

HABEAS CORPUS Nº 463.434 - MT (2018/0201182-1)

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADOS : JORGE ELIAS NEHME - MT004642
GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. *MANDAMUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 2. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORANTES SOBEJANTES. VALORAÇÃO EM OUTRA FASE DA DOSIMETRIA. PATAMAR FIXO OU VARIÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE DISTINÇÃO. CRITÉRIO QUE NÃO INTEGRA A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO. 3. CAUSAS DE AUMENTOS SOBRESSALENTES. DESLOCAMENTO PARA PRIMEIRA OU SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO PENA. OBSERVÂNCIA AO SISTEMA TRIFÁSICO. 4. DESCONSIDERAÇÃO DE MAJORANTES SOBEJANTES. DESPREZO DE CIRCUNSTÂNCIAS MAIS GRAVOSAS. SUBVERSÃO DA INDIVIDUALIZAÇÃO LEGISLATIVA. 5. VALORAÇÃO DE MAJORANTES NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA PENA-BASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO DO PARÂMETRO DE AUMENTO. ELEVÇÃO DA PENA EM 1/6. MANUTENÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. 6. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA FIXAR O INCREMENTO DA PENA PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM 1/6.

1. Diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, o STJ passou a acompanhar a orientação da Primeira Turma do STF, no sentido de ser inadmissível o emprego do *writ* como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A questão jurídica trazida nos presentes autos e submetida ao crivo da Terceira Seção diz respeito, em síntese, à valoração de majorantes sobejantes na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena, a **depende** se a causa de aumento traz patamar fixo ou variável. Contudo, não é possível dar tratamento diferenciado à causa de aumento que traz patamar fixo e à que traz patamar variável,

Superior Tribunal de Justiça

porquanto, além de não se verificar utilidade na referida distinção, o mesmo instituto jurídico teria tratamento distinto a depender de critério que não integra sua natureza jurídica.

3. Quanto à possibilidade propriamente dita de deslocar a majorante sobejante para outra fase da dosimetria, considero que se trata de providência que, além de não contrariar o sistema trifásico, é a que melhor se coaduna com o princípio da individualização da pena. De fato, as causas de aumento (3ª fase), assim como algumas das agravantes, são, em regra, circunstâncias do crime (1ª fase) valoradas de forma mais gravosa pelo legislador. Assim, não sendo valoradas na terceira fase, nada impede sua valoração de forma residual na primeira ou na segunda fases.

4. A desconsideração das majorantes sobressalentes na dosimetria acabaria por subverter a própria individualização da pena realizada pelo legislador, uma vez que as circunstâncias consideradas mais gravosas, a ponto de serem tratadas como causas de aumento, acabariam sendo desprezadas. Lado outro, se não tivessem sido previstas como majorantes, poderiam ser integralmente valoradas na primeira e na segunda fases da dosimetria.

5. Escorreita a valoração das majorantes sobressalentes na primeira fase da dosimetria da pena, mantém-se a pena-base fixada pelo Tribunal de origem, em 4 anos e 7 meses de reclusão. Quanto à agravante da reincidência, deve ser observado o parâmetro de 1/6 utilizado por esta Corte Superior, motivo pelo qual se fixa a pena intermediária em 5 anos e 3 meses de reclusão. Por fim, fica mantida a causa de aumento em 1/3, totalizando uma pena de 7 anos de reclusão, em regime fechado.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para redimensionar a agravante da reincidência para 1/6, resultando uma pena de 7 anos de reclusão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conhecer do *habeas corpus*, vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogério Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro, e, quanto ao mérito, por unanimidade, conceder a ordem de ofício apenas para redimensionar a agravante, resultando uma pena de 7 anos de reclusão, nos termos do voto do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que lavrará o acórdão. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi quanto ao não conhecimento.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita

Superior Tribunal de Justiça

Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Redator do acórdão) quanto à concessão da ordem de ofício.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Ausentes, justificadamente, nessa assentada, os Srs. Ministros Felix Fischer e Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2020(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Redator do Acórdão



Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 463.434 - MT (2018/0201182-1)

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADOS : JORGE ELIAS NEHME - MT004642
GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de KAMYLLA ISER contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso proferido na Apelação n.º 121985/2017.

Consta dos autos que a Paciente foi condenada, em 13/07/2017, às penas de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 358 (trezentos e cinquenta e oito) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I, II e V, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação. A Corte *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo a fim de diminuir a pena definitiva para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 17 (dezesete) dias-multa, conforme ementa abaixo transcrita (fls. 26-28):

"RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – 1. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS DE MODO INDENE DE DÚVIDAS – 2. REQUERIDA A REDUÇÃO DAS PENAS AO MÍNIMO LEGAL E DA FRAÇÃO DE AUMENTO DO DELITO DE ROUBO – POSSIBILIDADE, TODAVIA, NÃO PARA DIMINUÍ-LAS PARA O MÍNIMO LEGAL – MAJORANTES EXCEDENTES VALORADAS NAS PENAS BASILARES – AUMENTO SUPERIOR AO MÁXIMO PERMITIDO – IMPROPRIEDADE CORRIGIDA – 3. ALMEJADO, PELA APELANTE, O RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – INVIABILIDADE – CONDUTA DETERMINANTE PARA O SUCESSO DA EMPREITADA DELITUOSA – 4. ABRANDAMENTO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO PRETENDIDAS PELA APELANTE – INVIABILIDADE – NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL – 5. APELO DE UM DOS INSURGENTES DESPROVIDO E DOS DEMAIS PARCIALMENTE PROVIDOS, COM EXTENSÃO DE BENEFÍCIO.

1. É incabível o acatamento do pleito de absolvição dos apelantes, porquanto a materialidade e a autoria delitivas estão comprovadas nestes autos de modo indene de dúvidas pelo conjunto probatório colhido na fase

Superior Tribunal de Justiça

extrajudicial e judicial, que firmemente os aponta como autores do crime narrado na denúncia.

2. Na esteira do entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, “é possível a utilização, nos casos em que há mais de uma causa de aumento da pena no crime de roubo, a utilização de uma delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, e as outras para exasperar a reprimenda na terceira etapa da dosimetria da pena, desde que não seja pelo mesmo motivo, respeitando-se o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes.” (STJ, AgRg no AREsp 1088073/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017). Destacamos Assim, extrapolado o limite referido no parágrafo anterior, há necessidade de redimensionamento tanto da pena-base quanto da fração de aumento na terceira etapa das dosimetrias, a fim de que o recrudescimento sancionatório resultante da valoração das majorantes nas duas etapas não seja maior do que aquele que seria encontrado se todas as causas de aumento fossem examinadas na última fase do cálculo da pena, com a aplicação da fração máxima correspondente à 1/2 (metade).

3. Tendo em vista que a conduta da primeira apelante foi determinante para o planejamento e execução da empreitada criminoso, não há como se falar em reconhecimento, em seu favor, da causa de diminuição descrita no § 1º, do art. 29 do Código Penal (participação de menor importância).

4. Estabelecida a pena definitiva em quantitativo superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e, de outro lado, existindo circunstâncias judiciais valoradas desfavoravelmente à apelante, é de rigor a manutenção do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, a e b e § 3º do Código Penal, registrando-se, ainda, ser incabível a pleiteada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando não preenchidos, concomitantemente, os requisitos elencados no art. 44 do Código Penal.

5. Apelo de um dos insurgentes desprovido e dos demais parcialmente providos, com extensão de benefício."

A Defesa, então, impetrou *habeas corpus*, com pedido de liminar, contra o referido acórdão, alegando, em suma, que a existência de 3 (três) causas especiais de aumento de pena não justifica o aumento "da pena-base, aumento na pena intermediária e ainda aumento exasperado na terceira fase, sob pena de se incorrer em *bis in idem*" (fl. 17); que faz jus ao reconhecimento da minorante da participação de menor importância, bem como a regime inicial diverso do fechado, de acordo com o art. 33, § 2º, do Código Penal.

Requer, liminarmente, que seja fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena e, no mérito, a concessão da ordem "para readequação da pena aplicada à Paciente, tanto na primeira fase quanto na segunda e terceira fase, readequando-se a pena definitiva em patamar justo, reconhecendo-se a causa de diminuição prevista no art. 29,

Superior Tribunal de Justiça

§1º, CP, **fixando-se o regime de cumprimento de pena mais brando**, fixando-se o regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso e substituindo eventual pena privativa de liberdade por restritivas de direito" (fl. 23).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 141-144) pela então Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 148-149, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



HABEAS CORPUS Nº 463.434 - MT (2018/0201182-1)

VOTO VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A individualização da pena é função tanto do Poder Legislativo (fase de cominação) quanto do Poder Judiciário (fases de aplicação e execução). Na etapa judicial, respeitando-se os parâmetros estabelecidos pelo legislador (notadamente o procedimento previsto no art. 68 do Código Penal), em um primeiro momento, o julgador deverá obedecer e sopesar as **circunstâncias judiciais** do art. 59 do Código Penal; em seguida, analisará as **circunstâncias agravantes e atenuantes**; e, por fim, aplicará eventuais **causas de aumento e diminuição** de pena, para, então, impor ao condenado, de forma justa e fundamentada (art. 93, inciso IX, da Constituição Federal), a reprimenda que seja, adequadamente, necessária e suficiente para a reprovação do crime.

O legislador, ao tipificar determinada conduta como ilícito penal, comina, abstratamente, um determinado *quantum* de pena mínima e máxima **com base na natureza e na relevância do bem jurídico tutelado**. Não obstante a presença desses patamares fixos, antevendo que determinadas situações periféricas ao delito – alheias aos seus elementos essenciais – demandariam uma maior ou menor repressão estatal, previu, em diversos tipos penais, a possibilidade de se aumentar ou diminuir a pena, com a permissão, inclusive, de se transbordar o intervalo previsto no tipo penal secundário, para mais ou para menos.

Cumpre, desde logo, observar que o **sistema trifásico** de aplicação da pena instituído por Nelson Hungria, adotado pela legislação penal brasileira, pressupõe uma sucessão de análise de circunstâncias (judiciais e legais), a partir das quais, a cada fase, implementa-se um aumento ou uma diminuição, a incidir sobre o montante apurado na fase anterior.

Outrossim, também é importante lembrar que, para fins de se estabelecer o **regime prisional inicial**, além da **quantidade** de pena imposta e da condição do réu de **reincidente** ou não – critérios objetivos –, levar-se-ão em consideração as **circunstâncias judiciais** elencadas no art. 59 do Código Penal – critério subjetivo –, já aferidas na primeira fase de fixação do *quantum* da pena.

Tendo em conta a sistemática adotada pela legislação pátria, **via de regra, não se pode alterar, inverter ou trocar** o momento de aferição de cada uma das circunstâncias (judiciais ou legais) nas respectivas fases. Caso contrário, estar-se-ia subvertendo a dogmática penal, estabelecida para se alcançar a individualização da pena justa, adequada e suficiente.

Superior Tribunal de Justiça

Há casos, entretanto, em que a jurisprudência dos tribunais superiores admite a migração de **qualificadoras** sobejantes para serem consideradas na segunda ou primeira fase da dosimetria, mas, isso, justamente para se preservar o princípio da individualização de pena.

Com efeito, quando se fala de **qualificadora**, como se sabe, basta a presença de uma delas para qualificar o crime e, assim, estabelecer o patamar mais elevado da pena cominada em abstrato.

Por exemplo, se o homicídio é **simples** (art. 121 do Código Penal), a pena é de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Se o homicídio é **qualificado** porque foi cometido por **motivo fútil**, com **emprego de veneno** e ainda com **recurso que dificulte a defesa do ofendido** (art. 121, § 2.º, incisos II, III e IV, do Código Penal), a pena é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. E esse patamar em abstrato, mais elevado, independe de estar presente uma, duas ou três ou mais qualificadoras.

Nesse contexto, em homenagem ao **princípio da individualização da pena**, para que haja uma resposta penal satisfatória, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, desde há muito, consagrou o entendimento de que *"Somente as qualificadoras sobejantes podem ser levadas em conta, para fins de aumento da pena, na primeira fase da aplicação da pena, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal, ou como agravante genérica, havendo previsão legal nesse sentido"* (HC 163.140/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 27/03/2012).

E assim tem sido os julgados desta Corte: *"Reconhecida a incidência de duas ou mais qualificadoras, uma delas poderá ser utilizada para tipificar a conduta como delito qualificado, promovendo a alteração do quantum de pena abstratamente previsto, sendo que as demais poderão ser valoradas na segunda fase da dosimetria, caso correspondam a uma das agravantes ou como circunstância judicial, na primeira fase da etapa do critério trifásico"* (HC 505.263/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019).

O Supremo Tribunal Federal, a propósito, adota a mesma linha de raciocínio:

"[h]avendo mais de uma qualificadora, é legal a consideração de uma delas como circunstância judicial e a consequente fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal (...). Do contrário, seriam apenados igualmente fatos ofensivamente diversos, - crimes praticados com incidência de uma só qualificadora e aqueles praticados com duas ou mais qualificadoras" (HC 95.157, Relator Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 1/2/2011)." (HC n. 145.000-AgR, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 17.4.2018).

"(...) PENA – QUALIFICADORAS. Possível é tomar-se a motivação

Superior Tribunal de Justiça

como qualificadora e considerar-se como circunstância judicial negativa a prática de ato a impossibilitar a defesa do ofendido. (...)" (HC n. 120.137, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 25.9.2017).

Pois bem.

Ao contrário do procedimento previsto para a primeira e segunda fases da fixação da pena (as quais não prevêem montante predeterminado de aumento ou diminuição), **na terceira fase de dosimetria**, o legislador apontou os limites de incremento e diminuição a serem obrigatoriamente observados pelo Magistrado no cálculo, mitigando a discricionariedade que lhe foi atribuída ao percorrer as primeira e segunda fases.

O referido *quantum* de aumento ou diminuição da pena está previsto em nosso ordenamento jurídico em patamares **fixos** (exemplo: "*aumenta-se de 2/3*") ou **variáveis**, como ocorre no § 2º do art. 157 do Código Penal, em que estão previstas cinco hipóteses de elevação da pena, necessariamente, entre os percentuais de 1/3 (um terço) a 1/2 (metade).

Nesses termos, ao prefixar patamares **variáveis**, em que estão descritas diversas situações fáticas ensejadoras do aumento ou diminuição, a norma teve por finalidade impor ao julgador a consideração de **todas as causas de aumento na mesma fase, a terceira, no caso**.

Nessa perspectiva, se determinado indivíduo estiver enquadrado em mais de uma hipótese de aumento de pena ali contida, o órgão do Poder Judiciário deverá, **obrigatoriamente**, majorar ou minorar a reprimenda entre as quantias abstratamente dispostas. **Respeita-se, a um só tempo, os princípios da legalidade e da individualização penal**.

Exemplifique-se: se um agente criminoso cometer o crime de roubo circunstanciado pelo concurso de duas ou mais pessoas e pela restrição de liberdade da vítima (art. 157, § 2º, incisos II e V, do Código Penal), o juiz, em razão da expressa limitação legal, e em respeito ao princípio da individualização da pena, poderá, caso reconheça as duas causas de aumento (art. 68, parágrafo único, do Código Penal), majorar a sanção em um *quantum* acima de 1/3 (um terço) – limitado ao patamar máximo de 1/2 (metade) –, sendo **obrigado**, contudo, **a considerar todas as moajorantes na terceira fase de dosimetria**, não podendo, desse modo, valer-se do aumento mínimo e transferir a "manjorante sobejante" para aumentar a pena-base ou a pena-intermediária.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que a elevação da reprimenda acima do *quantum* mínimo exige fundamentação concreta, em respeito ao entendimento sedimentado na Súmula n.º 443 desta Corte Superior, *in verbis*:

"Súmula 443 - O aumento na terceira fase de aplicação da pena no

Superior Tribunal de Justiça

crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes." (Súmula 443, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

Sem embargo, há de se fazer a **distinção** da hipótese acima tratada daqueloutra em que há a previsão de **patamar fixo** de aumento e mais de uma majorante a ser considerada. Exemplo é justamente o recém introduzido § 2º-A ao art. 157 do Código Penal (Incluído pela Lei n.º 13.654, de 2018):

*"A pena **umenta-se de 2/3 (dois terços)**:*

I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; (Incluído pela Lei n.º 13.654, de 2018)

II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum."

Aqui vale o mesmo raciocínio feito para as qualificadoras, isto é, se há a presença de uma ou duas das causas de aumento do § 2.º-A, tanto faz, o patamar de aumento é o mesmo: 2/3. Logo, deve-se admitir a consideração da dita "majorante sobejante" como agravante genérica, na segunda fase; ou, se não houver previsão expressa, como circunstância judicial na primeira fase, nessa ordem, a fim de que a conduta mais gravosa seja adequadamente valorada.

Valho-me da percuciente lição do Professor José Antônio Paganella Boschi que, ao tratar da questão acerca do concurso de causas especiais de aumento ou diminuição (parágrafo único do art. 68 do Código Penal), tema que tange a presente discussão, assim escreveu em sua obra "Das Penas e seus Critérios de Aplicação", 7.ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014; pp. 274-276 (grifo nosso):

"[...]

Como é possível ver, ao ordenar que o juiz aplique uma só das causas em concurso – aquela que mais aumente ou mais diminua – o citado parágrafo único está também lhe impondo que despreze a causa especial que menos aumente ou menos diminua.

Os tribunais têm proposto que seja dada à majorante desprezada o mesmo tratamento dispensados às qualificadoras remanescentes dos crimes pluriqualificados, que atuam como agravantes, na segunda fase, se previstas, ou, no sentido oposto, na primeira fase, como circunstância do crime.

Somos contrários a esse entendimento, venia concessa, porque desloca a majorante indevidamente de um para outro lugar do Código, altera-lhe a natureza jurídica em desfavor do acusado e culmina por negar vigência ao sentido emanado do texto do parágrafo único do art. 68, conforme entendeu corretamente, aliás, a 5.ª Câmara do Tribunal de Justiça do RS.

[...]

Concluindo:

As causas especial de aumento e diminuição de pena serão aplicadas uma após a outra e sempre tendo por base o resultado da última operação aritmética (método por cascata) se uma delas estiver definida na Parte Geral, e a outra, na Parte Especial do Código."

Assim, seguindo a mesma *ratio legis*, se o Código Penal permite, eventualmente, que o juiz, ao aplicar a pena, escolha apenas uma das causas especiais de aumento concorrentes (previstas em dispositivos normativos diferentes), utilizando-se da que mais aumente e desprezando a outra, *contrario sensu*, se há mais de uma causa de aumento (um único dispositivo normativo), com previsão de um intervalo percentual de majoração, **todas elas devem ser consideradas na terceira fase**, devendo o sentenciante fundamentar o patamar escolhido.

No caso destes autos, o Juízo de primeira instância individualizou a pena do Condenado com base na seguinte fundamentação (fls. 105-108; grifos diversos do original):

"[...]

4.1 Da Ré KAMYLLA ISER

4.1.1 Circunstâncias judiciais

Em conformidade com o art. 59 do Código Penal, passo a analisar as circunstâncias judiciais:

- *culpabilidade: a conduta da ré Kamylla é reprovável, mas não autoriza um aumento de pena por tal circunstância, já que a intensidade do dolo cingiu-se à conformação das elementares típicas;*
- *antecedentes: a ré não registra antecedentes criminais, conforme consta às fls. 218 e 221 dos autos;*
- *motivos do crime: não há outros motivos evidentes que não a simples vantagem patrimonial;*
- ***circunstâncias do crime: O delito foi praticado com três causas especiais de aumento, sendo que duas serão usadas nesta fase e outra na terceira fase para fins de estabelecer o quantum para aumento.***

Nesse sentido é o que entende o Superior Tribunal de Justiça: 'Se das três causas especiais de aumento (arma de fogo, restrição à liberdade da vítima e concurso de agentes), as duas primeiras são utilizadas na primeira fase da dosimetria e a outra na terceira fase, não há ilegalidade. Precedentes da Sexta Turma - STJ - HABEAS CORPUS HC 126175 MS2009/0007754-5 (STJ).'

No mesmo sentido é o Enunciado 32 das E. Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso: "A incidência de duas ou mais causas especiais de aumento de pena crime de roubo autoriza a utilização de uma delas na terceira fase da dosimetria e as demais na primeira, como circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Assim, no presente caso, o delito foi praticado com uso de arma de fogo, fato que amedrontava ainda mais as vítimas indefesas, submissas aos

comandos dos agentes e vulneráveis ante o cenário vivenciado e, também, restringindo a liberdade das vítimas, com fito de garantir o êxito na fuga dos demais réus, fato que prolongou o sofrimento da vítima, que se viu privada de sua liberdade por mais de cinco horas e, até o momento da instrução processual a vítima Neide Maria ainda se encontrava abalada, se emocionando por diversas vezes durante seu depoimento em Juízo, razão pela qual aumento a pena-base em 01 (um) ano cada circunstância, resultando num total de 2 (dois) anos.

Lembre-se que as circunstâncias objetivas e as elementares do delito se comunicam entre os coautores.

- *conduta social: não há nos autos elementos capazes de revelar a conduta do ré Kamylla no âmbito familiar, no trabalho, ou na sociedade;*
- *personalidade: não há elementos nos autos para aferir tal circunstância judicial;*
- *consequências: foram consequência lógica do referido delito e, por não ter ultrapassado a "normalidade" das consequências, não merece aumento.*
- *comportamento da vítima: em nada colaborou para a prática da conduta da ré.*

Assim sendo, tendo em vista a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 126 (cento e vinte e seis) dias-multa.

4.1.2 Circunstâncias Legais

- ***Agravantes: concorrendo a circunstância agravante prevista no artigo 61, II, 'h', do Código Penal, qual seja, crime cometido contra maior de 60 (sessenta) anos, no caso a vítima Neide Maria Euzébio de Oliveira, conforme documento de fl. 33, agravo a pena em 1 (um) ano;***
- *Atenuantes: Não há;*

Portanto, existindo uma agravante em relação a pena da ré Kamylla, converto a pena-base em pena-provisória em 07 (sete) anos de reclusão.

4.1.3 Causas de Aumento e Diminuição

- *Majorantes: constam nos autos três causas de aumento, sendo duas sopesadas na primeira fase e, uma causa de aumento ainda não sopesada, tudo conforme entendimento já sedimentado, sendo que tal causa ainda não sopesada está delineada no inciso II, do §2º, do art. 157, Código Penal, eis que, a grave ameaça direcionada às vítimas ocorreu com concurso de pessoas, sendo cinco réus condenados pela prática do roubo, cada qual exercendo sua função no cenário do delito, cuja função da ré Kamylla era passar as coordenadas, vigiar o local e auxiliar na fuga, prestando as informações necessárias aos demais, que somente deixaram a residência após o comando da ré Kamylla. Logo, nos termos da Súm. 443, do E. STJ, considerando a gravidade do delito na pacata cidade de Tabaporã, aumento em metade a pena-provisória alhures fixada.*

- *Minorantes: não há.*

Assim sendo, fixo a pena definitiva em 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 358 (trezentos e cinquenta e oito)

dias-multa.

4.1.4 Pena Final KAMYLLA ISER

Inexistindo outras circunstâncias a incidir na espécie, resta à ré KAMYLLA ISER, qualificada nos autos, condenada à pena final em 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 358 (trezentos e cinquenta e oito, dias-multa. Fixo o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, face à situação econômica da ré (art. 49, § 1º e art. 60, ambos do CP). Deve o valor do dia-multa ser atualizado monetariamente a partir da data do fato (STJ-Resp 91.264-SP, DJU de 02.03.98, p. 128).

4.1.5 Regime de Cumprimento

*Com base no art. 33, §2º, "a" e § 3º, atendendo-se aos critérios previstos no art. 59, ambos do Código Penal, **estabeleço o REGIME FECHADO**, desde o início, para a execução da pena privativa de liberdade, **ante as gravidades das circunstâncias judiciais do crime, em que a liberdade das vítimas foi restringida, sob ameaça de arma de fogo, ficando em poder dos réus por longas horas, causando dor e sofrimento ainda não superados, consoante facilmente se visualiza na mídia da audiência desinstrução (fls. 439). [...]***

O Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo a fim de diminuir a pena definitiva para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 17 (dezesete) dias-multa, expôs as seguintes razões no momento de aplicação da pena (fls. 63-64, sem grifos no original):

"[...]

*Na primeira fase, em observância às orientações elencadas nos arts. 59 e 68 do Código Penal, **mantenho as avaliações desabonadoras das circunstâncias do crime (emprego de arma e restrição de liberdade das vítimas)**, estabelecendo a pena-base em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.*

*Na segunda fase, diante da inexistência de atenuantes, aplico a **agravante prevista no art. 61, II, h do Código Penal (crime cometido contra pessoa maior de 60 anos de idade)** e recrudesco a pena inicial em 1 (um) ano, tal como procedeu o sentenciante, estabelecendo a sanção intermediária em 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.*

Na terceira fase, considerando que o crime foi praticado mediante concurso de agentes, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), resultando na pena definitiva de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trinta) avos do salário mínimo vigente à época dos fatos.

"[...]"

Como se vê, o Juízo sentenciante – cuja decisão foi mantida nesse ponto – **valeu-se de duas majorantes (emprego de arma de fogo e restrição de liberdade das**

Superior Tribunal de Justiça

vítimas) para valorar negativamente as circunstâncias judiciais e, assim, **agravar a pena-base** do Réu. Na ocasião, consignou-se que tal exasperação foi realizada na primeira fase, **ante a incidência, tão somente, da causa de aumento do concurso de agentes na terceira etapa da dosimetria penal.**

Não ignoro o atual posicionamento desta Corte Superior no sentido de que:

"[a]dmite-se a utilização de majorantes sobejantes [...] não utilizadas para aumentar a pena na terceira fase da dosimetria, como circunstância judicial do art. 59 do Código Penal" (AgRg no AREsp 1211369/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018).

"De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, é plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes (AgRg no REsp 1551168/AL, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 02/03/2016). Precedentes." (AgRg no AREsp 1075013/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017).

Desde já, peço a máxima vênia dos ilustres pares que entendem diferente (há outros tantos precedentes que os apoiam), mas, ao meu sentir, trata-se de inaceitável violação dos princípios da legalidade e da individualização da pena. Relembro que, ao trazer causas de aumento da terceira fase para a primeira, estar-se-ia, ademais, permitindo também o **agravamento do regime prisional por via transversa**, com a fabricação de "circunstâncias judiciais desfavoráveis", quando, na verdade, eventualmente, se não houvesse nenhuma, não poderia ser agravado o regime de cumprimento de pena. Eis aí mais um reflexo negativo, em desfavor do réu, com a subversão do sistema trifásico de aplicação de pena.

E foi exatamente isso que ocorreu no caso: quanto ao regime de cumprimento de pena, o Tribunal *a quo* manteve o regime inicial fechado, justamente, *"tendo em vista o quantitativo de pena que lhe foi imposto, bem como em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis à sua pessoa (art. 33, § 2º, a e b e § 3º do Código Penal)"* (fl. 64).

Por essas razões, merece reparo a pena e o regime prisional impostos à Paciente. Refaço, pois, a dosimetria:

Na primeira fase, excluídas as "majorantes sobejantes" indevidamente

Superior Tribunal de Justiça

consideradas, e diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base no mínimo legal: 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, valor no piso.

Na segunda fase, não há atenuantes, mas há uma agravante, qual seja, a do art. 61, inciso II, alínea *h* do Código Penal (crime cometido contra pessoa maior de 60 anos de idade), razão pela qual aumento a pena inicial em 8 (oito) meses e 1 dia-multa, alcançando a pena intermediária 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Na terceira fase, considerando que o crime foi praticado mediante **concurso de cinco agentes** que, pela quantidade, impinge mais temor às vítimas e, de forma orquestrada, executaram o roubo, além da utilização de **arma de fogo**, ameaçando atirar nas vítimas dentro da própria casa, onde foram trancadas em um dos cômodos, **restringindo suas liberdades**, considero o aumento de 1 (um) ano e 10 (dez) meses adequado e proporcional, totalizando a **pena final em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa, valor no piso.**

O regime prisional inicial é o **semiaberto**, porque se trata de Ré primária cujas circunstâncias judiciais lhe são todas favoráveis.

Por fim, quanto ao pedido de reconhecimento da participação de menor importância, o Colegiado de origem assentou (fls. 60-61, sem grifos no original):

"[...]

*Por outra vertente, quanto ao reconhecimento da minorante concernente à participação de menor importância formulado por Kamylla, é evidente que essa pretensão não pode prosperar. Isso por que **Kamylla, juntamente com Evandro, exerceu fundamental tarefa no planejamento da empreitada criminosa em referência, impondo-se ressaltar que ela, inclusive, foi a responsável por espreitar a residência das vítimas antes da prática delitiva, isso sem contar que, durante a execução do crime, coordenou a ação dos demais acusados por telefone, a fim de que as vítimas permanecessem em cárcere privado até que o carro subtraído estivesse em local distante, ao mesmo tempo em que se ocupou de viabilizar a fuga segura para todos os comparsas.***

Logo, vê-se que Kamylla procedeu de forma ativa para a consumação do ilícito em apuração e que houve conjugação de vontades dos sentenciados para tal desiderato, contexto esse que se traduz na igual responsabilidade penal para todos.

"[...]"

Vê-se que a Corte *a quo* fundamentou adequadamente a existência de coautoria da Paciente na empreitada criminosa, não merecendo prosperar a alegação de participação de menor importância. Consigne-se, ademais, que acolhimento do pleito demandaria revolvimento de

Superior Tribunal de Justiça

material fático-probatório, atividade sabidamente vedada em *habeas corpus*, remédio constitucional de rito célere e de cognição sumária. Exemplificativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. RECONHECIMENTO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DETRAÇÃO. TEMA NÃO ANALISADO PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

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.

[...]

4. **Hipótese na qual as instâncias ordinárias afastaram a participação de menor importância, ressaltando que o paciente, com ajuste prévio e cooperação recíproca, conduziu o veículo utilizado na evasão do local do crime, garantindo o êxito da empreitada criminosa. Tendo o réu sido reconhecido como coautor do crime de roubo, por ter concorrido, de forma determinante, para o resultado criminoso, não podendo a sua conduta ser tida por acessória, para desconstituir tal conclusão e reconhecer a incidência do redutor previsto no § 1º do art. 29 do Código Penal seria necessário proceder ao revolvimento detido do acervo fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável em sede de *habeas corpus*.**

[...]

6. *Writ não conhecido.* (HC 428.693/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018, sem grifos no original.)

Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE** a ordem de *habeas corpus* a fim de, nos termos do voto, readequar as penas impostas para **6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 15 (quinze) dias-multa, valor no piso.**

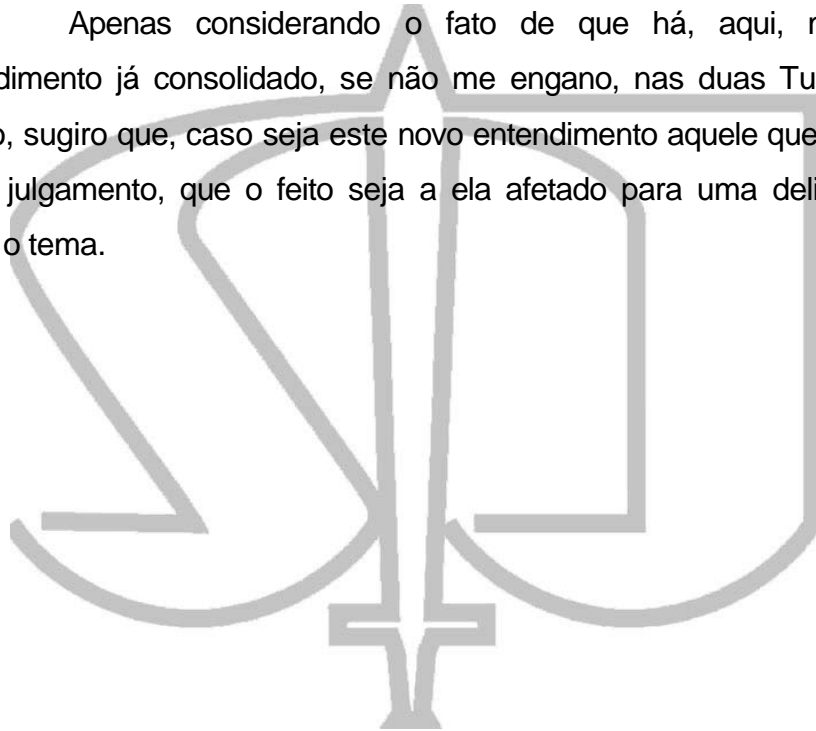
É como voto.

HABEAS CORPUS Nº 463.434 - MT (2018/0201182-1)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Sr. Presidente, li e reli com muita atenção o voto da eminente Relatora, tendo em vista o fato de ela propor a alteração do entendimento vigente até o momento, e cheguei à conclusão de que suas razões são pertinentes. Daí, portanto, pedindo vênias a eventuais divergências, **acompanho**-a na íntegra.

Apenas considerando o fato de que há, aqui, mudança de um entendimento já consolidado, se não me engano, nas duas Turmas da Terceira Seção, sugiro que, caso seja este novo entendimento aquele que venha prevalecer neste julgamento, que o feito seja a ela afetado para uma deliberação definitiva sobre o tema.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0201182-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 463.434 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 129852017 289012018 4337420168110094

EM MESA

JULGADO: 11/03/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADO : GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO VIANA PEREIRA
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE RODRIGUES BENTO
CORRÉU : LEANDRO GONCALVES DE ARAUJO
CORRÉU : LUCAS PAULINO NONATO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Laurita Vaz (Relatora), concedendo parcialmente a ordem em habeas corpus para readequar as penas impostas para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 15 (quinze) dias-multa, valor no piso, no que foi acompanhada pelos Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz, e o voto divergente do Sr. Ministro Jorge Mussi, não conhecendo do habeas corpus, pediu vista o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 463.434 - MT (2018/0201182-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA

ADVOGADO : GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de KAMYLLA ISER apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Mato Grosso (Apelação Criminal n. 121985/2014).

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em concurso com outros 4 corréus, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, à pena de 10 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual se deu parcial provimento, para reduzir a pena para 7 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, mantido o regime fechado.

No presente *habeas corpus*, o impetrante aduz, em um primeiro momento, que o fato de existirem 3 causas especiais de aumento "por si não justifica o aumento da forma como exposta acima, ou seja, aumento da pena-base, aumento na pena intermediária e ainda aumento exasperado na terceira fase, sob pena de se incorrer em *bis in idem*".

Assevera, no mais, que não poderia ter sido mantido o regime fechado para cumprimento da pena, uma vez que esta foi fixada em patamar inferior a 8 anos. Por fim, entende que a paciente faz jus à redutora da participação de menor importância, cuja incidência poderá autorizar a substituição da pena por restritivas de direitos.

Pede, liminarmente, a possibilidade de aguardar o julgamento em regime semiaberto. No mérito, pugna pela readequação da dosimetria, com a consequente aplicação de regime mais brando, substituindo-se a pena.

A liminar foi indeferida, às e-STJ fls. 141/144, pela então Relatora, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, e o Ministério Público Federal se manifestou, às e-STJ fls.

Superior Tribunal de Justiça

148/149, pela denegação da ordem, nos seguintes termos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR. ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. ARMA DE FOGO, RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA E CONCURSO DE AGENTES. REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. PARECER PELA DENEGAÇÃO DO HABEAS CORPUS.

Em virtude de a relatora ter assumido a Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça, o presente *habeas corpus* foi atribuído à Ministra Laurita Vaz e, em 4/2/2020, a Sexta Turma decidiu, por unanimidade, afetar o julgamento do presente à Terceira Seção.

Em 11/3/2020, após o voto da eminente Ministra Laurita Vaz, concedendo parcialmente a ordem em *habeas corpus* para readequar as penas impostas para 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, no que foi acompanhada pelos Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz, e após o voto divergente do Ministro Jorge Mussi, não conhecendo do *habeas corpus*, pedi vista dos autos, para melhor apreciar o tema.

Passo então a tecer minhas considerações.

A questão jurídica trazida nos presentes autos e submetida ao crivo da Terceira Seção diz respeito, em síntese, à valoração de majorantes sobejantes na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena, a depender se a causa de aumento traz patamar fixo ou variável.

Para a ilustre Relatora, nas hipóteses em que as causas de aumento trazem patamares variáveis, não é possível a valoração da majorante sobejante em outra fase da dosimetria, devendo todas serem sopesadas na terceira fase da dosimetria, com observância do enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Lado outro, cuidando-se de causas de aumento que têm patamar fixo, é possível a valoração da majorante sobejante em outra fase da dosimetria.

Referido entendimento vem embasado em lição doutrinária do Professor

Superior Tribunal de Justiça

José Antônio Paganella Boschi, no sentido de que o deslocamento da majorante "altera-lhe a natureza jurídica em desfavor do acusado e culmina por negar vigência ao sentido do texto do parágrafo único do art. 68" do Código Penal.

Dessarte, conclui a eminente Relatora que, como referido dispositivo legal autoriza apenas um aumento, nas hipóteses em que as causas de aumento estão previstas em dispositivos normativos distintos, *a contrario sensu*, se as causas de aumento estiverem em um único dispositivo, todas devem ser consideradas na terceira fase, devendo o Magistrado fundamentar a fração escolhida.

Não obstante os fundamentos declinados pela eminente Relatora, considero, em um primeiro momento, não ser possível dar tratamento diferenciado à causa de aumento que traz patamar fixo e à causa de aumento que traz patamar variável. Com efeito, além de não verificar utilidade na referida distinção, o mesmo instituto jurídico teria tratamento distinto a depender de critério que não integra sua natureza jurídica.

Ademais, eventual conclusão no sentido de que uma interpretação *a contrario sensu* do parágrafo único do art. 68 do Código Penal ensejaria a valoração de todas as causas de aumento, previstas no mesmo dispositivo legal, na terceira fase da dosimetria, albergaria, a meu ver, não apenas as majorantes com patamar variável, mas igualmente aquelas com patamar fixo.

Nessa linha de intelecção, entendo não ser possível dar tratamento distinto às causas de aumento em virtude da forma como é fixada a fração de aumento, se de forma fixa ou variável. Dessa forma, acaso prevaleça a impossibilidade de se utilizar a causa de aumento sobejante na primeira ou na segunda fases da dosimetria da pena, **entendo não ser possível fazer distinção entre as majorantes.**

No que diz respeito à possibilidade propriamente dita de deslocar a majorante sobejante para outra fase da dosimetria, considero que se trata de providência que, **além de não contrariar o sistema trifásico**, é a que melhor se coaduna com o **princípio da individualização da pena.**

Superior Tribunal de Justiça

Com efeito, o sistema trifásico, trazido no art. 68 do Código Penal, disciplina que a fixação da pena observará três fases: a fixação da pena-base, por meio da valoração das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal; a fixação da pena intermediária, com a valoração das atenuantes e das agravantes; e a pena definitiva, após a incidência das causas de diminuição e de aumento da pena.

O Código Penal não atribui um patamar fixo às circunstâncias judiciais nem às agravantes e atenuantes, as quais devem ser sopesadas de acordo com o livre convencimento motivado do Magistrado, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. As causas de aumento e de diminuição, por seu turno, já apresentam os patamares que devem ser utilizados, de forma fixa ou variável, conforme já mencionado acima.

Segundo a doutrina, as causas de aumento também são chamadas de qualificadoras em sentido amplo e, "por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 527).

Nessa linha de raciocínio, nos mesmos moldes em que ocorre com o crime qualificado, já existindo uma circunstância que qualifique ou majore o crime, autorizando, assim, a alteração do preceito secundário, ou a incidência de fração de aumento, considero correta a jurisprudência que prevalece no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **as qualificadoras e majorantes sobressalentes podem ser valoradas na primeira ou na segunda fase da dosimetria da pena.**

De fato, da mesma forma que a existência de mais de uma qualificadora não modifica nem o tipo penal nem o preceito secundário, tem-se que a existência de mais de uma majorante também não autoriza a retirada da fração de aumento do mínimo, uma vez que se "exige fundamentação concreta, não sendo suficiente a mera indicação do número de majorantes", nos termos do entendimento sumulado no verbete n. 443 da Súmula desta Corte.

Nesse contexto, a desconsideração tanto da qualificadora quanto da majorante sobressalentes acaba por violar o princípio da individualização da pena, o qual

Superior Tribunal de Justiça

preconiza a necessidade de a pena ser aplicada em observância ao caso concreto, com a valoração de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas do crime.

Ademais, referida desconsideração vai de encontro ao sistema trifásico. Explico: as causas de aumento (3ª fase), assim como algumas das agravantes, são, em regra, circunstâncias do crime (1ª fase) valoradas de forma mais gravosa pelo legislador. Assim, não sendo valoradas na terceira fase, nada impede sua valoração de forma residual na primeira ou na segunda fases.

A desconsideração das majorantes sobressalentes na dosimetria acabaria por subverter a própria individualização da pena realizada pelo legislador, uma vez que as circunstâncias consideradas mais gravosas, a ponto de serem tratadas como causas de aumento, acabariam sendo desprezadas. Lado outro, se não tivessem sido previstas como majorantes, poderiam ser integralmente valoradas na primeira e na segunda fases da dosimetria.

Por fim, não há se falar que o deslocamento da causa de aumento para a primeira fase permite o "agravamento do regime prisional por via transversa", porquanto o que não se admite é a fixação de regime prisional mais gravoso **sem a devida fundamentação**. Assim, ainda que a pena-base seja fixada no mínimo legal, é possível a imposição de regime mais gravoso que o estabelecido em lei, desde que seja declinada motivação concreta.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO DE TÍTULO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. PENA-BASE REDUZIDA AO PISO LEGAL. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO UTILIZADO NA SENDA CRIMINOSA. SÚMULA 443/STJ. MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA ELEVÇÃO DA PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...). 5. Verifica-se que as instâncias ordinárias fundamentaram concretamente a exasperação da pena em 5/12 na terceira fase da dosimetria, sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ.

Superior Tribunal de Justiça

*Em verdade, as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de armas de fogo, em concurso de agentes e com a restrição de liberdade de duas vítimas, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das três majorantes do crime de roubo. 6. Quanto ao meio prisional, os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. 7. **Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu modus operandi, pois houve emprego de violência intensa na senda criminoso, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.** 8. Writ não conhecido. Habeas corpus concedida, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 5 anos e 8 meses de reclusão, a ser cumprida em regime prisional fechado, mais 14 dias-multa. (HC 507.533/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2019, DJe 05/12/2019)*

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA, CONCURSO DE PESSOAS E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE JUSTIFICAM O REGIME. POSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO. 1. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito destes não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal a quo salientou ter sido o crime triplamente circunstanciado, salientando as circunstâncias do crime, no qual a vítima permaneceu amarrada e com arma de fogo apontada para a sua nuca, o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena. 2. **Possibilidade de determinação do regime mais gravoso com esteio na periculosidade concreta demonstrada pelos agentes de acordo com o modus operandi escolhido. 3. Ordem denegada. (HC 419.593/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018)**

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO

*ESPECIAL. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PATAMAR DE 5/12 (CINCO DOZE AVOS). FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. SÚMULA N. 443/STJ. PROPORCIONALIDADE. OBEDIÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODALIDADE FECHADA FIXADA COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES. SÚMULA N. 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Admite-se, na terceira fase da dosimetria da pena, a exasperação da reprimenda acima do patamar mínimo, desde que apresentada fundamentação concreta, baseada em dados extraídos dos autos, não se revelando legítimo invocar-se para tanto, tão somente, a quantidade de majorantes para o delito de roubo (Súmula 443/STJ). II - In casu, não assiste razão ao agravante, porquanto houve, de fato, a devida fundamentação pelo eg. Tribunal de origem, ao aplicar a fração de cinco doze avos, na terceira fase da dosimetria, não se amparando, portanto, tão somente no número de majorantes para elevar a pena do réu mas, sim, nas circunstâncias fáticas em que o crime foi praticado: em 'concurso de agentes', com 'restrição da liberdade da vítima', que teve que permanecer no próprio veículo roubado enquanto os agentes o conduziam a local distante de sua residência, estando todo esse tempo com 'arma de fogo' apontada para as suas costas. III - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo diploma legal. **Outrossim, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos (Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF).** IV - No presente caso, havendo o eg. Tribunal a quo consignado a **necessidade da fixação do regime mais gravoso, lastreando-se no modus operandi utilizado no crime, o regime adequado à hipótese é mesmo o inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Agravo regimental desprovido.** (AgRg no AREsp 1251652/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 25/05/2018)*

Não é diferente o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DECISÃO AGRAVADA EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF QUE ORIENTA A MATÉRIA SOB EXAME. EXASPERAÇÃO DA PENA OCORRIDA NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DA PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. CONDENAÇÃO

*TRANSITADA EM JULGADO. INVIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO RHC COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O presente recurso mostra-se inviável, pois contém apenas a reiteração dos argumentos de defesa anteriormente expostos, sem revelar quaisquer elementos capazes de afastar as razões decisórias proferidas. II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que somente em situações excepcionais é admissível o reexame dos fundamentos da dosimetria da pena levada a efeito pelo juiz natural da causa a partir do sistema trifásico. Precedentes. III – Na instrução criminal, foram comprovadas as causas de aumento relatadas na inicial acusatória – emprego de arma e concurso de agentes, razão pela qual, no momento da dosimetria, o Magistrado de primeiro grau aplicou o fator de aumento que entendeu adequado. Não há nenhuma ilegalidade nesse proceder. IV – À luz do princípio do livre convencimento motivado, o juiz não está obrigado a aplicar a causa de aumento no mínimo previsto quando presentes várias circunstâncias que determinam o agravamento da reprimenda. Tem liberdade para aplicar a majoração no patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, de forma motivada. Do contrário, seria inócua a previsão legal de patamares mínimo e máximo de aumento de pena. Precedentes. V – Embora a reprimenda ao final estabelecida seja inferior a 8 anos de reclusão, o que, em tese, autorizaria a fixação de regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP), **na terceira fase da dosimetria, a reprimenda foi majorada em 1 ano e 6 meses acima do mínimo legal, diante da presença de duas causas de aumento de pena previstas no § 2º do art. 157 do Código Penal.** VI – A Segunda Turma deste Tribunal reconheceu a possibilidade de utilização de circunstância presente na terceira etapa da dosimetria para impor regime prisional mais gravoso do que recomendaria a sanção ao final imposta. VII – A condenação ora questionada transitou em julgado. Com efeito, esta Suprema Corte admite impetração de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal apenas nas hipóteses excepcionais de manifesta ilegalidade ou teratologia, o que não se dá na espécie. VIII – Agravo a que se nega provimento. (RHC 179614 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 30-03-2020 PUBLIC 31-03-2020)*

No caso concreto, a paciente foi condenada por roubo triplamente majorado, sendo duas causas de aumento valoradas na primeira fase da dosimetria, como circunstâncias do crime, e uma na terceira fase da dosimetria, nos seguintes termos (e-STJ fl. 105/108):

- *circunstâncias do crime: O delito foi praticado com três causas especiais de aumento, sendo que duas serão usadas nesta fase e outra na terceira fase para fins de estabelecer o quantum para aumento.*

(...)

Assim, no presente caso, o delito foi praticado com uso de arma de fogo, fato que amedrontava ainda mais as vítimas indefesas, submissas aos comandos dos agentes e vulneráveis ante o cenário vivenciado e, também, restringindo a liberdade das vítimas, com fito de garantir o êxito na fuga dos demais réus, fato que prolongou o sofrimento da vítima, que se viu privada de sua liberdade por mais de cinco horas e, até o momento da instrução processual a vítima Neide Maria ainda se encontrava abalada, se emocionando por diversas vezes durante seu depoimento em Juízo, razão pela qual aumento a pena-base em 01 (um) ano cada circunstância, resultando num total de 2 (dois) anos.

Lembre-se que as circunstâncias objetivas e as elementares do delito se comunicam entre os coautores.

(...)

Assim sendo, tendo em vista a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 126 (cento e vinte e seis) dias-multa.

4.1.2 Circunstâncias Legais

- *Agravantes: concorrendo a circunstância agravante prevista no artigo 61, II, "h" do Código Penal, qual seja, crime cometido contra maior de 60 (sessenta) anos, no caso a vítima Neide Maria Euzébio de Oliveira, conforme documento de fl. 33, agravo a pena em 1 (um) ano;*

- *Atenuantes: Não há; Portanto, existindo uma agravante em relação a pena da ré Kamylla, converto a pena-base em pena-provisória em 07 (sete) anos de reclusão.*

4.1.3 Causas de Aumento e Diminuição

- *Majorantes: constam nos autos **três causas de aumento, sendo duas sopesadas na primeira fase e, uma causa de aumento ainda não sopesada, tudo conforme entendimento já sedimentado, sendo que tal causa ainda não sopesada está delineada no inciso II, do §2º, do art. 157, Código Penal, eis que, a grave ameaça direcionada às vítimas ocorreu com concurso de pessoas, sendo cinco réus condenados pela prática do roubo, cada qual exercendo sua função no cenário do delito, cuja função da ré Kamylla era passar as coordenadas, vigiar o local e auxiliar na fuga, prestando as informações necessárias aos demais, que somente deixaram a residência após o comando da re Kamylla. Logo, nos termos da Súm. 443 do E. STJ, considerando a gravidade do delito na pacata***

cidade de Tabapora, aumento em metade a pena-provisória alhures fixada.

• *Minorantes: não há.*

Assim sendo, fixo a pena definitiva em 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 358 (trezentos e cinquenta e oito) dias-multa.

4.14 Pena Final KAMYLLA ISER

Inexistindo outras circunstâncias a incidir na espécie, resta à ré KAMYLLA ISER, qualificada nos autos, condenada à pena final em 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 358 (trezentos e cinquenta e oito) dias-multa. Fixo o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos do salário mínimo, face à situação econômica da ré (art. 49, § 1º e art. 60, ambos do CP). Deve o valor do dia-multa ser atualizado monetariamente a partir da data do fato (STJ-Resp 91.264-SP, DJU de 02.03.98, p. 128).

4.15 Regime de Cumprimento

Com base no art. 33, §2º, "a" e § 3º, atendendo-se aos critérios previstos no art. 59, ambos do Código Penal, estabeleço o REGIME FECHADO, desde o início, para a execução da pena privativa de liberdade, ante as gravidades das circunstâncias judiciais do crime, em que a liberdade das vítimas foi restringida, sob ameaça de arma de fogo, ficando em poder dos réus por longas horas, causando dor e sofrimento ainda não superados, consoante facilmente se visualiza na mídia da audiência de instrução (fls. 439).

O Tribunal de Justiça deu parcial provimento a fim de reduzir a pena imposta à paciente ao patamar de 7 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão, mantido o regime fechado, nos seguintes termos (e-STJ fl. 60/64):

Deveras, apesar de a jurisprudência autorizar o aumento da pena-base com fundamento em causas de aumento residuais, como afirmado acima, devem ser respeitadas duas condições para adoção de tal sistemática, quais sejam: não incidir em bis in idem e não ultrapassar o maior aumento permitido em lei na terceira fase da dosimetria, isto é, 1/2 (metade), tal como se inferem dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça acima referidos.

Desse modo, no caso em apreço, na medida em que foi aplicado esse maior quantitativo apenas em virtude da incidência de uma única majorante do ilícito de roubo, denota-se que o incremento de pena decorrente das outras duas causas de aumento já excede o limite máximo permitido, situação que exige o redimensionamento

Superior Tribunal de Justiça

tanto da pena-base quanto da fração de aumento na terceira etapa das dosimetrias, a fim de que o recrudesimento sancionatório resultante da valoração das majorantes nas duas etapas não seja maior do que aquele que seria encontrado se todas as causas de aumento fossem examinadas na última fase do cálculo da pena com a aplicação da fração máxima correspondente à 1/2 (metade).

(...).

Da pena aplicada à Kamylla Iser

Na primeira fase, em observância às orientações elencadas nos arts. 59 e 68 do Código Penal, mantenho as avaliações desabonadoras das circunstâncias do crime (emprego de arma e restrição de liberdade das vítimas), estabelecendo a pena-base em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, diante da inexistência de atenuantes, aplico a agravante prevista no art. 61, II, h do Código Penal (crime cometido contra pessoa maior de 60 anos de idade) e recrudeço a pena inicial em 1 (um) ano, tal como procedeu o sentenciante, estabelecendo a sanção intermediária em 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na terceira fase, considerando que o crime foi praticado mediante concurso de agentes, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), resultando na pena definitiva de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trinta) avos do salário mínimo vigente à época dos fatos.

A eminente Relatora, por seu turno, decotou as circunstâncias judiciais, reduziu o valor da agravante para 8 meses e manteve a fração de aumento em 1/3, resultando uma pena final de 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto.

Contudo, por considerar escoreita a valoração das majorantes sobressalentes na primeira fase da dosimetria da pena, mantenho a pena-base fixada pelo Tribunal de origem, em 4 anos e 7 meses de reclusão. Quanto à agravante, considero correta a adequação realizada pela eminente relatora, em observância ao parâmetro de 1/6 utilizado por esta Corte Superior, motivo pelo qual fixo a pena intermediária em 5 anos e 3 meses de reclusão. Por fim, mantenho a causa de aumento em 1/3, totalizando uma pena de 7 anos de reclusão, em regime fechado.

Ante o exposto, pedindo vênias à ilustre Relatora, acompanho em parte a

Superior Tribunal de Justiça

divergência inaugurada pelo eminente Ministro Jorge Mussi, para não conhecer do presente *mandamus*. Contudo, concedo a ordem de ofício, apenas para redimensionar a agravante, nos termos do voto da Relatora, resultando uma pena de **7 anos de reclusão**.

É o meu voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0201182-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 463.434 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 129852017 289012018 4337420168110094

EM MESA

JULGADO: 13/05/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADO : GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO VIANA PEREIRA
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE RODRIGUES BENTO
CORRÉU : LEANDRO GONCALVES DE ARAUJO
CORRÉU : LUCAS PAULINO NONATO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, acompanhando em parte a divergência inaugurada pelo eminente Ministro Jorge Mussi, para não conhecer do presente mandamus e concedendo a ordem de ofício, apenas para redimensionar a agravante, nos termos do voto da Relatora, resultando uma pena de 7 anos de reclusão, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Felix Fischer, após habilitar-se a votar (vista coletiva - art. 161, parágrafo 2º, do RISTJ).

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Aguardam os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Antonio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0201182-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 463.434 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 129852017 289012018 4337420168110094

EM MESA

JULGADO: 26/08/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **JULIETA E. FAJARDO C. DE ALBUQUERQUE**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADOS : JORGE ELIAS NEHME - MT004642
GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO VIANA PEREIRA
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE RODRIGUES BENTO
CORRÉU : LEANDRO GONCALVES DE ARAUJO
CORRÉU : LUCAS PAULINO NONATO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento por indicação da Terceira Seção.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0201182-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 463.434 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 129852017 289012018 4337420168110094

EM MESA

JULGADO: 09/09/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADOS : JORGE ELIAS NEHME - MT004642
GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO VIANA PEREIRA
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE RODRIGUES BENTO
CORRÉU : LEANDRO GONCALVES DE ARAUJO
CORRÉU : LUCAS PAULINO NONATO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, acolheu o requerimento de prorrogação de prazo de pedido de vista do Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0201182-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 463.434 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 129852017 289012018 4337420168110094

EM MESA

JULGADO: 14/10/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **GILBERTO FERREIRA COSTA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADOS : JORGE ELIAS NEHME - MT004642
GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO VIANA PEREIRA
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE RODRIGUES BENTO
CORRÉU : LEANDRO GONCALVES DE ARAUJO
CORRÉU : LUCAS PAULINO NONATO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento para a sessão do dia 28/10/2020 por indicação do Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 463.434 - MT (2018/0201182-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA

ADVOGADOS : JORGE ELIAS NEHME - MT004642

GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO

PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de KAMYLLA ISER contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso proferido na Apelação n.º 121985/2017.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, em primeiro grau, à pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 358 (trezentos e cinquenta e oito) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso deu parcial provimento ao recurso de apelação da defesa para diminuir a pena definitiva, fixando-a em 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 17 (dezessete) dias-multa.

Neste **writ**, a Defesa pretende o redimensionamento da pena aplicada ao argumento de que a existência de três causas de aumento não permite a exasperação da pena-base ou o agravamento da pena intermediária, além da majoração da pena na terceira fase, em razão da proibição de **bis in idem**.

Pleiteia ainda o reconhecimento da causa de diminuição de pena em razão da participação de menor importância no delito. Por fim, requer a fixação de regime inicial mais brando.

Na sessão de julgamento do dia 11/03/2020, a Ministra Laurita Vaz, relatora, apresentou voto para conceder parcialmente a ordem de habeas corpus para redimensionar a pena aplicada, fixando-a em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto.

Superior Tribunal de Justiça

Acompanharam o voto da eminente Relatora, os Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogério Schietti Cruz.

O Ministro Jorge Mussi apresentou voto divergente, no qual não conheceu do **habeas corpus**. Após, a divergência o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca pediu vista dos autos.

O julgamento foi retomado em 13/05/2020, quando o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca apresentou voto-vista, acompanhando em parte a divergência inaugurada pelo Ministro Jorge Mussi, para não conhecer do presente **mandamus** e conceder a ordem de ofício, apenas para redimensionar a agravante, nos termos do voto da Ministra Laurita Vaz, Relatora, resultando uma pena de 7 anos de reclusão.

Na continuidade do julgamento, pedi vista dos autos para melhor análise da **questio**.

Em que pese o dedicado estudo realizado pela e. Relatora Ministra Laurita Vaz, ousou discordar de seu fundamento, por comungar do mesmo entendimento externado pelo e. Ministro Jorge Mussi, não vislumbrando na hipótese flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.

De fato, a orientação dominante nesta eg. Corte de Justiça é no sentido de que, **na hipótese de existir mais de uma causa de aumento no crime de roubo**, levando-se em conta o critério trifásico da dosimetria, **as causas de aumento, que não tiverem sido utilizadas para exasperar a pena na terceira fase, podem ser consideradas na primeira ou segunda fase da dosimetria**, em observância ao princípio da individualização da pena.

No caso em tela, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso, ao analisar a dosimetria, assim fundamentou (fls. 63-64):

"[...]

Na primeira fase, em observância às orientações elencadas nos arts. 59 e 68 do Código Penal, mantenho as avaliações desabonadoras das circunstâncias do crime (emprego de arma e restrição de liberdade das vítimas), estabelecendo a pena-base em 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, diante da inexistência de atenuantes, aplico a agravante prevista no art. 61, II, h do Código Penal (crime cometido contra pessoa maior de 60 anos de idade) e recrudescço a pena inicial em 1 (um) ano, tal como

Superior Tribunal de Justiça

procedeu o sentenciante, estabelecendo a sanção intermediária em 5 (cinco) anos e 7 (sete) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Na terceira fase, considerando que o crime foi praticado mediante concurso de agentes, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), resultando na pena definitiva de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trinta) avos do salário mínimo vigente à época dos fatos.

[...]"

Verifica-se que o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal a **quo considerou uma das circunstâncias na terceira fase (concurso de agentes) e valorou as outras duas na primeira fase (emprego de arma e restrição da liberdade da vítima)**, não incorrendo em **bis in idem**, não havendo portanto que se falar em flagrante ilegalidade.

No que tange ao pedido de reconhecimento de participação de menor importância, a Corte estadual, ao analisar as provas colacionadas nos autos, assim considerou (fls. 60-61):

"Por outra vertente, quanto ao reconhecimento da minorante concernente à participação de menor importância formulado por Kamylla, é evidente que essa pretensão não pode prosperar. Isso por que Kamylla, juntamente com Evandro, exerceu fundamental tarefa no planejamento da empreitada criminosa em referência, impondo-se ressaltar que ela, inclusive, foi a responsável por espreitar a residência das vítimas antes da prática delitiva, isso sem contar que, durante a execução do crime, coordenou a ação dos demais acusados por telefone, a fim de que as vítimas permanecessem em cárcere privado até que o carro subtraído estivesse em local distante, ao mesmo tempo em que se ocupou de viabilizar a fuga segura para todos os comparsas.

Logo, vê-se que Kamylla procedeu de forma ativa para a consumação do ilícito em apuração e que houve conjugação de vontades dos sentenciados para tal desiderato, contexto esse que se traduz na igual responsabilidade penal para todos.

[...]"

Conforme se depreende dos autos, rever o entendimento do eg. Tribunal de origem para revisar a pena aplicada **neste ponto**, como reclama o impetrante, demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do **mandamus**.

Nesse sentido:

Superior Tribunal de Justiça

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NÃO RECONHECIDA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. 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 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. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

[...]

4. Se as instâncias ordinárias reconhecerem serem os réus coautores do crime de roubo, pois teriam concorrido, de forma determinante, para o resultado criminoso, não podendo a sua conduta ser tida por acessória, para desconstituir tal conclusão e reconhecer a incidência do redutor previsto no § 1º do art. 29 do Código Penal seria necessário proceder ao revolvimento detido do acervo fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável em sede de habeas corpus.

5. As consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorregia se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, conquanto o fato do bem não ter sido recuperado, de per si, não justifique o incremento da pena-base, o prejuízo suportado pela vítima deve ser reconhecido como superior ao ínsito aos delitos contra o patrimônio, considerando se tratar de motorista de uber, tendo a subtração do aparelho celular obstado temporariamente o exercício do seu labor.

6. Writ não conhecido." (HC 459.612/SC, Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 10/06/2020, grifei)

Por fim, inalterada a dosimetria da pena, deve ser mantido o regime fechado imposta à paciente, porquanto devidamente justificado em razão do **quantum** de pena imposto

Superior Tribunal de Justiça

e ante a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis avaliadas na primeira fase da dosimetria (art. 33, § 3º, do CP).

Portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Diante de tais considerações, e com a devida vênia da em. Ministra Relatora e demais Ministro que assim entenderam, **acompanho a divergência inaugurada pelo em. Ministro Jorge Mussi**, no sentido de não conhecer do **habeas corpus**.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0201182-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 463.434 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 129852017 289012018 4337420168110094

EM MESA

JULGADO: 28/10/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADOS : JORGE ELIAS NEHME - MT004642
GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO VIANA PEREIRA
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE RODRIGUES BENTO
CORRÉU : LEANDRO GONCALVES DE ARAUJO
CORRÉU : LUCAS PAULINO NONATO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Felix Fischer, não conhecendo do habeas corpus, acompanhando a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Jorge Mussi, e os votos dos Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik no mesmo sentido, e o voto do Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, concedendo parcialmente a ordem, acompanhando a Sra. Ministra Relatora, o Presidente da Terceira Seção pediu vista regimental para posterior proclamação do resultado de julgamento.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2018/0201182-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 463.434 / MT
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 129852017 289012018 4337420168110094

EM MESA

JULGADO: 25/11/2020

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GERALDINO VIANA DA SILVA
ADVOGADOS : JORGE ELIAS NEHME - MT004642
GERALDINO VIANA DA SILVA - MT015814
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO
PACIENTE : KAMYLLA ISER (PRESO)
CORRÉU : EVANDRO VIANA PEREIRA
CORRÉU : CARLOS ALEXANDRE RODRIGUES BENTO
CORRÉU : LEANDRO GONCALVES DE ARAUJO
CORRÉU : LUCAS PAULINO NONATO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por maioria, não conheceu do habeas corpus, vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro, e, quanto ao mérito, por unanimidade, concedeu a ordem de ofício apenas para redimensionar a agravante, resultando uma pena de 7 anos de reclusão, nos termos do voto do Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que lavrará o acórdão.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi quanto ao não conhecimento.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Joel Ilan Paciornik, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Superior Tribunal de Justiça

(Redator do acórdão) quanto à concessão da ordem de ofício.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Ausentes, justificadamente, nessa assentada, os Srs. Ministros Felix Fischer e Ribeiro Dantas.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

