



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.963 - SP (2014/0048698-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIEL MACHADO MAGLIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO ITAMAR TEIXEIRA
PACIENTE : EDIMIR DE OLIVEIRA
PACIENTE : LUIZ FERNANDES MOREIRA FAGUNDES
PACIENTE : SAMUEL DOS SANTOS COSTA

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1) DOSIMETRIA. 1.1) QUANTO AO PACIENTE SAMUEL: MAUS ANTECEDENTES DECORRENTES DE UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR. AUMENTO NA PENA-BASE EM UM SEXTO. CABIMENTO. 1.2) EM RELAÇÃO A TODOS OS PACIENTES: CRITÉRIO MATEMÁTICO DO AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE VERIFICADA. 2) QUANTO AO PACIENTE EDIMIR: PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR AS PENAS DOS PACIENTES E FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA UM DELES.

– 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.

– Quanto ao paciente Samuel, na ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, mostra-se excessivo o aumento da pena-base em fração superior a 1/6, apenas em razão da existência de uma condenação anterior.

– Nos termos do disposto no Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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". Ressalva do entendimento deste Relator.

– Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 seguiu o critério matemático, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima para todos os pacientes.

– Dispõe o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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". No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

– No caso dos autos, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o regime inicial fechado foi fixado, para o paciente Edimir, sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para reduzir as penas dos pacientes e fixar o regime inicial semiaberto apenas para o paciente Edimir.

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 Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 12 de maio de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.963 - SP (2014/0048698-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GABRIEL MACHADO MAGLIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO ITAMAR TEIXEIRA
PACIENTE : EDIMIR DE OLIVEIRA
PACIENTE : LUIZ FERNANDES MOREIRA FAGUNDES
PACIENTE : SAMUEL DOS SANTOS COSTA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de FRANCISCO ITAMAR TEIXEIRA, EDIMIR DE OLIVEIRA, LUIZ FERNANDES MOREIRA FAGUNDES e SAMUEL DOS SANTOS COSTA contra acórdão da 13ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0079713-74.2000.8.26.0050.

Extrai-se dos autos que os pacientes foram condenados pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II do Código Penal às seguintes penas: FRANCISCO ITAMAR e LUIS FERNANDES, a 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 16 dias-multa; e EDMIR DE OLIVEIRA a 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto. O paciente SAMUEL DOS SANTOS foi absolvido em primeiro grau.

Contra a decisão, o paciente LUIZ FERNANDES interpôs apelação pleiteando a reforma da sentença. O Ministério Público, por sua vez, recorreu requerendo a condenação do paciente SAMUEL DOS SANTOS pelo crime de roubo circunstanciado, condenação de todos os pacientes pelo crime do art. 288 do Código Penal, reconhecimento da causa de aumento de pena do inciso I, do § 2º, do art. 157 do Código Penal em relação a todos os envolvidos e fixação de regime inicialmente fechado para o paciente EDIMIR DE OLIVEIRA.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento ao apelo ministerial, condenando o paciente SAMUEL DOS SANTOS às



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penas de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e 16 dias-multa, pelo crime do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, fixando o regime fechado para o paciente EDIMIR DE OLIVEIRA, reconhecendo a causa de aumento de pena em razão do emprego de arma de fogo para todos os réus, com exasperação da pena no patamar de 3/8.

No presente *writ*, a impetrante objetiva a reforma do acórdão, alegando que a pena de SAMUEL DOS SANTOS foi exasperada de forma ilegal, porquanto considerados como maus antecedentes delitos cometidos em data posterior ao crime que lhe é imputado nestes autos. Para tanto, invoca a aplicação do Enunciado n. 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Argumenta, ainda, que as penas de todos os pacientes foram majoradas na fração de 3/8, unicamente devido à presença de duas causas de aumento, o que contraria o Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

Por fim, alega que os pacientes SAMUEL DOS SANTOS e EDIMIR DE OLIVEIRA fariam *jus* ao regime intermediário, quer em razão do *quantum* de pena aplicado, quer porque não foi apresentada fundamentação concreta a justificar a fixação de regime mais rigoroso. Aduz serem aplicáveis os Enunciados n. 718 e n. 440, da Súmula do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Pleiteia, em liminar, que os pacientes possam aguardar o julgamento do *writ* em liberdade e, no mérito, pugna por nova dosimetria da pena, em relação a todos pacientes, bem como pela concessão do regime inicial semiaberto para EDIMIR e SAMUEL.

Liminar indeferida às fls. 45/47.

Informações prestadas às fls. 55/143.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial, de ofício, da ordem (fls. 146/154).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 289.963 - SP (2014/0048698-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em ofensa à liberdade de locomoção dos pacientes (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

No caso, pretende a Defensoria Pública Estadual a aplicação da pena-base de SAMUEL no mínimo legal; a elevação da pena de todos os pacientes na fração de 1/3, em razão da incidência de duas causas de aumento; e a fixação do regime semiaberto para os pacientes EDIMIR e SAMUEL.

Inicialmente, quanto à exasperação da pena-base do paciente SAMUEL, a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que, em razão do princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não podem ser considerados para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do acusado.

Eis o teor do Enunciado n. 444 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM ALEGAÇÕES FINAIS, QUANTO AO DELITO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. APELAÇÃO, APRESENTADA POR OUTRO MEMBRO DO PARQUET, REQUERENDO A CONDENAÇÃO PELO MESMO DELITO. INTERESSE RECURSAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. MAUS ANTECEDENTES RECONHECIDOS, PARA EXASPERAR A PENA-BASE, EM DECORRÊNCIA DE FATOS POSTERIORES AO DA AÇÃO PENAL DE QUE SE CUIDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA, EM PATAMAR ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGALMENTE PREVISTA, SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Na esteira do entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que "a circunstância de o Promotor Público, com atuação no processo, na fase das alegações finais, ter formulado pedido de absolvição, o qual foi acolhido na sentença, não impede que um outro membro do Parquet interponha recurso pugnando para que se preserve a acusação inicial" (STJ, AgRg no Ag n. 1.322.990/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 4/5/2011).

VI. Na forma da jurisprudência do STJ, "inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações transitadas em julgado por fatos posteriores, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Exegese do enunciado 444 da Súmula deste STJ, verbis: 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base'" (STJ, AgRg no AREsp n. 220.180/MG, Relatora Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 17/10/2013).

VII. Conforme o enunciado da Súmula 443 do STJ, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

VIII. In casu, verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal, imposto ao paciente, em face da necessidade de exclusão dos maus antecedentes, uma vez que, ao tempo do cometimento do delito de roubo, objeto do presente writ, o paciente não ostentava qualquer condenação anterior, transitada em julgado, bem como pela exasperação da pena, em patamar acima da fração mínima legalmente prevista, com base apenas na existência de duas majorantes, sem a devida fundamentação.

IX. Habeas corpus não conhecido.

X. Concessão de habeas corpus, de ofício, para diminuir a pena-base do crime de roubo ao mínimo legal, bem como para reduzir o quantum de aumento, na terceira fase da dosimetria, a 1/3, tornando a reprimenda definitiva do paciente em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa (HC 243.676/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 04/08/2014).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser inconteste o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Nesse contexto, a verificação dessa conclusão só seria possível mediante o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra possível na via estreita do habeas corpus.

4. Consoante jurisprudência desta Corte, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento, assim como processos com trânsito em julgado emanados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de fatos posteriores aos narrados na denúncia, não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de personalidade voltada para o crime.

5. As instâncias ordinárias consideraram desfavorável ao réu a circunstância judicial relativa aos antecedentes do agente, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2.º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 06 (seis) anos, 07 (meses) e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, restando incólumes os demais termos da condenação (HC n. 223.998/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/8/2013, DJe 23/8/2013).

Ao analisar a questão, o Tribunal a quo consignou:

No que toca à Samuel, adota-se o mesmo critério que o julgador de origem utilizou para a apenação de Luis Fernandes e Francisco. Trata-se de réu com péssimos antecedentes, na medida em que, embora por fatos contemporâneos ao aqui analisado, registra condenações e envolvimento sérios, revelando afinidade com a vida criminosa (fls. 342, 445, 355, 356), fazendo com que a pena-base seja fixada 1/4 acima do mínimo, estabelecida em 5 anos de reclusão e 12 dias-multa. Pelas duas causas de aumento de pena (concurso de agentes e emprego de arma), aumentam-se as sanções em 3/8, definindo-se, à mingua de outros fatores concorrentes, em 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, e 16 dias-multa, com valor unitário mínimo, por incurso no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal (acórdão - fls. 26/27).

Da análise da folha de antecedentes criminais de SAMUEL (fl. 131), verifica-se que o paciente ostenta condenação com trânsito em julgado em 9/1/2004, data anterior, portanto, à sentença proferida nestes autos (13/3/2007), por fato igualmente anterior (1/7/2000) ao narrado na ação penal a que se refere este *writ*, ocorrido em 8/7/2000.

Diante disso, não há como incidir, ao caso, o Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte.

De outro lado, considerando-se a valoração negativa dos antecedentes, em razão de apenas uma condenação, razoável a exasperação da pena-base na fração de 1/6, nos termos do estipulado em precedentes desta Corte. Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, CAPUT, C.C. ART. 14, II, CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. (2)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. (3) PENA-BASE INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ANTECEDENTES). REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 substitutiva de recurso especial.

2. **Considerando a sanção abstrata prevista para o crime de homicídio - 6 a 20 anos -, não parece razoável a fixação da pena-base (8 anos e 6 meses de reclusão) do paciente, em decorrência da valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais (antecedentes). O decisum viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo de rigor a imposição do patamar de aumento em 1/6 (um sexto), fator que define a pena-base em 7 anos de reclusão. Esclareça-se que em razão da atenuante da confissão espontânea e da tentativa, a reprimenda fica estabelecida em 3 anos e 3 meses de reclusão.**

3. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, redimensionada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é apropriada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que existe circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto (HC 216.552/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. DOSIMETRIA. ATENUANTE E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBVERSÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA. ANTECEDENTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Não é possível compensar circunstância atenuante, cuja análise é feita na segunda fase da dosimetria, com circunstância judicial, analisada na primeira fase, por ofensa ao sistema trifásico, por meio do qual deve ser fixada a pena, nos termos do art. 68 do Código Penal.

2. **Há flagrante ilegalidade no caso em que a pena do réu, na primeira fase da dosimetria, foi majorada em quantum equivalente a 1/2 da pena-base do crime, por força da existência de uma única condenação definitiva, valorada a título de maus antecedentes. Isso porque, via de regra, deve-se respeitar o aumento de 1/6 na apreciação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.**

Precedentes.

3. Agravo regimental improvido. Habeas corpus concedido de ofício, a fim de redimensionar a pena do agravante para 1 ano de reclusão e 10 dias-multa. (AgRg no REsp 1342526/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 14/10/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com relação à terceira fase da dosimetria, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a elevação da pena, em função das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser meramente matemático, mas subjetivo, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O aludido entendimento culminou na elaboração do Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

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.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar 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.

2. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, fixar a pena em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto (HC n. 244.157/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 9/10/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. 1. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 2. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA 3. AUMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA N. 443, DESTA CORTE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais. Súmula n. 444 do STJ.

2. No julgamento do EREsp n. 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

3. 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. Súmula n. 443 do STJ.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir as penas dos pacientes para 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, bem assim ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, mantendo-se os demais termos da condenação (HC n. 198.193/RJ, Quinta Turma, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 11/6/2012).

Não obstante o entendimento firmado nesta Corte, faço ressalva de meu entendimento pessoal quanto à questão.

A elevação progressiva da pena em razão da presença de maior ou menor número de circunstâncias majorantes é a que melhor representa o critério da proporcionalidade na retribuição penal. Não se pode apenar o agente que comete delito no qual incide uma única causa de aumento da mesma maneira que outro que o cometa em qual incidem duas.

Há que se ponderar que a ausência de reflexão, na dosimetria, a respeito do número de circunstâncias presentes pode servir como estímulo à prática de delitos mais graves, uma vez que os roubos praticados sob tais circunstâncias – em concurso de agentes, com arma de fogo ou com restrição da liberdade das vítimas, por exemplo – têm maior chance de não serem frustrados durante sua execução.

Por outro lado, a adoção de um critério que aprecie as majorantes de forma quantitativa não impede que o julgador realize a dosimetria, também, pelo prisma qualitativo. Assim, acaso presente uma circunstância de especial gravidade, o magistrado pode exasperar a pena de modo conforme. Sempre em atenção ao princípio da proporcionalidade, é possível que um crime praticado com uma única causa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento de pena seja tão reprovável quanto um praticado com a presença de todas. É justo que a majoração da pena incida em nível máximo em ambos os casos, e não apenas no primeiro.

A despeito de tais ponderações, com ressalva de meu entendimento pessoal, acolho o posicionamento da maioria.

No caso dos autos, o Tribunal de Justiça assim aplicou a causa de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal:

Duas as causas de aumento de pena, comportam as sanções ajuste, a fim de que a fração de acréscimo seja de 3/8, mantidos os demais da respeitável decisão.

[...]

Pelas duas causas de aumento de pena (concurso de agentes e emprego de arma), aumentam-se as sanções em 3/8 [...] (acórdão - fls. 26/27).

Seguindo o entendimento desta Corte, o Tribunal *a quo* não apresentou fundamentação concreta e suficiente para majorar a pena em 3/8, deixando de demonstrar em que medida a conduta dos pacientes teria desbordado para um comportamento mais grave.

Assim, necessária a realização de nova dosimetria, para reduzir a exasperação da pena para o patamar mínimo de 1/3.

Desse modo, passo à nova dosimetria da pena.

Em relação ao paciente SAMUEL, à vista da fundamentação acima expendida, aumento a pena-base em 1/6, restando fixada em 4 anos e 8 meses de reclusão, mantida no mesmo patamar na segunda fase. Na terceira fase, aplicada a fração de 1/3, a pena resta estabelecida em **6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 14 dias-multa.**

Quanto aos pacientes Luiz Fernandes, Francisco Itamar e Edimir, restabeleço a pena fixada na sentença, na qual foi aplicada a fração de 1/3 na terceira fase da dosimetria. Para Luiz Fernandes e Francisco Itamar, fixo a pena em **6 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa** e para Edimir fixo em **5 anos, 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.**

Por fim, quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Entende-se que é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo, na primeira fase da dosimetria da pena, e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Seguindo tal entendimento, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual "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". No mesmo sentido, são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Compulsando os autos, verifica-se que, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o regime inicial fechado foi fixado pelo acórdão impugnado ao paciente EDIMIR, sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal. Senão vejamos:

O regime de pena imposto a Edmir deve sofrer agravamento. O roubo em comparsaria e emprego de arma, perpetrado em locais públicos, em situação que coloca número indeterminado de pessoas em risco sério e grave, revelam desajuste social, audácia e frieza incompatíveis com o indivíduo mediano, portanto, com agressividade exacerbada. Aliás, violência covarde, pois não se inibe de sacar arma contra indefesos, desavisados, para finalidade, exclusivamente, patrimonial (acórdão - fl. 26).

Seguindo o entendimento firmado por esta Corte, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto situação inerente ao próprio tipo.

É certo que, na esteira da jurisprudência sedimentada no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, comungo do entendimento de que, embora ausentes as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixada a pena-base no mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal, o emprego de arma de fogo e concurso de agentes justificariam o regime prisional mais gravoso.

Entretanto, diante do entendimento sedimentado nesta Sexta Turma, passo a aderir à corrente jurisprudencial adotada por esta Corte Superior.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem de ofício para reduzir as penas impostas a todos os pacientes, nos seguintes moldes: **para LUIZ FERNANDES e FRANCISCO ITAMAR fixo a pena em 6 anos e 8 meses de reclusão, e 16 dias-multa, mantido o regime inicial fechado; para SAMUEL aplico a pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 14 dias-multa, mantido o regime inicial fechado e, para EDIMIR fixo a pena em 5 anos, 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, em regime inicial semiaberto.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0048698-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 289.963 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00797137420000826005 050000743623 050000797138 20120000303075 33701 3372001
50000797138 797137420000826005 993071272540

EM MESA

JULGADO: 12/05/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GABRIEL MACHADO MAGLIO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FRANCISCO ITAMAR TEIXEIRA
PACIENTE	: EDIMIR DE OLIVEIRA
PACIENTE	: LUIZ FERNANDES MOREIRA FAGUNDES
PACIENTE	: SAMUEL DOS SANTOS COSTA
CORRÉU	: HAMILTON PAZ OLIVEIRA DA COSTA

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 Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.