

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 556.629 - RJ (2020/0003064-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
KÁTIA VARELA MELLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DOUGLAS EDUARDO VIEIRA TEIXEIRA DA CRUZ (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **DOUGLAS EDUARDO VIEIRA TEIXEIRA DA CRUZ** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, mais o pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 16-25).

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso da defesa, para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 anos de reclusão, mantido o regime prisional inicialmente fechado, mais o pagamento de 10 dias-multa. O aresto restou assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO. ARTIGO 157, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO A FIXAÇÃO DA PENA BASE NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL, OU QUE O AUMENTO SE DÊ NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO); A PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SOBRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E O ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONFIGURADAS, TENDO O ACUSADO, EM SEU DEPOIMENTO EM JUÍZO, CONFESSADO A PRÁTICA DELITIVA, O QUE FOI CORROBORADO PELO DEPOIMENTO DA VÍTIMA QUE NARROU COM RIQUEZA DE DETALHES O ROUBO SOFRIDO MEDIANTE O EMPREGO DE UMA FACA, BEM COMO, RECONHECEU PESSOALMENTE O ORA ACUSADO E, AINDA, DO DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA, POLICIAL MILITAR, QUE LOGROU ÊXITO EM PRENDER O ORA ACUSADO NA POSSE DA RES SUBTRAÍDA E DA FACA EMPREGADA NA SUBTRAÇÃO. INVIABILIDADE DA FIXAÇÃO DA PENA BASE NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. NECESSÁRIA EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO INSERTA NO INCISO I DO §2º DO ARTIGO 157 DO CP, HAJA VISTA QUE APESAR DO CRIME TER SIDO COMETIDO MEDIANTE O EMPREGO DE UMA FACA, TEM-SE QUE COM A INOVAÇÃO DADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL PELO ARTIGO 4º DA LEI Nº 13.654/2018, CRIOU-SE UMA NOVA FIGURA TÍPICA E ESPECÍFICA, MEDIANTE A INTRODUÇÃO DA ELEMENTAR ARMA DE FOGO, OCORRENDO A ABOLITIO CRIMINIS PARA AQUELAS SITUAÇÕES EM QUE SE ADMITIA O

CONCEITO GENÉRICO DE “ARMA”, PARA FINS DE RECRUDESCIMENTO DA PENA NO CRIME DE ROUBO, QUE NÃO MAIS PODERÃO SER UTILIZADOS, SOB PENA DE OFENSA AOS MAIS COMEZINHOS PRINCÍPIOS PENAIIS. DE OUTRO GIRO, COMO BEM FUNDAMENTADO PELO ILUSTRE MAGISTRADO DE PISO, SÃO DESFAVORÁVEIS AO RÉU ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, UMA VEZ QUE FOI UTILIZADA UMA FACA DURANTE A SUBTRAÇÃO, O QUE FAZ INCUTIR NA VÍTIMA MAIOR PODER INTIMIDATÓRIO, DIMINUINDO SOBREMANEIRA SUA CHANCE DE REAÇÃO, DENOTANDO-SE UMA MAIOR REPROVABILIDADE E GRAVIDADE NA CONDUTA, NÃO SE VISLUMBRANDO, NESTE ASPECTO, O ALEGADO BIS IN IDEM, EIS QUE TAL CIRCUNSTÂNCIA FOI SOMENTE VALORADA NA PRESENTE FASE. INVIABILIDADE DA PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. É CEDIÇO QUE NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA DEVEM SER VALORADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES E CONFORME PRECEITUA O ARTIGO 67 DO CP, QUE PRECONIZA QUE NO CONCURSO DE AMBAS, A PENA DEVE APROXIMAR-SE DO LIMITE INDICADO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES, ENTENDENDO-SE COMO TAIS AS QUE RESULTAM DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO CRIME, DA PERSONALIDADE DO AGENTE E DA REINCIDÊNCIA. NESSE PASSO, NÃO SE OLVIDA QUE TANTO A CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COMO ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA SÃO IGUALMENTE PREPONDERANTES, O QUE AUTORIZA A COMPENSAÇÃO ENTRE ELAS, TAL COMO PROCEDIDO PELO DIGNO MAGISTRADO DE PISO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA FIXÁ-LA EM 05(CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 10 (DEZ) DIAS-MULTA, NO VALOR MÍNIMO LEGAL. CONSIDERANDO O MONTANTE DA PENA ARBITRADA E SENDO O ACUSADO REINCIDENTE, ADEQUADA A FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEU CUMPRIMENTO INICIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 33, §2º, ALÍNEA “A” DO CÓDIGO PENAL. INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, BEM COMO, A SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 44 E 77 DO CÓDIGO PENAL. A DETRAÇÃO PENAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 387, §2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, NÃO MODIFICARÁ O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO MODIFICADA." (e-STJ, fls. 30-31).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, tendo em vista “a fundamentação inidônea e o desproporcional aumento da pena base na fração de 1/4 em razão de apenas uma circunstância negativada, em descompasso com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (e-STJ, fl. 4).

Aduz, ainda, que a arma imprópria não pode mais ser reconhecida como causa especial de aumento de pena, não sendo, do mesmo modo, razoável, sua utilização para aumentar a pena na primeira fase da dosimetria em fração maior que 1/8 ou 1/6.

Superior Tribunal de Justiça

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja redimensionada a pena imposta ao paciente.

Indeferida a liminar (e-STJ, fls. 43-44), o Ministério Público Federal se manifestou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão de *habeas corpus* de ofício (e-STJ, fls. 57-68).

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 556.629 - RJ (2020/0003064-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
KÁTIA VARELA MELLO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : DOUGLAS EDUARDO VIEIRA TEIXEIRA DA CRUZ (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO. DOSIMETRIA. ARMA BRANCA. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. VALORAÇÃO COMO CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE DO AUMENTO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Com o advento da Lei 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, a justificar o incremento da reprimenda na terceira fase do cálculo dosimétrico, sendo, porém, plenamente possível a sua valoração como circunstância judicial desabonadora, nos moldes do reconhecido pelas instâncias ordinárias.

4. Considerando o aumento ideal em 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, chega-se ao incremento de cerca de 9 meses por cada vetorial desabonadora, restando evidenciada, portanto, desproporcionalidade na majoração realizada pela Corte Estadual, que aumentou a pena-base em 1 ano, ante a presença de apenas 1 circunstância judicial.

5. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] O acusado é reincidente, como se percebe de sua FAC às fls. 64/69, o que será apreciado na fase seguinte. Vale destacar que não obstante à revogação da causa de aumento de pena do § 2º, inc. I do art. 157 do CP (uso de arma branca no roubo), pela Lei 13.654/18, não há impeditivo de que tal fato seja relevado pelo Julgador nesta primeira fase da dosimetria da pena, como circunstância do crime. A bem da verdade, é inequívoco o maior poder de intimidação daquele elemento que, ao invés de simplesmente proferir a grave ameaça, faz uso de uma faca apontando-a para a vítima no momento em que exige a entrega de seus pertences. Por tais razões, fixo a pena-base, consideravelmente acima de seu mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Tal como se depreende da FAC acostada às fls. 64/69, o acusado ostenta condenação pretérita transitada em julgado no ano de 2017 (apontamentos no 1 da FAC, às fls. 66), logo, dentro do interregno de cinco anos previsto no art. 64, I, do CP, enquadrando-se, portanto, no conceito de reincidência técnica. Por outro lado, o acusado confessou integralmente a prática delitiva quando de seu interrogatório, fazendo jus à circunstância atenuante prevista no art. 65, III, "d" do CP. Deste modo, procedo à compensação das circunstâncias legais e mantenho inalterada a pena intermediária.

À míngua de quaisquer outras circunstâncias que ensejem a sua modificação, torno a reprimenda definitiva nos limites acima." (e-STJ, fls. 23-24).

"[...] Nesse diapasão, necessário salientar, como bem fundamentado pelo ilustre magistrado de piso, que são desfavoráveis ao réu às circunstâncias judiciais, uma vez que foi utilizada uma faca durante a subtração, o que faz incutir na vítima maior poder intimidatório, diminuindo sobremaneira sua chance de reação, denotando-se uma maior reprovabilidade e gravidade na conduta, não se vislumbrando, neste aspecto, o alegado bis in idem, eis que tal circunstância foi somente valorada na presente fase.

Todavia, vislumbro que o quantum de 1/2 (metade) empregado para a majoração da pena base se mostrou demasiadamente exacerbado, devendo ser aplicada na hipótese a fração de 1/4 (um quarto).

Prosseguindo-se na análise dos pleitos, a Defesa postula o reconhecimento da preponderância da circunstância atenuante da confissão espontânea

sobre a agravante da reincidência.

Conforme se constata da Folha de Antecedentes Criminais (arquivo 000088), vê-se que o acusado ostenta duas anotações, sendo a primeira anotação com trânsito em julgado, apta a configurar a circunstância agravante da reincidência específica.

É cediço que na segunda fase da dosimetria da pena devem ser valoradas as circunstâncias agravantes e atenuantes e conforme preceitua o artigo 67 do CP, que preconiza que no concurso de ambas, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

Nesse passo, não se olvida que tanto a circunstância agravante da reincidência como atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, o que autoriza a compensação entre elas, tal como procedido pelo digno magistrado de piso.

Ante a nova situação fática do caso concreto, passo a nova individualização da pena.

Condenação: Artigo 157, *caput*, do Código Penal Na primeira fase, verificando as circunstâncias judiciais, previstas no disposto do artigo 59 do Código Penal, constata-se que o acusado é reincidente e ostenta bons antecedentes (arquivo 000088). Todavia, as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao réu, uma vez que foi utilizada uma faca durante a subtração, o que faz incutir na vítima maior intimidação, diminuindo sobremaneira sua chance de reação, denotando-se uma maior reprovabilidade e gravidade na conduta, razão pela qual majoro a pena base na fração de 1/4 (um quarto), firmando-a em 05 (cinco) anos de reclusão.

Entretanto, mantenho a pena de multa arbitrada no valor mínimo de 10 (dez) dias-multa, tal como fixada pelo magistrado “a quo”, tendo em vista a ausência de recurso ministerial neste sentido e sendo vedada a *reformatio in pejus*.

Na segunda fase, constatam-se as circunstâncias agravante da reincidência e da atenuante da confissão espontânea, compensando-as entre si, razão pela qual torno a pena base em intermediária, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

Na terceira fase, não se observa a presença de causas de aumento e/ou de diminuição da pena, firmando-se a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal."

(e-STJ, fls. 37-39).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, com o advento da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, que revogou o inciso I do artigo 157 do CP, o emprego de arma branca no crime de roubo deixou de ser considerado como majorante, a justificar o incremento da reprimenda na terceira fase do cálculo dosimétrico, sendo, porém, plenamente possível a sua valoração como circunstância judicial desabonadora, nos moldes do reconhecido no acórdão ora impugnado.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (ARMA BRANCA). REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA (ART. 59 DO CÓDIGO PENAL).

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal é analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio (artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal).

3. O delito foi praticado com emprego de arma branca - punhal -, situação não mais abrangida pela majorante do roubo, cujo dispositivo de regência foi recentemente modificado pela Lei n. 13.654/2018, que revogou o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

4. Diante da abolitio criminis promovida pela lei mencionada e tendo em vista o disposto no art. 5º, XL, da Constituição Federal, de rigor a aplicação da *novatio legis in melius*, excluindo-se a causa de aumento do cálculo dosimétrico.

5. "[...] embora o emprego de arma branca não se subsuma mais a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, pode eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora pelas instâncias ordinárias" (AgRg no AREsp n. 1.351.373/MG, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/2/2019, DJe 19/2/2019), como ocorreu no caso.

6. O paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa. O regime prisional foi estabelecido com arrimo no art.

33, § 3º, do CP, tendo em vista o exame desfavorável das circunstâncias do art. 59 do CP.

7. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 489.818/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/4/2019, DJe 6/5/2019, grifou-se).

Na hipótese, conforme se observa, a Corte Estadual, ao reformar a sentença condenatória, exasperou a pena-base em 1/4, analisando como circunstância judicial desfavorável a utilização de faca na empreitada criminosa, de modo a impingir maior temor à vítima, diminuindo a chance de reação. Ressalta-se que por ocasião do julgamento já havia entrado em vigor a Lei 13.654/2018, que revogou expressamente o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Nesse contexto, não se constata nenhuma ilegalidade na consideração do emprego de arma como circunstância judicial desfavorável.

Contudo, resta evidenciada flagrante ilegalidade no tocante ao *quantum* de aumento realizado na primeira fase da dosimetria.

Isto porque, considerando o aumento ideal em 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no

Superior Tribunal de Justiça

preceito secundário do tipo penal incriminador, que corresponde a 6 anos, chega-se ao incremento de cerca de 9 meses por cada vetorial desabonadora, restando evidenciada, portanto, desproporcionalidade na majoração realizada pela Corte Estadual, que aumentou a pena-base em 1 ano, ante a presença de apenas 1 circunstância judicial.

Nesse passo, evidenciada flagrante ilegalidade em relação à primeira fase da dosimetria, passa-se à nova análise da pena aplicada ao paciente.

Reconhecida como desfavorável uma circunstância judicial e readequado o aumento, deve a pena ser majorada em 9 meses, restando estabelecida em 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa, na primeira etapa do critério dosimétrico. Na segunda fase, reconhecida a confissão espontânea e a agravante da reincidência, e tendo sido realizada a compensação integral entre elas, resta a reprimenda inalterada. Na terceira fase, ausentes causas de aumento e diminuição de pena, resta a reprimenda definitiva fixada em 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda do paciente para 4 anos e 9 meses de reclusão, mais o pagamento de 10 dias-multa.

É o voto.

