



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.994 - SP (2016/0240748-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MILENA JACKELINE REIS - PR041084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VITOR GONÇALVES CAVALCANTE

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. JUSTIFICATIVA CONCRETA. MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, as instâncias de origem arrolaram elementos concretos, no tocante à personalidade, circunstâncias e consequências do crime, que respaldam o acréscimo da pena-base. Todavia, não se verifica fundamentação idônea quanto à culpabilidade, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

4. Ordem concedida, em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.994 - SP (2016/0240748-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MILENA JACKELINE REIS - PR041084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO VITOR GONÇALVES CAVALCANTE

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOAO VITOR GONÇALVES CAVALCANTE, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0076618-45.2014.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, à pena de 8 anos e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 18 dias-multa, por infração à norma do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal e artigo 244-B da Lei n. 8.069/90, c/c o artigo 70, também, do Código Penal. Eis excertos do édito condenatório, *verbis* (fls. 38/40):

De se por em realce a suficiência e principalmente o caráter preventivo geral (desacorçoando a quem ouse a prática de crime, ainda ou talvez na primeira vez em que houve a captura) e preventivo especial (desanimando a reincidência, ante o desate rigoroso - e note-se que a lenidade fez com que o réu cometesse o presente delito em menos de mês ao obter alforria - ou ao menos impedindo que cometa outros crimes enquanto preso). E a hipótese vertente, ante as peculiaridades, bem amolda-se quanto a tanto.

Pena mínima ladeada a nossa langorosa LEP (tão pródiga em direitos e avara em deveres) pode ocasionar impunidade, eis que esta, não é apenas ausência de punição mas, punição insuficiente aos comandos da lei.

E a sociedade, que em todos os estamentos, tem dentre as principais preocupações a segurança e clama acertadamente - por resposta estatal mais severa para crimes, resta INDIGNADA ao ter sabença que autores de crimes graves, como o presente, por vezes sequer tem a liberdade totalmente tolhida ou, em tão pouco tempo volvam às ruas.

O mal-estar é geral.

Os que podem, retraem-se em cidadelas, adquirindo e despendendo burras consideráveis para petrechos que dificultem a ação criminosa, seguranças particulares, etc. Aos despossuídos ou faltos, resta a proteção divina, em se considerando, infelizmente, o descaso estatal com tanto, mal-aparelhando a milícia, com soldos encabulados e lastimáveis, sendo manifesta a necessidade de aumento de tropa, etc.

Reeducação somos céticos. Esbarra no livre arbítrio! Por melhor que fosse o sistema, ainda assim, o sujeito é criminoso, apetece-lhe ser criminoso e muita vez, quanto mais perigoso, jacta-se quanto a tanto. Mesmo que aprendesse labor de marceneiro, mecânico, etc., jamais dar-se-ia à liça (como milhões e milhões de brasileiros) de sol a sol, em árdua jornada mensal, por várias horas (extras, inclusive) no dia, enfrentando extenso lapso temporal em transporte deficiente, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subordinação, para perceber dois ou até mais salários mínimos se, em um único dia, em furto, roubo, receptação, 'sequestro-relâmpago', etc., auferir um, cinco, dez, quinze ou mais mil reais. Opta pelo ócio vil e os avantajados ganhos advindos do lucro do fácil do crime(*in casu*, apreçada a *res* em mais de dez mil reais).

E, com prévia sabença que a resposta estatal será branda, caso seja mal sucedido (e axiomático que pratica vários e vários crimes até ser descoberto em um) receberá punição mui branda, o que é vero acicate ao crime. O aumento da criminalidade e a reincidência que campeia, bem demonstram. Até por chiste, vale o trocadilho: a pena vale a pena.

Temos, pois, que a sanção mais severa, em acordo com o caráter preventivo, presta-se efetivamente a pôr cobro ou reduzir a criminalidade, tal qual clama a sociedade.

Em acordo com Aníbal Bruno '*...Com isso, alarga esse ramo do Direito e sua capacidade como instrumento de luta no sentido de tornar mais efetiva a prevenção geral e especial de fatos puníveis... E o saudoso jurista, arremata ...Fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade*'. Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, Forense, 2a. Ed.).

E, acatado e reverencioso, ousou dizer que o Judiciário deve estar sensível e atento quanto a tanto.

Repta Nucci ('Código Penal Comentado', 13ª. Ed.) a cômoda balda em fixar-se pena-base chã, com olvido a circunstâncias judiciais e ao largo grau de discricionariedade (*in casu* até quatro lustros de privação de liberdade além de multa) dada pelo legislador ao julgador para alçar a coima justa concreta, sempre por norte a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Pondera que, tratamento igual para situações diversas, uma delas a exigir maior rigor, pode redundar em injustiça para com a sociedade. E, pena mínima, apenas quando favoráveis as oito circunstâncias Judiciais do artigo 59 do Código Penal.

Muito que bem.

O réu - ao reverso de tantos petizes e piás, abandonados em orfanatos, submetidos a abusos e maus-tratos e, ainda assim, convertem-se em cidadãos honestos, pacatos e laboriosos - bem ninado, contou com a fortuna de criação em lar estável e bem estruturado, donde percebeu boa educação, pautada por valores morais e religiosos, nada lhe faltando. O rigor é maior. Assim pensa Nuccci (Op. cit., p. 432): '*...pois o bem nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável...*' A hipótese vertente não cuidou-se de subtração de um boné e tênis mediante repelão; mas, de bens, avaliados em mais de onze mil reais! Não seria equânime igual tratamento ante tal circunstância. Tanto na polícia como em juízo (posto negaça neste último) , não houve dolo de ímpeto mas, premeditação. Mandrião ou tunante; ou por outra: optou por fazer do crime o seu meio e modo de vida, tanto que, pouco após deixar o cárcere consumou o presente; personalidade incrustrada no crime. O motivo foi ordinário ou sórdido, ou seja, crime outro consistente em adquirir drogas cocaína e cânhamo - para o nojoso sestro. Não há oblévio a circunstância que abeiraram ou apropinquaram qualificadora outra, eis que as vítimas foram trancafiadas no banheiro do estabelecimento, por lapso temporal, algo razoável. Alfim, a conseqüência de restar traumatizada a vítima Jeferson, como disse em suas declarações.

Fixo a pena-base para o roubo em 06 anos de reclusão e 15 dias-multa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(intermediária, pouco além do máximo abstrato, para que não se diga rigor excessivo).

Ante a confissão, decresço o castigo em 1/6, remetendo a 05 anos de reclusão e 12 dias-multa.

Duas foram as qualificadoras, a merecer maior severidade (não haveria equidade caso fosse apenas uma) e, de se ter em conta que o espadete era mui avantajado, com maior poder de intimidação e traumatização, além de risco maior à vida da vítima. Somo a coima em 3/8, perfazendo 06 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 16 dias-multa.

Ante o concurso ideal com o delito previsto no ECA, aumento a pena em 1/6, alcançando 08 anos e 07 dias de reclusão e 18 dias-multa.

A minguia de outras circunstâncias ou causas de oscilação, definitiva neste patamar.

O valor unitário da diária é o raso.

O regime da corporal, em se tratando de roubo à mão armada, em concurso de agentes, reclama o mais gravoso; ainda, de se valer do disposto no artigo 33, parágrafo 3º., do Código Penal (e o *quantum* de pena). O regime inicial da pena privativa de liberdade será o FECHADO".

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso defensivo. Confira-se o acórdão, no que interessa (fls. 32/33):

(...) 4. As penas e o regime prisional igualmente não comportam reparos.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal - em 6 anos - mostrou-se justificada, nos termos do artigo 59 e 68 do Código Penal, tendo réu demonstrado personalidade desvirtuada, uma vez ter praticado o delito tratado nestes autos dias depois de deixar o cárcere, revelando personalidade voltada à prática de crimes, de acentuada gravidade, como é o roubo, além do que a dinâmica dos fatos bem demonstrou que o réu premeditou o crime, eis que no dia anterior passou pelo local e depois, com o menor, combinaram de assaltá-lo, vindo a subtrair do estabelecimento inúmeros bens de relevante valor econômico. Não se pode deixar de anotar, ainda, as conseqüências do crime, eis que, apesar dos bens terem sido recuperados, a ação criminosa deixou traumas nas vítimas, conforme declarações da vítima Jeferson.

Presentes duas causas de aumento para o roubo, correto o acréscimo de 3/8, pois a conduta é evidentemente mais grave que aquela praticada com apenas uma das circunstâncias majorantes, demandando sanção mais severa. Não se trata de mera aplicação matemática proporcional, mas do reconhecimento da maior gravidade que o duplo majorado tem como ínsita.

Entendo, por fim, que o regime fechado, embora primário o apelante (cf. art. 33, §3º, do CP), é o adequado à espécie. Não bastasse a quantidade de pena imposta, o cometimento do roubo agravado pelo concurso de agentes, um deles, menor, e emprego de arma revela, à saciedade, efetiva periculosidade e desajuste às normas de conduta social. Ademais, deve-se levar em consideração as circunstâncias do crime e personalidade do agente, não sendo o regime inicial de cumprimento da pena, portanto, conseqüência automática do *quantum* fixado, pois o crime de roubo, nos moldes em que praticado, revela periculosidade justificadora do regime mais rigoroso. Por outro lado, não se olvide que a atenuação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime em nada contribui para a consecução de nenhum dos três objetivos da pena, quais sejam, a pacificação social a prevenção da criminalidade e a recuperação do criminoso.

E, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal: 'REGIME PRISIONAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PERICULOSIDADE. 1. A pena imposta (5 anos e 4 meses de reclusão) por si só não gera direito ao regime semi-aberto, podendo o magistrado, em ato decisório motivado, impor o regime mais gravoso quando verificada a maior culpabilidade e periculosidade do agente. Interpretação dos arts. 33, § 3º e 59 do Código Penal' (HC nº 84.304/5P, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Grade, DJ 06.08.2004, VU).

Opostos embargos de declaração, o Tribunal *a quo* consignou o seguinte (fl. 24):

Com a devida vênia, o Acórdão embargado preza pela integridade e coerência de seus fundamentos, razão porque não procede a pretensão declaratória, a qual, na verdade, tem nítido caráter infringente.

Ao contrário do que sustenta o embargante, o V. Acórdão não afastou os argumentos lançados na r. sentença para majoração da pena-base, mas tão somente reforçou outros, também constantes da decisão de primeiro grau, para dizer da idoneidade de seus argumentos para a fixação da pena-base em metade acima do mínimo, sempre lastreado no artigo 59 do Código Penal.

De se anotar, mais, que a primariedade, por si, não é impositiva de pena rasa, se presentes, como no caso dos autos, circunstâncias que tornam a ação criminosa mais grave, merecedora, pois, de resposta estatal mais acerba.

De se ver, ainda, que o réu praticou o delito em tela na companhia de adolescente, tanto que condenado na mesma ação penal pelo crime do artigo 244-B do ECA, outro fato a revelar, não bastassem aqueles já anotados na r. sentença e V. Acórdão, ser o réu merecedor de pena mais gravosa.

Relativamente ao percentual de acréscimo na terceira fase, presentes duas majorantes arma e concurso de agentes - a majoração da pena na fração de 3/8 também é irrepreensível, pois a conduta é evidentemente mais grave que aquela praticada com apenas uma das circunstâncias majorantes, demandando sanção mais severa. Não se trata de mera aplicação matemática proporcional, mas do reconhecimento da maior gravidade que o duplo majorado tem como ínsita.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta que a pena-base do paciente foi fixada de forma desproporcional e desprovida de fundamentação concreta, já que os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias são inidôneas, ao passo que não houve premeditação para a prática do crime, o paciente não tem personalidade desvirtuada, o valor da *res* não é significativo e porque a circunstância judicial referente ao comportamento da vítima deve ser considerada como favorável.

Assevera que "ao considerar prejudicial ao acusado o fato de ter permanecido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preso cautelarmente pouco antes dos fatos, o v. acórdão, na realidade, valorou negativamente a circunstância de o embargante contar com feito em andamento em seu desfavor, pois a custódia era processual e até o momento não há notícia de que tenha sido o acusado condenado naquele feito. Tem-se, assim, violação à presunção de inocência, bem como à Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, que veda expressamente a utilização de feitos em curso para justificar a majoração da pena-base".

Sustenta, ainda, que o aumento de 3/8, na terceira fase da dosimetria penal, em razão das majorantes do roubo, não foi fundamentado com base nos elementos concretos dos autos, e que, por isso, houve ofensa ao que dispõe o enunciado n. 443 da súmula do STJ.

Alega, por fim, que "diante das correções das ilegalidades na aplicação da pena, é indispensável seja o regime inicial de cumprimento de pena, adequado nos termos do artigo 33 § 2º, 'b' e § 3º do Código Penal, fixando-se assim o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao paciente".

Requer, liminarmente e no mérito, que a pena-base seja fixada no mínimo legal, ou alternativamente com exasperação de 1/8, seja aplicado o aumento de 1/3 em razão das majorantes do roubo, na terceira fase da dosimetria penal e fixado o regime prisional semiaberto para o início de cumprimento de pena.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 45-50.

As informações foram juntadas às fls. 58-76, 83-101 e 104-105.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 106, da lavra do Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 370.994 - SP (2016/0240748-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. JUSTIFICATIVA CONCRETA. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, as instâncias de origem arrolaram elementos concretos, no tocante à personalidade, circunstâncias e consequências do crime, que respaldam o acréscimo da pena-base. Todavia, não se verifica fundamentação idônea quanto à culpabilidade, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.
2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.
3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.
4. Ordem concedida, em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cumpre deixar assentado, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária.

In casu, as instâncias de origem arrolaram elementos concretos, no tocante à personalidade do paciente, circunstâncias e consequências do crime, que respaldam o acréscimo da pena-base. Todavia, não se verifica fundamentação concreta quanto à culpabilidade, o que revela a imprescindibilidade do decote no incremento sancionatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registra-se o teor da sentença condenatória, no que interessa:

O réu - ao reverso de tantos petizes e piás, abandonados em orfanatos, submetidos a abusos e maus-tratos e, ainda assim, convertem-se em cidadãos honestos, pacatos e laboriosos - bem ninado, contou com a fortuna de criação em lar estável e bem estruturado, donde percebeu boa educação, pautada por valores morais e religiosos, nada lhe faltando. O rigor é maior. Assim pensa Nuccci (Op. cit., p. 432): *'...pois o bem nascido, sem ter experimentado privações de ordem econômica ou abandono familiar, quando tende ao crime, deve ser mais severamente apenado do que o miserável...'* A hipótese vertente não cuidou-se de subtração de um boné e tênis mediante repelão; mas, de bens, avaliados em mais de onze mil reais! Não seria equânime igual tratamento ante tal circunstância. Tanto na polícia como em juízo (posto negaça neste último), não houve dolo de ímpeto mas, premeditação. Mandrião ou tunante; ou por outra: optou por fazer do crime o seu meio e modo de vida, tanto que, pouco após deixar o cárcere consumou o presente; personalidade incrustrada no crime. O motivo foi ordinário ou sórdido, ou seja, crime outro consistente em adquirir drogas cocaína e cânhamo - para o nojoso sestro. Não há oblévio a circunstância que abeiraram ou apropinquaram qualificadora outra, eis que as vítimas foram trancafiadas no banheiro do estabelecimento, por lapso temporal, algo razoável. Alfim, a conseqüência de restar traumatizada a vítima Jeferson, como disse em suas declarações.

Fixo a pena-base para o roubo em 06 anos de reclusão e 15 dias-multa (intermediária, pouco além do máximo abstrato, para que não se diga rigor excessivo).

Colhe-se do aresto impugnado:

As penas e o regime prisional igualmente não comportam reparos.

A fixação da pena-base acima do mínimo legal - em 6 anos - mostrou-se justificada, nos termos do artigo 59 e 68 do Código Penal, tendo réu demonstrado personalidade desvirtuada, uma vez ter praticado o delito tratado nestes autos dias depois de deixar o cárcere, revelando personalidade voltada à prática de crimes, de acentuada gravidade, como é o roubo, além do que a dinâmica dos fatos bem demonstrou que o réu premeditou o crime, eis que no dia anterior passou pelo local e depois, com o menor, combinaram de assaltá-lo, vindo a subtrair do estabelecimento inúmeros bens de relevante valor econômico. Não se pode deixar de anotar, ainda, as conseqüências do crime, eis que, apesar dos bens terem sido recuperados, a ação criminosa deixou traumas nas vítimas, conforme declarações da vítima Jeferson. (fl. 32).

Com efeito, as considerações tecidas pelo magistrado acerca da culpabilidade do paciente *"o réu - ao reverso de tantos petizes e piás, abandonados em orfanatos, submetidos a abusos e maus-tratos e, ainda assim, convertem-se em cidadãos honestos, pacatos e laboriosos - bem ninado, contou com a fortuna de criação em lar estável e bem estruturado, donde percebeu boa educação, pautada por valores morais e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

religiosos, nada lhe faltando. O rigor é maior", circunstância judicial que sequer foi mencionada pelo Tribunal de origem, embora tenha sido mantido o *quantum* de pena, não revelam suficiência para macular o vetor da culpabilidade e, por conseguinte, justificar a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

Ademais, o fato de o paciente ter praticado o crime logo após ter sido liberado do cárcere demonstra a quebra de confiança outrora depositada pelo Estado, o que pode ser levado em conta para exasperação da pena, até porque sinaliza a habitualidade na prática de crimes.

Nessa linha de consideração, o *modus operandi* delineado premeditadamente, já que o paciente buscou conhecer o local do roubo no dia anterior, posteriormente comunicando-se com o adolescente para assaltá-lo, também não pode ser desmerecido.

De mais a mais, a valoração negativa das consequências do crime foi acertada, eis que o trauma causado à vítima, nos termos de sua própria declaração, respalda o acréscimo da pena-base.

Portanto, imprescindível o decote no *quantum* de pena, já que afastada a consideração desfavorável da culpabilidade do paciente.

No tocante à dosimetria relativa à terceira fase, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes, **como procedido in casu**.

Eis o teor da sentença condenatória, no que interessa:

Duas foram as qualificadoras, a merecer maior severidade (não haveria equidade caso fosse apenas uma) e, de se ter em conta que o espadete era mui avantajado, com maior poder de intimidação e traumatização, além de risco maior à vida da vítima. Somo a coima em 3/8, perfazendo 06 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão e 16 dias-multa. (fl. 40).

Colhe-se do aresto impugnado:

Presentes duas causas de aumento para o roubo, correto o acréscimo de 3/8, pois a conduta é evidentemente mais grave que aquela praticada com apenas uma das circunstâncias majorantes, demandando sanção mais severa. Não se trata de mera aplicação matemática proporcional, mas do reconhecimento da maior gravidade que o duplo majorado tem como ínsita. (fls. 32-33).

Confiram-se os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 1/2. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

443/STJ. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 1/2, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal - CP), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal e ausentes circunstâncias que fundamentem a imposição do regime fechado, cabível a fixação do regime semiaberto, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir a fração de aumento da pena na terceira fase da dosimetria e fixar o regime semiaberto.

(HC 369.072/PA, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELO NÃO ENFRENTAMENTO DE TESE DEFENSIVA. INOCORRÊNCIA. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE.

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

2. Nos moldes do entendimento deste Sodalício, o magistrado, ao apreciar a contenda, deve apresentar as razões que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, apontando fatos, provas, jurisprudência, aspectos inerentes ao tema e a legislação que entender aplicável ao caso, porém não é obrigado a se pronunciar, ponto a ponto, sobre todas as teses elencadas pelas partes, desde que haja encontrado razões suficientes para decidir. Precedentes.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. Não é possível a imposição de regime mais severo que o fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, estabelecendo o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 370.708/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 21/10/2016)

Tal entendimento cristalizou-se na Súmula n.º 443 - STJ, *in verbis*:

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.

Na sequência, dada a ilegalidade do acréscimo de 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, tal aumento deve se dar no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Assim, mantenho a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 145 (quatorze) dias-multa, bem como reitero a redução da pena em 1/6 (um sexto) pela presença de circunstância atenuante relativa à confissão espontânea. Na terceira fase da dosimetria, aumento a reprimenda em 1/3 (um terço), diante das majorantes, e em mais 1/6 (um sexto) em razão do concurso formal de crimes, tornando-a definitiva em 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa.

Por fim, nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Nesse sentido, os seguintes julgados das Turmas que compõem a Terceira Seção:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA. QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE PROVAS. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado.

3. Hipótese em que a reprimenda inicial foi majorada com fundamento na natureza, na diversidade e na quantidade de drogas apreendidas com o paciente (62,7g de cocaína, acondicionados em 51 supositórios plásticos, 23,4g de crack, acondicionados em 73 porções, 28,4g de maconha, acondicionados em 23 porções; e 1,2g de "haxixe"), o que não se mostra manifestamente ilegal.

4. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

5. Concluído pelas instâncias ordinárias, com base nas provas obtidas nos autos e na própria confissão do paciente, que ele se dedica ao tráfico de drogas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. (Precedentes).

6. Na definição do modo inicial de cumprimento de pena, o julgador deve ater-se às diretrizes estabelecidas no art. 33 c/c o art. 59 do CP, e, na hipótese de condenado pelo crime de tráfico de drogas, também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, revela-se correta a imposição do regime inicial fechado (imediatamente mais grave segundo o quantum da sanção aplicada), tendo em vista a aferição desfavorável de uma das circunstâncias judiciais, nos exatos termos do art. 33, § 2º, "a", e § 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

8. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do atendimento do requisitos objetivo, nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

9. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 364.423/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. TESE DE BIS IN IDEM. QUANTIDADE DA DROGA. ALEGADA UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA FIXAR O PATAMAR MÍNIMO NA TERCEIRA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE FUNDAMENTO DIVERSO, SUFICIENTE, POR SÍ SÓ, PARA JUSTIFICAR A FRAÇÃO MÍNIMA. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. DESCABIMENTO. PENA RECLUSIVA SUPERIOR A 4 ANOS (ART. 44, I, CP). DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Indicado fundamento diverso da quantidade de drogas, suficiente, por si só, para justificar a aplicação da minorante do § 4º do art.

33 da Lei n. 11.343/2006 no patamar mínimo, não há falar em bis in



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idem ao fundamento de que a quantidade da droga teria sido utilizada tanto na primeira fase para agravar a pena-base, quanto na terceira, para fixar a fração redutora, pela minorante do art. 33, 4º, da Lei n. 11.343/2006.

2. Tratando-se de condenação à pena reclusiva superior a 4 anos, em se considerando que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, não há ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, sendo, também, descabido o benefício da substituição das penas, nos termos do art. 44, I, do CP.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 298.413/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 21/11/2016)

Ante o exposto, concedo a ordem, em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesseis) dias de reclusão, mais 16 (dezesseis) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0240748-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 370.994 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00766184520148260050 20150000914625 20160000488914 766184520148260050

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MILENA JACKELINE REIS - PR041084
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOAO VITOR GONÇALVES CAVALCANTE

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

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.