



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.905 - AC (2016/0263048-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : MARCELO AUGUSTO CUNHA DE MENEZES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

3. Na espécie, a circunstância judicial relativa aos antecedentes foi valorada em desfavor do paciente sem fundamentação idônea. O magistrado sentenciante, consignou que o paciente ostenta maus antecedentes, embora fosse tecnicamente primário, o que vai de encontro ao Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

4. O sentenciante também considerou desfavoráveis os motivos do crime, pois visava o réu amealhar bens materiais sem a necessária contrapartida laboral. Não descreveu o julgador, ainda que sucintamente, a maior reprovabilidade da natureza e da qualidade da causa que levou o paciente a praticar a infração penal descrita na peça acusatória, limitando-se a elencar, de modo genérico, circunstâncias que não exorbitam das comuns ao crime de roubo, enquanto delito de natureza patrimonial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

5. Também destacou o magistrado sentenciante que as circunstâncias seriam desfavoráveis ao paciente, pois as vítimas foram rendidas de surpresa por dois indivíduos armados. No particular, não descreveu as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, as condições de tempo e local em que ocorreu o crime ou a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, parecendo-me, portanto, também nesse aspecto, injustificado o aumento operado na primeira etapa do cálculo da reprimenda. Precedentes.

6. Por derradeiro, igualmente insuficiente a motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que "*as consequências atingiram mais especificamente o patrimônio das vítimas o qual não foi recuperado*", porquanto espelha decorrência comum dos crimes patrimoniais. Precedentes.

7. Consoante determinam os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal, o regime prisional será estabelecido com observância do *quantum* de pena aplicada, da primariedade e da análise das circunstâncias judiciais, em respeito ao princípio da individualização da pena, considerando, ainda, que tal regime seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

8. No caso, considerando a análise desfavorável das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, os juízos ordinários fixaram o regime inicial fechado. Entretanto, afastadas as mencionadas circunstâncias negativas e estabelecida a pena-base no mínimo legal, imperiosa a modificação do regime inicial para o semiaberto, nos moldes dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado da Súmula n. 440 desta Casa. Precedentes.

9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, redimensionando a pena do paciente, estabelecê-la em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mais 13 (treze) 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, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conhecer da impetração, concedendo, contudo, ordem de ofício nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 13 de dezembro de 2016 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.905 - AC (2016/0263048-6)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : MARCELO AUGUSTO CUNHA DE MENEZES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de MARCELO AUGUSTO CUNHA DE MENEZES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática da conduta descrita no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Contra o édito condenatório insurgiram-se as partes.

Em 19 de novembro de 2015, os Desembargadores integrantes da Câmara Criminal negaram provimento ao recurso do Ministério Público e deram parcial provimento ao inconformismo da defesa para reconhecer a atenuante descrita no art. 65, inciso I, do Código Penal, redimensionando a pena definitiva para 6 (seis) anos de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória.

No Superior Tribunal de Justiça, sustenta o impetrante a ilegalidade da decisão que manteve a pena-base acima do mínimo legal.

No tocante aos antecedentes, destaca que os processos considerados pelas instâncias de origem não transitaram em julgado, não bastando, portanto, a justificar a exasperação da reprimenda, nos termos da jurisprudência desta Casa, consolidada no enunciado n. 444/STJ.

Relativamente aos motivos do crime, destaca que "*a afirmação de que o paciente buscava amealhar bens materiais sem a necessária contrapartida laboral, de forma ilícita e em detrimento do patrimônio alheio é inerente ao próprio tipo penal, não*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

servindo como fundamento para exasperar a pena" (e-STJ fl. 5).

A propósito das circunstâncias do delito, pondera que o fato de o paciente ter colhido a vítima de surpresa não justifica o aumento da pena-base, notadamente porque ausente condição especial afora daquelas normais do tipo.

Acerca das consequências do crime, assere que "o fato de a res, no crime de roubo, não ter sido recuperada, ou devolvida com avarias, não pode legitimar o aumento da pena-base, com supedâneo nas consequências do crime, pois a subtração é elemento do próprio tipo penal" (e-STJ fl. 7).

Diante dessas considerações, pede sejam afastadas as circunstâncias judiciais mencionadas e estabelecida a pena-base no mínimo legal.

Não houve pedido liminar.

Dispensadas as informações, foram os autos encaminhados ao Ministério Público Federal, que se manifestou pela concessão da ordem para fixar a pena-base no mínimo legal, com reflexos no regime inicial (e-STJ fls. 42/44).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.905 - AC (2016/0263048-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional.

No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. Nesse sentido: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJe de 27/5/2015.

Sendo assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Na espécie, o magistrado singular, ao condenar a paciente pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, fixou a respectiva pena-base acima do mínimo legal por considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes, aos motivos, às circunstâncias e às consequências dos crimes. Nesse contexto, a reprimenda básica foi estabelecida em 7 (sete) anos de reclusão.

Confira-se o seguinte trecho da r. sentença (e-STJ fl. 23):

Atenta às diretrizes do art. 59, do Código Penal, verifico que restou comprovada a culpabilidade do réu, em grau não acentuado, visto que não excedeu aos limites previstos para o tipo penal; os antecedentes são maculados, pois o réu já respondia a outros processos criminais (fls. 104/106); a conduta social e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade não há o que se valorar; os motivos do crime não favorecem ao réu, pois visava amealhar bens materiais sem a necessária contrapartida laboral, de forma ilícita e em detrimento do patrimônio alheio; as circunstâncias foram desfavoráveis às vítimas, posto que foram rendidas de surpresa por dois assaltantes armados, de modo que não puderam oferecer resistência; as conseqüências atingiram mais especificamente o patrimônio das vítimas o qual não foi recuperado; o comportamento das vítimas em nada contribuiu para o cometimento do crime.

A Corte de origem, ao dar parcial provimento ao recurso da defesa, apresentou estas justificativas (e-STJ fls. 26/33):

Dentre as oito circunstâncias judiciais avaliadas, a Juíza singular considerou quatro como desfavoráveis ao apelante, a saber: os antecedentes, os motivos, as circunstâncias e as conseqüências do crime. Tenho que os fundamentos expostos pela Juíza singular, para considerar como desfavoráveis tais circunstâncias são os necessários. O que se exige é que o Juiz, de forma fundamentada, exponha os motivos pelos quais considera como desfavoráveis as circunstâncias apontadas. Isso foi feito.

Além disso, é vedado ao Tribunal de Justiça modificar a pena aplicada, sob a alegação de incorreção, uma vez que o Juiz singular, ao fundamentar as circunstâncias judiciais, o faz dentro do seu livre convencimento motivado. Essa discricionariedade a ele atribuída, recomenda que o Órgão de Instância Superior se atenha ao controle acerca da legalidade e constitucionalidade das Decisões oriundas das Instâncias inferiores.

[...]

Reconhecida a atenuante da menoridade relativa, ela deve ser considerada na segunda fase da dosimetria da pena, a qual passo a individualizar.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o apelante teve a pena base fixada em sete anos de reclusão.

Na segunda fase, presentes as atenuantes previstas no artigo 65, incisos I e III, letra d, do Código Penal - menoridade e confissão espontânea-, diminuo a pena em dois sextos, passando a reprimenda para quatro anos e seis meses de reclusão. Ausente circunstância agravante.

Presente a causa de aumento decorrente do concurso de agentes, previsto no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, comungo do mesmo entendimento da Juíza singular e aumento a pena em um terço, tornando-a definitiva em seis anos de reclusão. Mantenho os demais termos da Sentença.

Praticada a infração penal, surge para o Estado o direito de aplicar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanção penal abstratamente cominada, modo de retribuir o mal causado pelo acusado e meio supostamente eficiente de evitar a reincidência. Nesse tear, demanda-se a estrita observância do devido processo legal, que se encerra com a sentença, ato judicial que aplica ao acusado a reprimenda individualizada de acordo com a gravidade do delito e com as condições pessoais do sentenciado.

A primeira etapa de fixação da reprimenda, como é cediço, tem como objetivo estabelecer a pena-base, partindo do preceito secundário simples ou qualificado descrito do tipo incriminador, sobre o qual incidirão as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal. As circunstâncias judiciais são valores positivos; para inverter essa polaridade, imperioso ao prolator da sentença apresentar elementos concretos de convicção presentes no bojo do processo. Sendo assim, é inadmissível o aumento da pena-base com fundamento em meras suposições ou em argumento de autoridade. Não atende à exigência do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal a simples menção aos critérios enumerados no art. 59 do Código Penal, sem anunciar os dados objetivos e subjetivos que a eles se amoldam, ou a invocação de fórmulas imprecisas em prejuízo do condenado.

No caso em desfile, o magistrado sentenciante considerou os maus antecedentes do paciente diante da presença de processos penais em curso.

Essa justificativa foi mantida pelo Tribunal de Justiça.

Entretanto, em um Estado Democrático norteado pelo princípio da presunção de inocência, inquéritos penais em andamento ou ações penais em curso não devem ser considerados como maus antecedentes para agravar a pena-base, orientação consolidada no enunciado n. 444 da Súmula desta Casa.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INSTRUÇÃO CRIMINAL. RATIFICAÇÃO DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE INQUISITÓRIA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Segundo o disposto na Súmula n. 444 deste Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal, a existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possuem o condão de exasperar a reprimenda-base, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade.

6. Mencionada somente a existência de um processo em andamento por crime de tráfico de drogas, sem a indicação de elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, demonstrassem a inadequação do comportamento do paciente no interior do grupo social a que pertence (família, vizinhança, trabalho, escola etc.), deve ser afastada a desfavorabilidade da conduta social.

[...]

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base aplicada ao paciente e, por conseguinte, diminuir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 445 dias-multa. (HC 271.549/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016, grifei.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1) DOSIMETRIA. INCREMENTO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 2) REGIME. REPRIMENDA BÁSICA TRAZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. ART. 33, § 2º, B, DO CÓDIGO PENAL - CP. OBSERVÂNCIA DOS ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR A REPRIMENDA IMPOSTA E FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

- O STJ, seguindo entendimento firmado pelo STF, passou a não admitir o conhecimento de 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.

- ***Nos termos do Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, processos penais em curso, sentenças condenatórias não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais não constituem maus antecedentes e nem podem ser utilizados para valorar negativamente a personalidade e a conduta social. No caso, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade pela elevação da reprimenda básica, ante a falta de demonstração da existência de qualquer condenação por fato***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anterior ao delito em tela.

- Em razão da cassação da circunstância judicial considerada negativa e fixada a pena-base no mínimo legal, é imperiosa a fixação do regime prisional semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, b, do CP, ante a ausência de outros fundamentos concretos a justificar o regime mais gravoso. Enunciados n. 440 da Súmula do STJ, n. 718 e 719 da Súmula do STF.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas impostas ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 349.371/RJ, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 21/03/2016, grifei.)

O sentenciante, vimos, também considerou desfavoráveis os motivos do crime, pois visava o réu amealhar bens materiais sem a necessária contrapartida laboral, de forma ilícita e em detrimento do patrimônio alheio.

Na análise da circunstância judicial relativa aos motivos da infração penal, imperioso ao sentenciante a apreciação da fonte propulsora da vontade criminosa, pois conforme a causa que motivou o acusado a praticar o delito, sua conduta poderá ser considerada mais ou menos censurável.

Isso aqui não ocorreu.

Reparem: não descreveu o sentenciante, ainda que sucintamente, a maior reprovabilidade da natureza e da qualidade da causa que levou o paciente a praticar a infração penal descrita na peça acusatória, limitando-se a elencar, de modo genérico, circunstâncias que não exorbitam das comuns à espécie de roubo, enquanto delito de natureza patrimonial. Diante desse cenário, imperioso o reconhecimento do constrangimento ilegal perpetrado.

A propósito, confirmam-se estes precedentes:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

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

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES NA FORMA TENTADA. PLEITO DE CLASSIFICAÇÃO COMO TENTATIVA DE LATROCÍNIO. SÚMULA 7/STJ. TROCA DE TIROS COM A POLÍCIA. PRESUNÇÃO DE DOLO EVENTUAL. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. DESPROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP CARACTERIZADA. AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE E MOTIVOS DO CRIME. MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, V, DO CP. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ.

[...]

6. No caso concreto, em que os recorridos assaltaram agência bancária de cidade pequena, utilizaram pistola, fuzil, espingarda, submetralhadora, capuz, coletes à prova de balas, trocaram tiros com a polícia, fizeram reféns e um dos meliantes suicidou-se ao ser cercado por policiais, diante de elementos acidentais extremamente graves é incoerente e inadequada a fixação da pena-base em apenas 4 anos e 3 meses de reclusão, considerando a pena mínima e a máxima cominadas ao crime de roubo.

7. A dosimetria deve ser refeita considerando-se, somente, as circunstâncias do crime como desfavoráveis. Afasta-se, ante a ocorrência de manifesta ilegalidade, a consideração desfavorável da culpabilidade, como elemento integrante da estrutura do crime, e a motivação do crime, pois o lucro fácil é inerente ao roubo. As consequências do crime, por sua vez, foram consideradas normais para a espécie, de modo que desconstituição do julgado, neste ponto, esbarraria na Súmula 7/STJ.

[...]

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido para majorar a pena-base dos recorridos e readequar a pena final, afastando-se, de ofício, a consideração da culpabilidade e dos motivos do crime como circunstâncias judiciais desfavoráveis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do artigo 59 do CP. (REsp 1414303/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 25/06/2014, grifei.)

De acordo com a orientação desta Casa, as circunstâncias da infração podem ser compreendidas como os pormenores do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não inerentes ao tipo penal.

Sendo assim, na análise das circunstâncias do crime, imperioso ao magistrado sentenciante apreciar, com base em fatos concretos, provados nos autos, o lugar do crime, o tempo de sua duração, a atitude assumida pelo agente no decorrer da consumação da infração penal, a mecânica delitiva empregada, dentre outros elementos indicativos de uma maior censurabilidade da conduta.

No caso em desfile, destacou o magistrado sentenciante, no ponto, que, as circunstâncias seriam desfavoráveis ao paciente, pois as vítimas foram rendidas de surpresa por dois indivíduos armados. Não descreveu as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, as condições de tempo e local em que ocorreu o crime ou a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, parecendo-me, portanto, também nesse aspecto, injustificado o aumento operado na primeira etapa do cálculo da reprimenda.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. ELEMENTO INTEGRANTE DA PRÓPRIA ESTRUTURA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVOS DO DELITO. ARGUMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CIRCUNSTÂNCIAS. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA QUE COMPROVAM O EFETIVO EMPREGO DE ARMA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO QUE SE MOSTRA DEVIDA. EXECUÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO. POSSIBILIDADE. REPRIMENDA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. PRIMARIEDADE E FAVORABILIDADE DE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO.

1. Argumentos inerentes à culpabilidade em sentido estrito - elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tripartida - não autorizam a exasperação da pena-base, a pretexto de culpabilidade desfavorável.

2. Os motivos do crime quando inerentes ao próprio tipo penal violado não autorizam a exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, porquanto já considerados pelo legislador quando da fixação da pena abstratamente cominada ao delito.

3. A dependência toxicológica é, na verdade, um infortúnio, não podendo, por isso mesmo, ensejar a exasperação da pena-base como motivos desfavoráveis do crime.

4. O fato de o paciente estar armado e ter colhido a vítima de surpresa não revela reprovabilidade da maneira de agir que extrapole o próprio tipo penal violado, a ponto de justificar o aumento na pena-base como circunstâncias desfavoráveis do crime.

[...]

8. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir ao mínimo legal a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa, bem como para fixar-lhe o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal. (HC 170.730/AC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 10/10/2011, grifei.)

Por derradeiro, penso igualmente insuficiente a motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que "*as consequências atingiram mais especificamente o patrimônio das vítimas o qual não foi recuperado*" (e-STJ fl. 23), porquanto espelha decorrência comum dos crimes patrimoniais.

Com o objetivo de esclarecer inteiramente a questão, colaciono os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E III, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ARGUMENTOS INIDÔNEOS. ELEMENTARES DO TIPO PATRIMONIAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Não constitui fundamentação idônea para o acréscimo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base do roubo considerar como desfavorável as consequências do delito apenas declinando elementares do tipo (a res não ter sido recuperada).

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta. (HC 338.243/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 14/12/2015, grifei.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. CITAÇÃO DO CONCEITO. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE NÃO DEMONSTRADO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, DISTINTAS DA UTILIZADA, NA SEGUNDA FASE, COMO REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RECUPERAÇÃO PARCIAL DA RES FURTIVA. DECORRÊNCIA COMUM AO DELITO DE ROUBO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. A recuperação parcial da res furtiva configura consequência ínsita e usual dos delitos patrimoniais. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, e 14 dias-multa. (HC 206.819/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 21/09/2015, grifei.)

HABEAS CORPUS. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS E ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADAS DE FORMA ILEGAL. AGRAVANTE PREVISTA NO ARTIGO 61, II, "C", DO CP. CARACTERIZAÇÃO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. ARTIGO 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. PENA DOBRADA. POSSIBILIDADE.

1. Não há constrangimento ilegal no ponto em que a pena-base foi exasperada diante da culpabilidade, pois o julgador mencionou que o paciente "é sempre descrito como muito agressivo durante as execuções" dos crimes de roubo, o que evidencia a maior censurabilidade do ato.

2. Entretanto, o argumento de que "nem todos os bens foram recuperados", não justifica de forma válida a exasperação da pena-base, pois a subtração é elemento inerente do próprio crime de roubo.

[...]

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base e o aumento de pena procedido na terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

etapa da dosimetria, em razão das majorantes, resultando a pena definitiva do paciente em 12 anos e 8 meses de reclusão. (HC 286.286/MA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 23/10/2014, grifei.)

Nesse tear, afastadas as circunstâncias judiciais acima mencionadas, fixo a pena-base no mínimo legal – 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda etapa do cálculo, reconhecidas as atenuantes descritas no art. 65, incisos I e III, alínea *d*, do Código Penal, deixo de diminuir a pena tendo em vista o disposto no enunciado n. 231 da Súmula desta Casa.

Na terceira fase da dosimetria, presente a causa de aumento relativa ao concurso de agentes, conservo o aumento de 1/3 (um terço), **tornando a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa.**

Relativamente ao regime inicial de cumprimento de pena, rememoro que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o sentenciante deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

Confirmam-se:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PEÇA INAUGURAL QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA GARANTIDA. PRETENDIDA A EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. CONCESSÃO DE OFÍCIO. EFEITOS EXTENSIVOS AOS CORRÉUS.

[...].

4. Configura constrangimento ilegal a imposição do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso ao paciente primário, sem motivação concreta, em virtude, unicamente, da gravidade abstrata do delito de roubo majorado. Inteligência das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para fixar regime semiaberto, com efeitos extensivos aos corréus (HC 168.846/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 28/03/2016, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES). PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. LIMINAR CONFIRMADA.

[...]

2. Haja vista a ausência de fundamentação concreta para se manter os pacientes em regime inicial mais gravoso do que a sanção imposta permite, vê-se, na decisão impugnada, a presença de manifesto constrangimento ilegal.

3. Tendo em conta que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e o quantum da pena aplicada é inferior a 8 anos, possível a fixação de regime inicial intermediário.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar aos pacientes o regime inicial semiaberto, confirmando-se a liminar (HC 335.575/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 08/03/2016, grifei).

Como se depreende das transcrições acima, considerando a análise desfavorável das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, os juízos ordinários fixaram o regime inicial fechado. Entretanto, afastadas as mencionadas circunstâncias negativas e estabelecida a pena-base no mínimo legal, imperiosa a modificação do regime inicial para o semiaberto, nos moldes dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do enunciado da Súmula n. 440 desta Casa, que assim dispõem:

Enunciado 718/STF: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada".

Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enunciado 440/STJ: "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".

À vista de tais pressupostos, não conheço do *habeas corpus*.

Porém, de ofício, concedo a ordem para, redimensionando a pena do paciente, estabelecê-la em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, nos termos acima referidos.

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0263048-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 373.905 / AC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00014049420148010001 00096779620138010001 082013000404701 82013000404701
96779620138010001

EM MESA

JULGADO: 13/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE	: MARCELO AUGUSTO CUNHA DE MENEZES
CORRÉU	: FRANCILEY FERNANDES DA SILVA
CORRÉU	: GILDEIR FERREIRA MONTEIRO

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 da impetração, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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