o crime de roubo." (fl. 337)

Quanto à alegada tese de ausência de fundamentação na fixação da pena-base imposta aos Pacientes, pelo cometimento dos dois delitos, a ordem não pode ser concedida.

O Juiz da 3.^a Vara Criminal de Competência Residual da Capital (MS), na primeira fase da dosimetria da pena, no que foi mantido pelo Tribunal Impetrado, reconheceu a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis aos Pacientes, *in verbis*:

"5. Para a fixação das penas para o réu Robson quanto ao delito de estupro.

*Atento aos ditames do artigo 59 do Código Penal, considero desfavoráveis ao réu a **culpabilidade** e os **antecedentes**.*

A culpabilidade é o senso de reprovação social da conduta praticada. Os antecedentes estão caracterizados pelas certidões de f. 95 e 108.

Sob tais considerações, fixo a pena-base privativa de liberdade em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

6. Para a fixação das penas pra o Réu Robson quanto ao delito de roubo.

*Considero desfavoráveis ao réu a **culpabilidade** e os **antecedentes**.*

Fixo a pena-base privativa de liberdade em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Fixo, ainda, a pena pecuniária de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo por dia-multa.

7. Para a fixação das penas pra o réu Marcelo quanto ao delito de estupro.

Atento aos ditames do artigo 59 do Código Penal, considero



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*desfavoráveis ao réu a **culpabilidade** e os **antecedentes**.*

Os antecedentes estão caracterizados pelas certidões de f. 97.

Sob tais considerações, fixo a pena-base privativa de liberdade em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

8. Para a fixação das penas pra o Réu Marcelo quanto ao delito de roubo.

*Considero desfavoráveis ao réu a **culpabilidade** e os **antecedentes**.*

Fixo a pena-base privativa de liberdade em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Fixo, ainda, a pena pecuniária de 30 (trinta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo por dia-multa." (fls. 253/254)

Não se descarta que este Superior Tribunal de Justiça tem aplicado, reiteradamente, o entendimento de que na fixação da pena-base e do regime prisional, inquéritos e processos em andamento, não podem ser levados em consideração como maus antecedentes, em respeito ao princípio da não-culpabilidade.

Tal entendimento, porém, não se aplica ao caso dos autos, pois, de acordo com as certidões de fls. 215/221 e fls. 224/225, os Pacientes, na data da sentença, já possuíam condenações com trânsito em julgado, por crimes graves, como homicídio qualificado e roubo majorado, hábeis, portanto, a justificar a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

Nesse sentido:

"[...]

REPRIMENDA. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ACRÉSCIMO RAZOÁVEL. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NA DATA DA SENTENÇA.

1. É entendimento deste Sodalício que os maus antecedentes se configuram se, na data da sentença, o paciente possuía condenação definitiva por delito anterior (Precedentes).

2. Na hipótese em apreço, constata-se que o que motivou as instâncias ordinárias a exasperar a sua sanção-base foi a existência de 2 (duas) condenações penais com a certificação do trânsito em julgado ao tempo da condenação sub examine, isto é, em 2-10-2003, sendo que a primeira transitou em julgado em 8-6-2000 e a segunda em 28-12-1999, motivo pelo qual são suficientes para que os antecedentes sejam considerados negativos, com a manutenção da exasperação da pena-base.

[...]

2. *Ordem denegada.*" (HC 141.874/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09/08/2010; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ACRÉSCIMO RAZOÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NA DATA DA SENTENÇA. CRIME ANTERIOR AOS FATOS EM APURAÇÃO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. WRIT DENEGADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido se o Tribunal de origem, reconhecendo os maus antecedentes do paciente, aumentou a reprimenda de 6 (seis) meses, quantum que se mostra razoável e corresponde a menos de 1/6 da pena-base.

2. **Configuram-se os maus antecedentes se, na data da sentença, o paciente possuía condenação definitiva por delito anterior. A exigência de que o trânsito em julgado preceda o cometimento do crime atual é para a caracterização da reincidência. Precedentes.**

3. A necessidade de apreensão da arma de fogo, para a implementação da causa de aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, tem a mesma raiz exegética presente na revogação da Súmula n.º 174 deste Sodalício. Sem a apreensão e perícia na arma, não há como se apurar a sua lesividade e, portanto, o maior risco para o bem jurídico integridade física.

4. Ausentes a apreensão e a perícia da arma utilizada no roubo, não deve incidir a causa de aumento.

5. Habeas corpus denegado, concedida a ordem de ofício para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, ficando a reprimenda estabelecida em 4 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e 12 dias-multa." (HC 120.949/MG, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJe 12/04/2010.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA SENTENÇA. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. **Condenação referente a fato anterior transitada em julgado antes da sentença condenatória também pode ser considerada como maus antecedentes.**

2. O fato de o réu ter pouco estudo, fumar e ingerir bebida alcoólica, peculiaridades que, a princípio, trazem malefícios a si mesmo, é inadequado para avaliar a sua conduta social, circunstância judicial que se relaciona com "seu comportamento no trabalho e na vida familiar, ou seja, seu relacionamento no meio onde vive" ("Código Penal Comentado", Celso Delmanto, 5ª ed. atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 59).

3. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Tribunal de origem que refaça a dosimetria no que tange à fixação da pena-base, excluindo as considerações relativas à personalidade e à conduta social do paciente." (HC 68346/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 22/09/2008; sem grifos no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. APELAÇÃO CRIMINAL. [...]. PENA-BASE. ELEVAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, COM AMPARO EM CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. [...].

2. *Não se vislumbra ilegalidade na elevação da pena-base acima do mínimo legal, com amparo nos maus antecedentes do Paciente, tendo em vista a existência de várias condenações em seu desfavor, com trânsito em julgado. Precedentes desta Corte.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 52.558/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 14/04/2008.)

Tem-se, portanto, que houve a devida fundamentação no que diz respeito ao reconhecimento dos maus antecedentes dos Pacientes, o que, **por si só**, justifica a exasperação da pena-base.

Apenas acrescenta-se que a alegação de errônea valoração quanto às circunstâncias mostra-se desinfluentes à controvérsia, pois "[j]ustificada e razoável a dosimetria utilizada pelo magistrado para fixar a pena-base, não se permite, em sede de habeas corpus, rever o conjunto probatório para examinar a justiça da exasperação" (HC 58.493/RJ, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJ de 24/09/2007).

Prosseguindo, quanto às condenações pelo crime de roubo majorado, a Impetrante sustenta que o Juízo processante, na segunda fase da dosimetria da pena, deixou de reconhecer a atenuante da confissão espontânea em benefício de ambos os Paciente.

O Tribunal de origem, instado a se manifestar sobre o assunto no julgamento do recurso de apelação, expressamente afastou a incidência da atenuante da confissão espontânea, sob os seguintes argumentos, *verbis*:

"Os apelantes pugnam pelo reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea (art. 65, III, d do CP), da menoridade relativa (65, I), bem como pelo afastamento da agravante da reincidência e da causa de aumento relativa ao uso de arma de fogo.

Quanto à atenuante da confissão espontânea, o recurso não merece provimento. Ambos os acusados negaram os fatos na fase judicial, e, mesmo que a sentença tenha citado os seus interrogatórios perante a autoridade policial, as declarações prestadas na fase investigativa não foram preponderantes para a condenação, conforme entendimento deste Relator a respeito do tema.

Se os depoimentos dos acusados, na fase extrajudicial, fossem a peça-chave para a condenação, a atenuante acima referida deveria ser reconhecida em favor dos réus. Entretanto, no presente caso, mesmo excluídas as declarações prestadas pelos apelantes na fase investigativa a autoria e a materialidade estariam comprovadas pelos depoimentos das vítimas e da Delegada que presenciou o reconhecimento dos acusados (f. 150-152).

Os apelantes não fazem jus à atenuante da confissão espontânea, portanto, em razão da retratação, em juízo, das suas declarações prestadas na fase investigativa e devido à preponderância de outros elementos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova colhidos durante a instrução processual" (fl. 333/334).

De acordo com a sentença, o Paciente "Robson Martins Tavares foi interrogado (f. 130) e negou a veracidade dos fatos narrados na denúncia. Explicou que, por ocasião dos fatos, estava na Fazenda Taboco na casa sua irmã, no distrito de Corguinho" (fl. 247/248). Do mesmo modo, Marcelo Tavares "negou a veracidade dos fatos narrados na denúncia. Esclareceu que, na ocasião dos fatos, tinha acabado de fugir da Casa Guarda de Campo Grande e foi para a casa de sua família" (fl. 248).

Ora, para configurar a confissão espontânea, o acusado deve admitir contra si a prática do fato criminoso que lhe é imputado, pois, conforme já decidiu esta Corte "[é] inviável a incidência da atenuante da confissão espontânea, nos termos do art. 65, inciso I, alínea "d", do CP, se o agente não reconheceu a prática do crime a ele imputado" (HC 150.408/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5.^a Turma, DJe 12/04/2010.)

Ademais, não havendo ilegalidade patente na segunda fase da dosimetria, é vedado, na estreita via do *habeas corpus*, proceder ao amplo reexame dos critérios considerados para a sua fixação, por demandar análise de matéria fático-probatória.

Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA CONTINUADO. PENA-BASE FIXADA DE MODO FUNDAMENTADO. REGIME PRISIONAL FECHADO APLICADO EM CONSONÂNCIA COM OS CRITÉRIOS DO ARTIGO 33, § 3º E 59 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE TOTAL COMPENSAÇÃO DAS AGRAVANTES COM A ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

1 - Não se mostra possível, na via estreita do writ, por demandar aprofundado revolvimento de provas, o exame das circunstâncias judiciais que levaram à fixação da pena-base acima do mínimo legal, bem como, por igual motivo, inviável o enfrentamento da pretensão de afastamento da continuidade delitiva, notadamente se o acórdão atacado, em tais pontos, encontra-se devidamente fundamentado.

2 - [...]

4 - Habeas corpus *denegado*." (HC 30.722/SC, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, 6.^a Turma, DJe 17/03/2008.)

Entretanto, a ordem deve ser concedida quanto à alegação de que "a presença de várias causas de aumento não implica, necessariamente, a exacerbação da pena além do mínimo de um terço, devendo este aumento ser devidamente fundamentado" (fl. 17).

Na sentença condenatória – mantida pelo Tribunal *a quo* –, reconheceu-se a presença de duas causas especiais de aumento da pena pelo crime de roubo (praticado com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência e uso de arma de fogo e em concurso de duas ou mais pessoas) e se exasperou a pena na razão de 3/5 (três quintos), o que se vê das seguintes razões:

"Ambas as majorantes estão provadas pela confissão do réu, pelas declarações da vítima em juízo e pelo depoimento da testemunha Marcos.

Consoante jurisprudência pacífica do nosso Egrégio Tribunal de Justiça, na presença de duas majorantes, a pena deve ser aumentada de 2/5." (fl. 255 e 257).

Com efeito, a simples menção à quantidade de circunstâncias, revelando mera avaliação objetiva, não é fundamento idôneo para o aumento da pena acima do percentual mínimo.

Verifica-se que se levou em conta, tão somente, o critério matemático para majorar a pena acima do percentual mínimo (presença de duas circunstâncias). Porém, 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 circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

Conclui-se que as instâncias ordinárias contrariaram o entendimento pacificado neste Tribunal Superior no sentido de que a exasperação do 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).

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DO QUANTUM DA PENA IMPOSTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 2.º ALÍNEA B, e § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível impor 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Habeas corpus concedido para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC 102.447/SP, 5.^a TURMA, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 19/12/2008.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há como afastar a causa de aumento decorrente da aplicação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a apreensão da arma de fogo utilizada na prática do referido delito é perfeitamente dispensável quando existem outros elementos nos autos capazes de comprovar o efetivo emprego do aludido instrumento.

2. Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indicam a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

3. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

4. In casu, o Tribunal de origem não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas qualificadoras previstas no art. 157, § 2º, I e II, deve ser fixado em apenas 1/3.

5. [...].

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semi-aberto, e 12 dias-multa" (HC 97.134/SP, 5.^a TURMA, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 19/12/2008.)

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 443/STJ, cujo teor é o seguinte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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."

Desse modo, diante da ausência de justificativa concreta acerca da adoção de fração maior que o mínimo na exacerbação da pena, deve, portanto, ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3, excluindo-se a majoração considerada ilegal, de 2/5, com relação aos dois Pacientes.

Passo à revisão da pena.

Reproduzo, por necessário, o detalhamento da dosimetria procedido no voto condutor do acórdão ora impugnado (fls. 335/336):

"I - Apelante Robson Martins Tavares

a) crime de estupro:

1) Pena-base fixada na sentença: 6 anos e 6 meses.

2) Atenuante da menoridade: redução de 6 meses: pena provisória: 6 anos.

3) Causa de aumento do inciso I do art. 226, CP (concurso de pessoas nos crimes contra os costumes): acréscimo de ¼, conforme estabelecido na sentença, o que equivale a 1 ano e 6 meses. Aplicado esse aumento à pena anteriormente verificada, tem-se o resultado final: 07 anos e 6 meses de reclusão, para o crime de estupro.

b) crime de roubo:

1) Pena-base fixada na sentença: 4 anos e 6 meses e 30 dias-multa.

2) Atenuante da menoridade: redução de 6 meses e 10 dias-multa: pena provisória: 4 anos e 20 dias-multa.

3) Causas de aumento dos incisos I e II do §2.º do art. 157, CP: acréscimo de 2/5, conforme estabelecido na sentença, o que equivale a 1 ano, 7 meses e 6 dias e 08 dias-multa. Aplicado esse aumento à pena anteriormente verificada, tem-se o resultado final: 05 anos e 7 meses de reclusão, e pagamento de 28 dias-multa, para o crime de roubo.

II - Apelante Marcelo Tavares

a) crime de estupro:

1) Pena-base fixada na sentença: 6 anos e 6 meses.

2) Causa de aumento do inciso I do art. 226, CP (concurso de pessoas nos crimes contra os costumes): acréscimo de ¼, conforme estabelecido na sentença, o que equivale a 1 ano 7 meses e 15 dias. Aplicado esse aumento à pena anteriormente verificada, tem-se o resultado final: 08 anos 01 mês e 15 dias de reclusão, para o crime de estupro.

b) crime de roubo:

1) Pena-base fixada na sentença: 4 anos e 6 meses e 30 dias-multa.

2) Causas de aumento dos incisos I e II do § 2º do art. 157, CP: acréscimo de 2/5, conforme estabelecido na sentença, o que equivale a 1 ano, 9 meses e 18 dias e pagamento de 12 dias-multa. Aplicado esse aumento à pena anteriormente verificada, tem-se o resultado final: 6 anos, 3 meses e 18 dias de reclusão, e pagamento de 42 dias-multa, para o crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo.

Conforme fundamentação do presente voto, **só deve haver alteração quanto ao crime de roubo, na terceira fase da dosimetria da pena.**

Assim, com relação ao Paciente Robson Martins Tavares (considerado que a pena-base foi alvitada em 4 anos e 6 meses e 30 dias-multa, e, após incidência da atenuante da menoridade, a reprimenda foi reduzida para 4 anos e 20 dias-multa), o aumento na terceira fase será de 1/3, devendo ser ao final fixada em **5 anos e 4 meses de reclusão, e 26 dias-multa.**

Quanto ao segundo Paciente, Marcelo Tavares, cuja pena-base foi fixada em 4 anos e 6 meses, mais 30 dias-multa, sem alterações na segunda fase, o aumento de 1/3 na terceira fase tornará a reprimenda final em 6 anos de reclusão, e 40 dias-multa.

Diante do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, com relação a ambos os Pacientes, aplicar a fração mínima de 1/3 na terceira fase da dosimetria da pena, **tão somente quanto ao delito de roubo**, ficando a pena, **referentemente a tal crime**, ao final fixada, para o Paciente Robson Martins Tavares, em **5 anos e 4 meses de reclusão, e 26 dias-multa** e, quanto ao segundo Paciente, Marcelo Tavares, em **6 anos de reclusão, e 40 dias-multa.**

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0009681-9

HC 126.325 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1040001858 20080253214 20080253234

EM MESA

JULGADO: 25/10/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: GRAZIELA EILERT BARCELLOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: ROBSON MARTINS TAVARES
ADVOGADO	: ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PACIENTE	: MARCELO TAVARES
ADVOGADO	: ANTONIO EZEQUIEL INÁCIO BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

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 parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.