

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### **HABEAS CORPUS - ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO - AUMENTO DA PENA EM RAZÃO DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E DO CONCURSO DE AGENTES - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO - REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO - IMPROPRIEDADE - INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL**

1. Irregular aumento da pena implementado em decorrência das duas qualificadoras, porquanto fixado em 3/8, acima do mínimo legal, sem qualquer fundamentação, sendo considerado apenas o critério matemático. Precedentes.
2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.
3. Ordem concedida para fixar o aumento da pena pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

*HABEAS CORPUS* Nº 74.451-RJ - Relatora: Ministra LAURITA VAZ

Impetrante: Ana Maria Mauro, Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Waldeci Oliveira da Silva (Preso). Paciente: Paulo Roberto de Almeida (Preso).

trado em favor de PAULO ROBERTO DE ALMEIDA, contra acórdão proferido, em sede de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

#### **Acórdão**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

O ora Paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a Defesa apelou buscando a absolvição por falta de provas e a diminuição da pena. Contudo, o Tribunal *a quo* desproveu o recurso defensivo, mantendo *in totum* os termos da sentença condenatória.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

O Impetrante alega, em suma, que a majoração de 3/8 da pena aplicada pelo Juízo processante, em razão do reconhecimento das causas de aumento, é ilegal.

Brasília-DF, 28 de junho de 2007 (data do julgamento). - *Ministra Laurita Vaz* - Relatora.

#### **Relatório**

*Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz* - Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impe-

Aduz, ainda, que o regime inicialmente fechado foi imposto ao Paciente tão-somente com fundamento na gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, a redução da pena e a modificação do regime prisional.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 61/79, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 81/88, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

#### Voto

*Exma. Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora)* - A ordem merece concessão.

*In casu*, estes os termos da individualização da pena do Paciente pela sentença condenatória, confirmada em sua totalidade pelo acórdão impugnado, *litteris*:

1. Atendendo às diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal e, levando em consideração que o acusado é primário, fixo a pena-base do delito contra o patrimônio no mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias multa.

2. Não existem circunstâncias legais atenuantes ou agravantes.

3. Presentes as causas especiais de aumento de pena dos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal. Quando o legislador previu que a pena seria aumentada de um terço até a metade, indicando cinco hipóteses de majoração, quis estabelecer uma progressividade no aumento cabível. Uma interpretação lógica do § 2º do art. 157 do Código Penal, leva à conclusão de que, se o delito for cometido com a presença de uma daquelas hipóteses, a pena deverá ser acrescida de 1/3. Se ocorrerem as cinco causas especiais agravantes, a pena será aumentada e 1/2. Partindo deste raciocínio, cada causa a mais, aumentará a pena em determinada quantidade. [...]

Assim sendo duas as causas especiais, aumento a pena em 3/8, passando a mesma a 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias multa. [...]

As penas serão cumpridas, inicialmente, em regime fechado, uma vez que se trata de deli-

to praticado com grave ameaça à pessoa, uso de arma e concurso de agentes. Tal crime vem trazendo enorme intranquilidade à população que vive prisioneira do medo de transitar pelas ruas, principalmente à noite e não merece regime mais brando. Além disso, a vítima, além da situação sofrida no momento do fato, ainda teve contra si uma sindicância militar em virtude da perda da arma, perpetuando-se no tempo seu dissabor. (fls. 22/23)

De início, verifica-se o irregular aumento da pena implementado em decorrência das duas qualificadoras, porquanto fixado em 3/8, acima do mínimo legal, sem qualquer fundamentação, sendo considerado apenas o critério matemático.

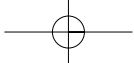
Cumprido ressaltar que a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

O art. 68, parágrafo único, do Código Penal, dispõe:

Art. 68. A pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento.

Parágrafo único. *No concurso de duas causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.* (grifei)

Como se vê, desse dispositivo não se extrai o comando de que a presença de duas causas de aumento, per si, conduziria a majoração acima do mínimo previsto no art. 157, § 2º, do Código Penal. Visa essa norma à razoável e proporcional dosimetria da pena, ocasião em que o Magistrado deve apreciar a intensidade de cada causa especial de aumento, e não apenas efetuar um simples cálculo matemático.



Sendo assim, para que seja exasperada a pena em face da dupla qualificação do crime de roubo, faz-se necessário, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que o Magistrado apresente fundamentação suficiente, a ponto de demonstrar que tais qualificadoras ensejam uma maior reprovabilidade na conduta do agente.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte e do STF:

Recurso especial. Processual penal. Pena fixada abaixo do mínimo legal. Atenuante. Confissão e menoridade. Impossibilidade. Sendo a pena-base fixada no mínimo legal, o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena *in concreto* a patamar aquém daquele limite mínimo, sob pena de se permitir, *a contrario sensu*, que as agravantes “que sempre agravam a pena” possam elevar a pena acima do limite máximo, o que seria absurdo. Recurso conhecido e provido. (RESP 706539/RS, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 09/05/2005.)

Penal. Recurso especial. Art. 157, § 2º, I, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal. Pena aquém do mínimo. Atenuantes. A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ/Súmula n.º 231 - STJ). Recurso provido. (REsp 694047/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 04/04/2005.)

*Habeas-corpus*. Roubo qualificado (art. 157, § 2º, I e II, do CP). Aumento da pena no limite máximo previsto em face da existência de duas circunstâncias qualificadoras do crime. Fundamentação deficiente.  
1. O aumento da pena em face de circunstância qualificadora do crime, ou agravante específica, quando aplicado acima do mínimo legal, deve ser fundamentado.  
2. A simples constatação da existência de duas qualificadoras não é bastante para fundamentar o agravamento da pena no limite máximo previsto; cada uma das três fases da aplicação da pena (art. 68 do CP) deve ter fundamentação tópica e suficiente.  
3. *Habeas-corpus* conhecido e indeferido

quanto ao pedido de redução da agravante para o mínimo de 1/3 e deferido quanto ao pedido formulado em ordem sucessiva, para determinar que o Tribunal *a quo* prossiga no julgamento da apelação e complemente a fundamentação do aumento da pena aplicado no máximo previsto no § 2º do art. 157 do CP. (HC 71741/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauricio Corrêa, DJ de 26/05/1995.)

Ademais, existente constrangimento ilegal, na medida em que o regime mais gravoso, no caso o fechado, foi estabelecido em face da gravidade abstrata do delito, malgrado tenha sido a pena-base fixada no mínimo legal, com o reconhecimento das circunstâncias judiciais favoráveis.

Se, acaso, o Magistrado sentenciante houvesse considerado as circunstâncias judiciais do crime desfavoráveis ao réu, poderia, então, com base nessas mesmas circunstâncias, agravar o regime de cumprimento da pena.

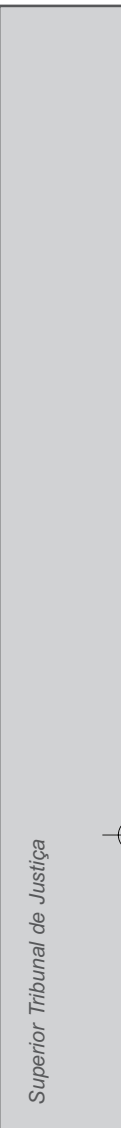
Sendo assim, deveria o julgador, quando da individualização da reprimenda penal, ter observado o disposto no artigo 33, § 2º, alínea b, e § 3º do Código Penal, que assim dispõe:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

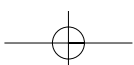
.....  
.....  
.....  
§ 2º. As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

.....  
.....  
.....  
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto.

§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.



Superior Tribunal de Justiça



Portanto, sendo os condenados tecnicamente primários e de bons antecedentes, a decisão que lhes impôs o regime inicial fechado de cumprimento de pena há de ser reformada para adequar a individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

A propósito, confirmam-se, dentre outros, os seguintes precedentes desta Corte:

Criminal. HC. Execução. Roubo simples tentado. Regime prisional semi-aberto. ImproPRIAMENTE fundamentado na gravidade do crime. Circunstâncias judiciais favoráveis. Primariedade e ausência de maus antecedentes. Direito ao regime aberto. Ordem concedida.

Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime aberto, em função da quantidade de pena imposta e diante do reconhecimento da presença de circunstâncias judiciais favoráveis – como primariedade e ausência de maus antecedentes – na própria dosimetria da reprimenda, não cabe a imposição de regime semi-aberto com fundamento exclusivo na gravidade do delito praticado.

Tratando-se de nulidade prontamente verificada, deve ser permitido o devido saneamento via *habeas corpus*. Deve ser determinado o regime aberto para o cumprimento da reprimenda imposta ao paciente.

Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 24.831/SP, 5ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 22/04/2003.)

*Habeas corpus*. Regime inicial de cumprimento da pena. Receptação qualificada. Pena fixada no mínimo legal. Réus primários, que não possuem antecedentes. Imposição de regime mais gravoso tendo como fundamento, unicamente, a gravidade genérica do delito. Não se tratando de crimes hediondos, a sentença condenatória que fixa, para cumprimento inicial da reprimenda, regime prisional mais severo do que aquele que o condenado teria, em tese, direito, exige fundamentação adequada, sob pena de nulidade. A gravidade do delito, por si só, não pode servir de justificativa para a imposição de regime mais grave. Precedentes.

Ordem concedida. (HC 21560/SP, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 07/04/2003.)

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual "se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese" (HC 72.315/MG, 1ª Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Ante o exposto, concedo a ordem para fixar o aumento da pena pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

É o voto.

#### Voto-vencido

1. Sr. Presidente, eminente Ministra Relatora, observo que está se definindo, e mesmo se pacificando, que, quando a pena é fixada no mínimo legal, o regime terá de ser o semi-aberto ou o aberto. Conheço diversos precedentes nesse sentido. Mesmo ontem se fizeram julgamentos com essas diretrizes. Entretanto, queria, respeitosa e timidamente, dissociar as soluções judiciais: a da pena e a do regime, ou pelo menos evitar o automatismo. Quando o juiz fixa a pena no mínimo legal, até por benevolência - como diz o Sr. Ministro Moreira Alves em acórdão - , não está, digamos, jungido ou circunstanciado a ser benevolente também quanto ao regime.

2. Penso serem soluções judiciais que podem caminhar separadamente, evitando-se,

de qualquer modo, o automatismo, sempre nocivo em matéria penal.

3. Acompanho V. Exa. na primeira parte. Na segunda, peço vênia para dissentir da orientação que V. Exa. fixou, em harmonia com os numerosíssimos precedentes desta Corte, a fim de dissociar o regime da pena da quantidade da pena, e votar no sentido de manter a decisão no que se refere ao modo de cumprir a reprimenda, mas concordo na exclusão da exasperação decorrente dessa causa que não foi objeto de motivação.

#### **Certidão**

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão

realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, concedeu a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Brasília, 28 de junho de 2007. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado do *DJU* de 13.08.2007.)

-:-