



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.444 - RS (2013/0264754-3)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTROS
ADVOGADO : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTRO(S) - RS046826
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VANDERLEI LUCIANO MACHADO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. CITAÇÃO DO CONCEITO. VALORAÇÃO INDEVIDA. MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. RAZÃO INERENTE AOS DELITOS PATRIMONIAIS. CIRCUNSTÂNCIAS. USO DE ARMA DE FOGO. MAJORANTE SOBEJANTE. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. LESÕES NA VÍTIMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. O aumento da pena-base pela culpabilidade requer fundamento concreto, não se prestando a tal a mera citação do conceito de culpabilidade.
3. Não constitui fundamento idôneo para o aumento da pena-base como motivos do delito o lucro fácil, por se tratar de circunstância que não exorbita das comuns à espécie (roubo), enquanto delito de cunho patrimonial. Precedentes.
4. Legítima a consideração das circunstâncias do delito como desfavoráveis, pelo uso de arma, porquanto a inclusão da majorante sobejante como vetorial gravosa na pena-base é prática majoritariamente admitida nesta Corte. Precedentes.
5. Ainda que a violência não tenha o condão de justificar, por si só, o aumento da pena como consequências do delito de roubo, por constituir, em regra, fator comum à espécie, enquanto delito patrimonial cuja prática de violência ou grave ameaça é elementar do tipo, constitui justificativa válida para o desvalor quando a violência se mostra anormal, desbordando do caminho razoavelmente utilizado para o crime. Precedentes.
6. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da *ausência de ilegalidade na aplicação da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, não sendo de falar em inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal, em 4.4.2013, declarou que é constitucional a aplicação da reincidência como agravante da reprimenda, no tocante aos processos criminais. A matéria teve repercussão geral reconhecida no recurso (RE 732290, de relatoria do ministro Gilmar Mendes), tendo sido julgada no RE n.º 453000/RS, conforme Informativo n.º 700 da Suprema Corte. (HC 207.169/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 19/09/2013).

7. Ante o exposto voto por não conhecer do *habeas corpus* mas para conceder a ordem, de ofício, para reduzir as penas a 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 43 dias-multa.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.444 - RS (2013/0264754-3)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTROS
ADVOGADO : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTRO(S) - RS046826
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VANDERLEI LUCIANO MACHADO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de VANDERLEI LUCIANO MACHADO, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (apelação nº 70000681403).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal a 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 50 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória.

Os impetrantes alegam, em suma, excesso na exasperação da pena-base e nulidade do aumento pela reincidência.

Aduzem que *a valoração negativa da culpabilidade não trouxe fundamentação idônea na medida em que argumentos utilizados pelo douto juiz não são hábeis a demonstrar a maior graduação da intensidade da conduta delituosa do réu, que vai além das características inerentes ao próprio tipo penal* (fl. 4).

Afirmam que "o lucro fácil" tampouco constitui fundamento válido para a negatização dos motivos do crime.

Asseveram, ainda, no tocante à vetorial das circunstâncias, que *o argumento utilizado pelo julgador, referindo que o paciente teria praticado o delito com emprego de arma de fogo, não serve a justificar o aumento da pena-base, ainda mais quando não restou apreendida, periciada, ou seja, demonstrada a sua efetiva ameaça. Sem a arma, não se atesta sua lesividade, e é justamente o risco de lesividade circunscrito ao emprego de arma de fogo no roubo que justifica a maior censurabilidade contido no inc. I, § 2º do art. 157, do CP* (fl. 6).

Sustentam que as consequências do fato delitivo foram também ilegalmente avaliadas, uma vez que *a faculdade concedida ao julgador de avaliar as consequências e circunstâncias do delito servem para aqueles elementos que extrapolam o resultado comum ao tipo. Desta forma, não servem como argumentos idôneos os aspectos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relacionados às lesões sofridas pela vítima. Destarte, a violência à pessoa é integrante do próprio tipo penal e, por óbvio, se não houver a coação, não se trata de crime de roubo (fl. 8).

Argumentam, ainda, que o paciente não deve sofrer duas vezes pelo fato ilícito cometido por ele, portanto não pode a reincidência ser justificativa de aumento de pena, uma vez que já houve condenação e aplicação de pena inerente aquele ilícito penal, sendo o presente totalmente diverso, assim não pode ele ser punido novamente pela prática de um crime que em tese a pena já foi cumprida (fl. 9).

Requerem a concessão da ordem de Habeas Corpus para o fim de declarar nulo o acórdão n. 70000681403, da lavra da Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça/RS, no tocante à dosimetria de pena, em virtude da errônea valoração das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, havendo ofensa ao direito penal do fato pela reprovabilidade dos motivos do crime, circunstâncias e consequências do delito e ausência de fundamentação quanto ao recrudescimento perpetrado em face da culpabilidade do agente e a concessão da ordem de Habeas Corpus para o fim de reconhecer a nulidade ante a ausência de fundamentação da decisão no momento da aplicação da pena no que tange a reincidência, com o consequente redimensionamento da pena aplicada ao paciente (fls. 9/10).

A liminar foi indeferida à fl. 46.

Foram prestadas as informações às fls. 49/125 e 135/193.

O Ministério Público Federal se manifestou, às fls. 128/133, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 275.444 - RS (2013/0264754-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal a 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e 50 dias-multa.

Insurgem-se os impetrantes, em suma, contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal e contra o aumento pela reincidência, o que ora passo a analisar.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos da sentença e do acórdão que a confirmou:

Passo a individualizar a pena:

O réu teve o seu agir livre, podendo ter se orientado de maneira diversa; apresenta antecedentes criminais, contudo, deixo de considerá-los por ora, uma vez que os mesmos caracterizam reincidência, que deve ser apreciada no momento oportuno; quanto à conduta social, o acusado trabalhava anteriormente, conforme testemunha da fl.114; não há elementos nos autos deste processo acerca da personalidade do acusado; os motivos são a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio, na esperança de impunidade; as circunstâncias são desfavoráveis, pelo fato de que foi empregada arma; as consequências foram graves, pois, embora recuperada a res, a vítima sofreu lesões decorrentes de agressões desferidas pelo réu; o comportamento da vítima em nada contribuiu para a empreitada delituosa, sendo assim, fixo a pena base em 5 anos de reclusão.

Reconheço a circunstância agravante da reincidência, de acordo com a Certidão da fl.126, e aumento a pena em 6 meses, ficando a pena provisória no montante de 5 anos e 6 meses de reclusão.

Encontrei, ainda, circunstância especial de aumento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(majorante) do concurso de agentes (art.157, §2º, II do CP) e aumento a pena em 1/3, ficando a pena definitiva em 7 anos e 4 meses de reclusão, a ser cumprido inicialmente no regime fechado, de acordo com o art.33, §2º, "a" do CP, levando-se em consideração que o réu é reincidente.

Deixo de conceder ao acusado qualquer espécie de substituição, face ao montante elevado de pena privativa de liberdade aplicada, descumprindo, assim, os requisitos exigidos pelo art.44 do CP, em sua nova redação dada pela Lei n.9.714/98.

Fixo a pena de multa em 50 dias-multa, em atendimento ao princípio da proporcionalidade trazido pela análise das operacionais do art.59, à razão de 1/30 do salário mínimo, frente à situação econômica do réu.

O réu deverá permanecer segregado para recorrer, pois o mesmo era, anteriormente a este feito, foragido da Justiça, bem como ainda subsistem motivos para a decretação da prisão preventiva, qual seja: garantia da ordem pública, frente a periculosidade do acusado (sentença, fls. 176/177).

No referente à pena aplicada, também não merece reparo a decisão de primeiro grau. Isto porque a pena-base foi fixada além do mínimo legal em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, bem como por ter uma das causas de majoração da pena, o emprego de arma de fogo, funcionado na primeira fase de aplicação da pena.

Nestes termos, nego provimento ao apelo interposto para manter a sentença condenatória (acórdão, fl. 35).

Como é consabido, em regra não se presta o remédio heroico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da legalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

A propósito:

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO ACUSADO E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal com base em elementos idôneos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não inerentes ao tipo penal supostamente violado.

3. Ademais, é imperioso frisar que não foi anexada à inicial do presente mandamus a íntegra da ação penal em apreço, de modo que não é possível verificar se os depoimentos mencionados pelas impetrantes, e que foram utilizados pelo magistrado de origem para fundamentar o exame das circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do acusado, não se referiram à pessoa do paciente, mas sim ao seu irmão.

4. Como se sabe, o rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, ônus do qual não se desincumbiram as impetrantes.

5. Ordem denegada (STJ, HC 152.775/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe de 01/09/2011).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO. ART. 121, § 2.º, I E III, DO CÓDIGO PENAL. (1) SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) JÚRI. CONDENAÇÃO. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO RECONHECIMENTO. REEXAME DE PROVAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. (3) DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. DUAS QUALIFICADORAS. RECONHECIMENTO DA SEGUNDA COMO AGRAVANTE OU CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. (4) NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como sucedâneo de revisão criminal.

2. Concluindo o Tribunal de origem que não ocorreu julgamento contrário à prova dos autos, porque, sopesando as provas e fatos dos autos, afirmou que o Júri optou por uma das teses que encontram amparo no processo penal, não há ilegalidade flagrante a reparar. Aferição, ademais, que demanda revolvimento fático, não condizente com âmbito mandamental e restrito do habeas corpus.

3. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se o Tribunal de origem aponta motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. **Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.** A fixação da pena-base acima do mínimo legal foi concretamente fundamentada. E, havendo duas qualificadoras, é possível que uma seja utilizada na primeira ou segunda fase da dosimetria da pena. 4. Writ não conhecido (HC 252.449/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 09/06/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante consta da sentença e do acórdão impugnado, verifica-se que a pena-base foi fixada 1 ano acima do mínimo legal, tendo em vista a valoração negativa da culpabilidade, dos motivos, das circunstâncias e das consequências, sendo as demais neutras ou favoráveis ao réu.

No que tange à culpabilidade, limitou-se o julgador a considerá-la desfavorável, porque o paciente, tendo livre o agir, optou pela forma contrária ao direito, sendo-lhe exigível conduta diversa.

Com efeito, conquanto o elevado grau de reprovabilidade da conduta configure circunstância apta a justificar o aumento da pena-base, há que justificá-lo mediante fundamentos concretos, não se prestando a tal a mera citação do conceito de culpabilidade.

Quanto aos motivos do delito, foram considerados em desfavor do paciente em virtude do *lucro fácil* (fl. 27), fundamento que não se presta a tal valoração por se tratar de razão inerente ao delito imputado (roubo), de cunho patrimonial.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO.

CULPABILIDADE, ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS. LEGALIDADE. CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não há ilegalidade na consideração negativa da culpabilidade, pois o Juiz destacou que os pacientes praticaram o roubo em agência bancária situada em campus universitário, onde mantiveram como reféns funcionários e clientes ao longo da ação delitiva.

2. Correta a fixação da pena-base do crime de roubo acima do mínimo legal, ante os maus antecedentes dos réus, principalmente em crimes de natureza patrimonial, com violência ou grave ameaça contra pessoa.

3. Não foram mencionados elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciassem especial agressividade e/ou perversidade do agente, ou mesmo menor sensibilidade ético-moral, de modo que não há como manter a conclusão pela desfavorabilidade da personalidade.

4. Não havendo sido mencionado nenhum fundamento concreto que, de fato, demonstrasse a inadequação do comportamento dos pacientes no interior do grupo social a que pertencem (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), deve ser afastada a análise desfavorável da conduta social dos agentes.

5. Afasta-se, ante a ocorrência de manifesta ilegalidade, a consideração desfavorável da motivação do crime, pois o lucro fácil é inerente ao roubo.

6. O fato de os agentes terem usado capacete, com o fim de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dificultar sua identidade, em que pese constituir elemento dotado de concretude, não é idôneo para exasperar a reprimenda em relação às circunstâncias do crime, na primeira etapa da dosimetria.

7. Não obstante a subtração seja elemento inerente ao próprio crime de roubo, as condutas perpetradas pelos pacientes merecem maior reprovabilidade quanto às consequências do crime, dado o considerável prejuízo causado à vítima - no caso, além da vidraça quebrada, o montante de R\$ 12.178,29.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir em parte a pena-base aplicada aos pacientes e, consequentemente, tornar a sua reprimenda definitiva em 5 anos, 10 meses e 28 dias mais 16 dias-multa.

(HC 212.016/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE E MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIAS. ELEMENTO INERENTE AO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIAS DA INFRAÇÃO. NÃO DEVOLUÇÃO DO BEM. COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA. ANTECEDENTES. PROCESSO TRANSITADO EM JULGADO CUJA PUNIBILIDADE FOI EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PROCESSOS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444/STJ. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. A obtenção de lucros com a prática do crime de roubo não pode subsidiar a exasperação da pena-base porquanto inerente ao tipo penal.

2. Não transbordando a violência física o suficiente para a caracterização da elementar do crime de roubo, inviável sua utilização para exasperação da pena-base sob pena de bis in idem.

3. A utilização de faca não pode fundamentar a fixação da pena-base acima do mínimo legal quando configuradora da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

4. A ausência de devolução da res furtiva e comportamento neutro da vítima não são motivos idôneos para fundamentar a exasperação da pena-base.

5. A existência de condenação criminal transitada em julgado cuja punibilidade foi extinta pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, bem como ações penais em andamento, não podem ser utilizados para agravar a pena-base.

6. Recurso especial provido para reduzir a pena-base ao mínimo legal, redimensionando a pena do recorrente para 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão recorrido.

(REsp 1368671/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)

CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. VIOLAÇÃO AO TEOR DA SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE RESTITUIÇÃO DO VALOR APROPRIADO. VERBO "APROPRIAR-SE". ELEMENTO DO TIPO PENAL. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

VII. O argumento de que os motivos do crime também seriam desfavoráveis ao paciente, tendo em vista que buscava lucro fácil e ilícito, não possui o condão de exasperar a pena-base, pois tais fundamentos são motivos comuns aos delitos contra o patrimônio, já levados em consideração pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato.

VIII. Deve ser concedida a ordem, a fim de reformar o acórdão recorrido e a sentença de 1º grau, no tocante à dosimetria da reprimenda, determinando-se ao Juízo da Comarca da 3ª Vara Criminal de Rio Branco/AC que estabeleça nova pena-base, desconsiderando as circunstâncias relativas aos maus antecedentes, às consequências e aos motivos do crime, devendo ser mantida, no mais, o teor da condenação.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (HC 225.438/AC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012).

PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO QUALIFICADO PELO RESULTADO MORTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE. DOLO ANALISADO NA CULPABILIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE DO AGENTE. MOTIVOS INERENTES AO TIPO PENAL. CONSEQUÊNCIA COMUM AO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

4. Mostra-se patente a violação à regra legal contida no art. 59 do Código Penal, porque o evento morte não pode justificar a majoração da pena-base, a título de consequência do crime, por se tratar de aspecto subsumido ao próprio tipo de latrocínio qualificado pelo resultado morte.

5. No mesmo sentido, constitui o lucro fácil motivo comum a todos os delitos patrimoniais, não se podendo daí extrair maior reprovabilidade da conduta do paciente a justificar a majoração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda básica.

6. *Ordem concedida para fixar a pena final do paciente em 20 anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além do pagamento de 10 dias-multa (HC 161.389/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 02/08/2010).*

No que tange às circunstâncias, verifica-se que não há constrangimento ilegal vez que a inclusão da majorante sobejante (uso de arma) como vetorial gravosa na pena-base é prática majoritariamente admitida nesta Corte, conforme se infere dos seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CP. TESE DE OFENSA AO SISTEMA TRIFÁSICO. EXISTÊNCIA DE VÁRIAS MAJORANTES. UTILIZAÇÃO DAS MAJORANTES SOBEJANTES NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 68 DO CP. PRESENÇA DE LEGALIDADE FLAGRANTE NA FIXAÇÃO DA PENA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS SEM MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. *Não há falar em ofensa ao art. 68 do Código Penal, por inobservância ao sistema trifásico, ante a utilização das majorantes (causas de aumento de pena) sobejantes - que não foram utilizadas para aumentar a pena, na terceira fase da aplicação da pena -, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, portanto. Precedentes.*

2. *O impedimento legal e lógico é à dupla valoração de um fato, não o seu enquadramento em fases anteriores àquelas geradoras de maior aumento de pena - seja ele enquadrado como qualificadora ou majorante.*

3. *Por outro lado, constata-se a presença de ilegalidades flagrantes, que justificam a concessão de habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, já que a pena-base, salvo no que diz respeito às circunstâncias do delito, foi exasperada sem fundamentação válida.*

4. *No que diz respeito aos antecedentes do paciente, foram valorados em seu desfavor, tendo em vista a existência de uma condenação anterior por crime contra o patrimônio, a qual, todavia, ainda não havia transitado em julgado ao tempo da condenação, não servindo, portanto, nem para fins de reincidência, nem tampouco para considerar negativamente os antecedentes do agente, presumidamente inocente.*

5. *Quanto à culpabilidade, à personalidade e aos motivos do crime, do mesmo modo, valeram-se as instâncias ordinárias de fundamentos insuficientes, utilizando-se de elementos inerentes ou comuns à espécie de delito imputado (patrimonial), ou meras conjecturas, o que não se admite. Precedentes.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Recurso especial improvido. Concedido, porém, habeas corpus, de ofício, para, mantida a condenação, reduzir as penas impostas a 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e 16 (dezesseis) dias-multa (REsp 1094755/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 03/09/2014).*

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. UMA CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSIDERAÇÃO NA PENA-BASE E COMO AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. TRÊS CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO. DUAS UTILIZADAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA E A OUTRA NA TERCEIRA FASE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. PENA-BASE. AUMENTO PELO DOBRO. DESPROPORCIONALIDADE CONSTATADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. *Caracteriza-se o bis in idem se a mesma condenação, com trânsito em julgado, é levada em conta para exasperar a pena-base, à guisa de circunstâncias judiciais desfavoráveis e, em um segundo momento, também para a reincidência. Precedentes.*

2. *Se das três causas especiais de aumento (arma de fogo, restrição à liberdade da vítima e concurso de agentes), as duas primeiras são utilizadas na primeira fase da dosimetria e a outra na terceira fase, não há ilegalidade. Precedentes da Sexta Turma.*

3. *Há desproporcionalidade na fixação da pena-base fixada no dobro do mínimo legal, pela consideração de duas causas de aumento (uso de arma de fogo e restrição à liberdade da vítima), notadamente considerando que o aumento, na terceira fase tem como máximo o patamar de 1/2.*

4. *Ordem concedida em parte, para, reduzindo a pena-base em 1/4, reduzir a reprimenda final para 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 112 dias-multa, mantida no mais a condenação (HC 126.175/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2011, DJe 21/03/2011).*

Consigne-se que a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante (no caso, utilizada na primeira fase) prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tal como se verifica *in casu*.

Nesse sentido:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria (EResp 961.863/RS, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ acórdão Min. GILSON DIPP, 3ª SEÇÃO, DJe 06/04/2011).

E, ainda, quanto às consequências do delito, observa-se que a negatização se deu em razão de lesões *decorrentes de agressões desferidas* [na vítima] *pelo réu* (fl. 27). Sobre o tema, tem-se que, ainda que a violência não tenha o condão de justificar, por si só, o aumento da pena, por constituir, em regra, fator comum ao crime de roubo – enquanto delito patrimonial cuja prática de violência ou grave ameaça é elementar do tipo –, quando a violência se mostra anormal, como demonstrado na espécie, resultando em lesões, desborda do caminho razoavelmente utilizado para o crime e constitui justificativa válida para o desvalor.

Na mesma linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TENTATIVA DE ROUBO.

AUMENTO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS. EMPREGO DE VIOLÊNCIA QUE EXTRAVASA O TIPO PENAL.

REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL.

IMPOSSIBILIDADE. REINCIDENTE ESPECÍFICO. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Nesse contexto, elementos próprios do tipo penal, alusões à potencial consciência da ilicitude, à gravidade do delito, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem suporte em dados concretos não podem ser utilizados para aumentar a pena-base.

- **No caso, a pena-base foi exasperada com fundamentação idônea, em virtude de a violência perpetrada contra a vítima ter sido acima daquela inerente ao tipo do roubo. O paciente, ao tentar subtrair os bens após exercer grave ameaça, entrou em luta corporal com a vítima, causando-lhe ferimentos.**

- A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.

1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, ao reconhecer que as causas devem ser igualmente valoradas.

- Contudo, no caso dos autos, tendo em vista que o paciente é reincidente específico, verifica-se que a compensação não deve ser realizada de forma integral. Precedentes.

- Não há se falar em regime semiaberto, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 não lhe são favoráveis. Inaplicabilidade do enunciado n. 269/STJ.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 355.766/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 09/06/2016)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 3 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. PROCESSO UTILIZADO COMO MAUS ANTECEDENTES FOI ALCANÇADO PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO QUE EXTRAPOLARAM O TIPO PENAL. MANUTENÇÃO. PENA-BASE REDUZIDA PARA 1/6 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULA N. 269/STJ. CASSADA A LIMINAR DEFERIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- Consoante jurisprudência desta Corte Superior, a prescrição da pretensão punitiva extingue os efeitos da condenação, motivo pelo qual não caracteriza reincidência ou maus antecedentes.

- Hipótese em que o processo utilizado a título de antecedentes criminais em desfavor do paciente foi atingido pela prescrição da pretensão punitiva, devendo, assim, ser excluída a análise desfavorável do vetor dos antecedentes criminais do paciente.

- **É válida a valoração desfavorável das consequências do delito, quando a sua prática extrapola as elementares do tipo penal infringido. De fato, o delito foi praticado com violência exacerbada, pois os acusados agiram de modo cruel contra a vítima, que sofreu diversas lesões em virtude das agressões injustificadas a que foi submetida, como socos pelo corpo e puxões de cabelo.**

- Quando da fixação da pena-base, o aumento a ser praticado pelo magistrado, por ocasião da análise do art. 59 do Código Penal, não fica adstrito ao número de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mas à intensidade com que cada uma delas é valorada, respeitando-se, sempre, a discricionariedade vinculada do julgador.

- Remanescendo, no caso, apenas um vetor desfavorável ao paciente, qual seja, as consequências do delito, entendo razoável exasperar a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, chegando ao patamar de 4 anos e 8 meses de reclusão.

- Embora o quantum da condenação comporte o regime aberto, justifica-se a manutenção do regime inicial fechado, ante a reincidência do paciente e a presença de circunstância judicial desfavorável, não se aplicando ao caso os termos da Súmula n.

269/STJ, de forma que deve ser mantido o regime fechado fixado na sentença.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para redimensionar a pena do paciente.

(HC 286.574/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 01/02/2016)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO SIMPLES. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. INQUÉRITOS POLICIAIS EM ANDAMENTO E CONDENAÇÃO SEM O TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. EXASPERAÇÃO INDEVIDA DA PENNA-BASE. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO.

VIOLÊNCIA DESNECESSÁRIA EMPREGADA CONTRA A VÍTIMA, CAUSANDO-LHE LESÕES CORPORAIS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE SE AFASTAM DAS COMUNS À ESPÉCIE. AUMENTO JUSTIFICADO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento (inclusive, sentenças não transitadas em julgado), não induzem reincidência, nem podem ser levados em consideração na fixação da pena-base, como maus antecedentes, reincidência, nem tampouco como personalidade voltada para o crime, sendo, pois, indevido o respectivo agravamento da pena-base do condenado, em respeito ao princípio constitucional do estado presumido de inocência. Precedentes.

2. Mostra-se perfeitamente idônea a motivação apresentada pelo julgador para majorar a pena-base pelas consequências do delito, em virtude da violência, tida por desnecessária, empregada contra a vítima, que sofreu lesões corporais, consistentes em ferimento no lábio superior direito e na região maxilar direita, porquanto configuram circunstâncias que se afastam das comuns à espécie.

3. Concedida parcialmente a ordem para, mantida a condenação, afastar da pena-base o aumento em decorrência dos maus antecedentes e da personalidade do agente, nos termos delineados no voto.

(HC 181.163/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 27/04/2012)

Pretendem, ainda, os impetrantes o afastamento da agravante da reincidência, alegando que o paciente já foi punido pelo crime anterior, não podendo ser novamente penalizado sob pena de *bis in idem*.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da ausência de ilegalidade na aplicação da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, não sendo de falar em inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, em 4.4.2013, declarou que é constitucional a aplicação da reincidência como agravante da reprimenda, no tocante aos processos criminais. A matéria teve repercussão geral reconhecida no recurso (RE 732290, de relatoria do ministro Gilmar Mendes), tendo sido julgada no RE n.º 453000/RS, conforme Informativo n.º 700 da Suprema Corte. (HC 207.169/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 19/09/2013.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em vista do exposto, passa-se à nova dosagem da pena.

O aumento de 1 ano da pena-base para 4 vetoriais negativadas deverá ser reduzido a 6 meses, tendo em vista a inidoneidade da fundamentação da culpabilidade e dos motivos. Na segunda fase, aplica-se o aumento de 6 meses, assim como implementado nas instâncias ordinárias, ficando a pena intermediária em 5 anos. Na terceira fase, o aumento é de 1/3, em razão da presença da majorante do concurso de agentes, passando a pena a 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, tendo em vista a pena-base aplicada acima do mínimo legal. A pena de multa, aplicada em 50 dias-multa, também deverá ser proporcionalmente reduzida, ficando em 43 dias-multa.

Ante o exposto voto por não conhecer o *habeas corpus* mas para conceder a ordem, de ofício, para reduzir as penas a 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 43 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0264754-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 275.444 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 30099 50634 7000681403

EM MESA

JULGADO: 20/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTROS
ADVOGADO : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTRO(S) - RS046826
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VANDERLEI LUCIANO MACHADO (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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.