



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.286 - SP (2009/0016651-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : NEIDE RUFINO INHAUSER E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO OSÓRIO LOPES DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO APLICADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA LEGAL (1/3). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal porque inexistente circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é possível infligir regime prisional mais gravoso ao réu primário apenas com base na gravidade genérica do delito. Aplicação da súmula n.º 440 do STJ.

2. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em percentual 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. Ordem concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar o acórdão impugnado, quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, restabelecendo, no particular, a sentença condenatória, que fixou o regime semiaberto, bem como para, de ofício, na terceira fase da aplicação da pena, retificar o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, referente ao reconhecimento das duas causas de aumento (emprego de arma de fogo e concurso de pessoas), nos termos delineados no voto.

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

Brasília (DF), 31 de maio de 2011 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.286 - SP (2009/0016651-0)

IMPETRANTE : NEIDE RUFINO INHAUSER E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO OSÓRIO LOPES DE SOUZA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de RICARDO OSÓRIO LOPES DE SOUZA, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os Impetrantes que o ora Paciente foi denunciado e condenado, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 05 anos e 06 meses de reclusão em regime semiaberto, e 13 dias-multa.

Em sede de apelação, o Tribunal de origem houve por bem dar parcial provimento ao recurso ministerial para alterar o regime para o inicial fechado, determinando a imediata expedição de mandado de prisão.

Alegam, em suma, a imposição de regime prisional mais gravoso sem fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Requerem, assim, inclusive em sede liminar, seja expedido salvo-conduto em favor do Paciente.

O pedido de liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 122/123.

Foram prestadas as informações pela Autoridade Impetrada às fls. 128/129, com as peças processuais pertinentes.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 161/164, opinando pela concessão da ordem em maior extensão, em parecer assim ementado:

"Habeas corpus. Roubo. Regime prisional. Gravidade do delito. Súmulas STF 718 e 719. Precedentes. HC de ofício: aumento em razão de não haver fundamentação para a opção mais gravosa."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.286 - SP (2009/0016651-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO APLICADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. AUMENTO ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA LEGAL (1/3). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ.

1. Fixada a pena-base no mínimo legal porque inexistente circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é possível infligir regime prisional mais gravoso ao réu primário apenas com base na gravidade genérica do delito. Aplicação da súmula n.º 440 do STJ.

2. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em percentual 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. Ordem concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar o acórdão impugnado, quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, restabelecendo, no particular, a sentença condenatória, que fixou o regime semiaberto, bem como para, de ofício, na terceira fase da aplicação da pena, retificar o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, referente ao reconhecimento das duas causas de aumento (emprego de arma de fogo e concurso de pessoas), nos termos delineados no voto.

VOTO

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

Insurgem-se os Impetrantes contra a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena sem fundamentação idônea.

O Tribunal Impetrado, em sede de apelação deu parcial provimento ao recurso reduzindo as penas impostas ao Paciente, manifestando-se nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]

Na aplicação da pena ao co-réu Ricardo, atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, levo em consideração sua culpabilidade, seus antecedentes, sua confissão espontânea, de modo que fixo a pena-base no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em seguida, aumento a pena pela regra do parágrafo 2.º, do artigo 157, do Código Penal e considerando que são duas qualificadoras, fixo o aumento da pena em 3/8 (três oitavos), perfazendo 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão e 13 (treze) dias-multa, que torno definitiva por não haver outras causas de aumento ou diminuição de pena. Na fixação do regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade, levando em consideração que confessou a prática do delito e considerando que a confissão merece ser valorada porque simplifica a instrução, assegura o acerto da prestação jurisdicional, demonstra respeito do réu à justiça e indica o arrependimento e o intuito de regeneração, então fixo o regime SEMI-ABERTO como regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade."

Em sede de apelação, o Tribunal de origem houve por bem dar parcial provimento ao recurso ministerial para fixar o regime fechado para o cumprimento da pena reclusiva, assim consignando:

"O regime prisional imposto aos réus reclama modificação.

O regime de cumprimento de pena mais severo, ou seja, o fechado, é o único que se mostra adequado ao delito perpetrado, de extrema gravidade, que vem afligindo a coletividade e causando cada vez mais temor. Com efeito, recomendável a resposta estatal mais rigorosa, até para garantir as expectativas que o cidadão comum possui em relação à norma penal." (fl. 159)

Nesse contexto, cumpre ressaltar que somente se consideradas as circunstâncias judiciais de forma desfavoráveis, com fundamentos idôneos, poderia, então, ser mantido regime prisional mais gravoso.

Não é o que ocorre no caso em apreço, pois o Tribunal de origem reformando a sentença condenatória reduziu a pena-base ao mínimo legal, entendendo não haver circunstância judicial desfavorável ao acusado.

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 440/STJ, *in 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."

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, inclusive, ratifica esse entendimento, segundo o qual *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 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, 1.ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Precedentes desta Corte Superior de Justiça:

"HABEAS CORPUS. PENAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À LEI Nº 11.464/2007. APLICAÇÃO DO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRIMEIRO PACIENTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. WRIT DENEGADO. SEGUNDO PACIENTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA. PENAS-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 440 DA SÚMULA DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Diante da declaração de inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, pelo Supremo Tribunal Federal, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o disposto no artigo 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

2. Com relação ao Paciente VALDENIR SOARES ANTUNES, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, concretamente demonstradas pelo julgador, por ocasião da individualização da reprimenda penal, adequada a imposição do regime prisional mais gravoso.

3. Quanto ao Paciente THIAGO GUMA CARRÃO, a pena-base foi fixada no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Incidência da Súmula n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça.

4. Ordem denegada ao primeiro Paciente e concedida ao segundo, Thiago Guma Carrão, para, mantida a condenação, restabelecer o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta na sentença." (HC 135.717/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 29/11/2010).

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 440 DESTA STJ. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de duas causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a Corte de origem estipulou a fração de 3/8 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal. Exegese da Súmula 443 deste STJ.

REGIME DE EXECUÇÃO. MODO FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO.

1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso. Súmula 440/STJ.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

4. Ordem concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, bem como para estabelecer o regime semiaberto como modo inicial de cumprimento da sanção aplicada." (HC 138.123/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 13/12/2010).

Por fim, quanto ao aumento da pena decorrente das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, constata-se ilegalidade flagrante, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Tem-se por irregular o acréscimo implementado pelo Juízo sentenciante em 3/8, acima do mínimo legal, que é de 1/3, sem a imprescindível fundamentação.

Com efeito, cumpre ressaltar que a presença de duas causas de aumento de pena no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual 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 foi realizado na espécie.

Para que haja a razoável e proporcional dosagem da pena, deve o magistrado apreciar a intensidade de cada causa especial de aumento, e não apenas efetuar um simples cálculo matemático.

O referido entendimento restou consolidado no enunciado n.º 443 da Súmula desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte Superior de Justiça, *ad litteram*:

"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, a dosimetria da pena imposta ao Paciente merece reparo.

Em consonância com a proporção estabelecida pelas instâncias ordinárias, mantenho a pena-base fixada no mínimo legal, qual seja de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, mantêm-se a pena no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão, pois, a teor do pacífico entendimento desta Corte, o reconhecimento das atenuantes não pode conduzir a pena a patamar abaixo do mínimo, conforme disposto na Súmula n.º 231 deste Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, na terceira fase da aplicação da pena, deve ser retificado o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, referente ao reconhecimento das duas causas de aumento (emprego de arma de fogo e concurso de pessoas), restando fixada a reprimenda em 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa, a qual se torna definitiva.

Ante o exposto, *CONCEDO habeas corpus* para, mantida a condenação do Paciente, reformar o acórdão impugnado, quanto ao regime inicial para o cumprimento da pena reclusiva, restabelecendo, no particular, a sentença condenatória, que fixou o regime semiaberto, bem como para, *DE OFÍCIO*, na terceira fase da aplicação da pena, retificar o aumento de 3/8 para o mínimo legal, equivalente a 1/3, referente ao reconhecimento das duas causas de aumento (emprego de arma de fogo e concurso de pessoas), nos termos acima delineados.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0016651-0

HC 127.286 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15312003 990080443607 990080496395

EM MESA

JULGADO: 31/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NEIDE RUFINO INHAUSER E OUTROS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO OSÓRIO LOPES DE SOUZA

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 Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.