



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.358 - RJ (2014/0096147-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALLAN LUCIO DE MAGALHAES

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. 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 DO PACIENTE E FIXAR O REGIME INICIAL 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 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.

- Dispõe o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que "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 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 do paciente e fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 16 de abril de 2015(Data do Julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.358 - RJ (2014/0096147-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ALLAN LUCIO DE MAGALHAES

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de ALLAN LUCIO DE MAGALHAES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação n. 0027399-89.2011.8.19.0203.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 71, todos do Código Penal, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 dias-multa (fls. 90/96).

Irresignados, defesa e Ministério Público apelaram à Corte de origem, que negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso ministerial para estabelecer o regime inicial fechado para o cumprimento de pena (fls.29/41).

A defesa opôs embargos infringentes, que foram rejeitados à unanimidade (fls. 11/16).

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal, ao fundamento de que a pena foi aumentada na fração de 3/8 unicamente em razão do número de majorantes, o que viola o entendimento expresso no Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

Em outro ponto, argumenta que o regime inicial fechado aplicado na condenação não é compatível com a aplicação da pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias favoráveis do art. 59 do Código Penal. Ressalta que a gravidade abstrata do delito não deve ser considerada na fixação do regime inicial, apontando ser aplicável ao caso os Enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula do STF.

Pleiteia a readequação do patamar de aumento da pena para 1/3, bem como a fixação de regime inicial semiaberto.

Informações às fls. 86/119.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas, pela concessão da ordem de ofício apenas no que diz respeito à incidência da Súmula 443/STJ (fls. 122/132).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.358 - RJ (2014/0096147-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (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 do paciente (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 que seja realizada nova dosimetria, elevando-se a pena na fração de 1/3, em razão da incidência de duas causas de aumento, bem como seja fixado o regime semiaberto.

No tocante à 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 DESTA 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, as instâncias ordinárias aplicaram a causa de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal nos seguintes termos:

Considerando a ausência de causa de diminuição de pena e considerando a presença das causas de aumento de pena previstas no art. 157, § 2º, I e II, do CP, aumento a reprimenda em três oitavos, diante do número de causas. Assim, fixo a pena definitiva em 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa, no valor mínimo unitário, de acordo com o art. 60, caput, do CP, com relação a cada um dos dois roubos (sentença - fl. 95).

Tampouco merece acolhida o pleito defensivo de aplicação da fração de 1/3, diante da suposta impossibilidade de cumulação de causas de aumento de pena. O quantum de 1/3 ante a presença de duas causas de aumento – emprego de arma e concurso de agentes – encontra-se aquém dos parâmetros seguidos pela jurisprudência no enfrentamento de casos análogos.

O p. único do art. 68 do CP não possui a amplitude



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretativa perquirida pela defesa, pois o que busca o dispositivo é evitar uma dupla incidência de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial do Código. O disposto no § 2º do art. 157 do CP, a rigor, veicula uma única causa de aumento, a variar de 1/3 a 2/3, acorde os parâmetros fáticos estabelecidos em seus respectivos incisos.

Dentro dessa perspectiva – embora não caiba de forma apriorística estabelecer uma relação matemática entre a quantidade de incisos e o percentual de aumento – a fração de 3/8 in casu fixada pelo juízo revela-se consentânea com o panorama fático divisado nos autos, não merecendo redimensionamento (acórdão - fls. 37/38).

Seguindo o entendimento desta Corte, as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação concreta e suficiente para majorarem a pena em 3/8, deixando de demonstrar em que medida a conduta do paciente 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.

Na primeira e na segunda etapas, ficam mantidas as penas estabelecidas pelo Tribunal de piso. Na terceira fase, reduzo o aumento das penas ao mínimo legal de 1/3, resultando em 5 anos, 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

Quanto ao regime, 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal *a quo*, em grau de recurso, assim fundamentou a fixação do regime:

Por derradeiro, o regime inicial de cumprimento da pena não pode ser diverso do fechado, tendo em conta a maior culpabilidade do réu revelada não apenas pelo modus operandi empregado na prática delituosa, mas também pelo emprego de violência e ameaças pela utilização de armas de fogo e concurso de pessoas, o que traduz, de toda sorte, uma maior reprovabilidade da conduta, desaconselhando, por consequência, regime inicial menos gravoso (art. 33, §3º, do CP) (acórdão - fl. 38).

Constata-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 sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal.

A mera referência, pelo Tribunal de piso, à gravidade do delito de roubo circunstanciado não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 13 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0096147-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 293.358 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00273998920118190203 273998920118190203

EM MESA

JULGADO: 16/04/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: ALLAN LUCIO DE MAGALHAES

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