



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.143 - SP (2008/0113256-7)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : LEONARDO FERNANDO DE SOUZA ALMEIDA - DEFENSOR
 PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON HENRIQUE BISPO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 4 ANOS E 8 MESES. PENA CONCRETIZADA: 6 ANOS, 10 MESES E 28 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CAUSA DE AUMENTO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO) NÃO EXPRESSA NA DENÚNCIA MAS RECONHECIDA EM SENTENÇA. FATO COMPROVADO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PERSONALIDADE DESAJUSTADA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE NO ACRÉSCIMO DE 1/3. PARECER MINISTERIAL PELA PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA FIXAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E REDUZIR O ACRÉSCIMO EM RAZÃO DA DUPLA REINCIDÊNCIA, FIXANDO-O EM 1/5.

1. Ainda que a denúncia não tenha mencionado expressamente a causa de aumento prevista no inciso I do § 2o. do art. 157 do CPB (emprego de arma de fogo), tal circunstância restou comprovada durante a instrução criminal. Não é demais lembrar que, no processo penal, o acusado realiza sua defesa a partir dos fatos narrados na inicial acusatória, e não da capitulação dada pelo órgão acusador.

2. A jurisprudência desta Corte afasta a possibilidade de consideração de Inquéritos e Ações Penais em andamento para a caracterização negativa da personalidade do agente.

3. É desproporcional o acréscimo de 1/3 engendrado pela dupla reincidência, sendo necessária sua redução para 1/5. Precedentes desta Corte.

4. Parecer ministerial pela parcial concessão da ordem.

5. Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar a pena-base no mínimo legal e reduzir o acréscimo em razão da dupla reincidência, fixando-o em 1/5.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília/DF, 1º de dezembro de 2009 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.143 - SP (2008/0113256-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : LEONARDO FERNANDO DE SOUZA ALMEIDA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON HENRIQUE BISPO (PRESO)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado em benefício de ANDERSON HENRIQUE BISPO, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação da defesa e deu provimento ao recurso da acusação, elevando a pena imposta ao paciente.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, por infração à norma do art. 157, § 2o., I e II do CPB (roubo duplamente circunstanciado), à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa. Entretanto, ao julgar a Apelação ministerial, o Tribunal de origem elevou a pena para 6 anos, 10 meses e 28 dias de reclusão, e 14 dias-multa.

3. No presente *writ*, alega-se, em suma, (a) que a sentença condenatória é nula, uma vez que reconheceu causa de aumento de pena não contida expressamente na denúncia, qual seja, aquela prevista no inciso I do § 2o. do art. 157 do CPB (emprego de arma de fogo), (b) que há *bis in idem* na majoração da pena-base em razão dos maus antecedentes e da reincidência, e (c) que o acréscimo de 1/3 efetuado em razão da reincidência é desproporcional, pleiteando-se sua redução para 1/6.

4. Prestadas as informações solicitadas (fls. 27/52), o MPF, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS, manifestou-se pela parcial concessão da ordem, *para que seja realizada nova dosimetria da pena do paciente, reduzindo-se o acréscimo aplicado pela reincidência de 1/3 para 1/5 da pena-base, do que resultará uma pena final de 6*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, 2 meses e 20 dias de reclusão (fls. 54/59).

5. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 107.143 - SP (2008/0113256-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : LEONARDO FERNANDO DE SOUZA ALMEIDA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON HENRIQUE BISPO (PRESO)

VOTO

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 4 ANOS E 8 MESES. PENA CONCRETIZADA: 6 ANOS, 10 MESES E 28 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CAUSA DE AUMENTO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO) NÃO EXPRESSA NA DENÚNCIA MAS RECONHECIDA EM SENTENÇA. FATO COMPROVADO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PERSONALIDADE DESAJUSTADA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE NO ACRÉSCIMO DE 1/3. PARECER MINISTERIAL PELA PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, APENAS PARA FIXAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E REDUZIR O ACRÉSCIMO EM RAZÃO DA DUPLA REINCIDÊNCIA, FIXANDO-O EM 1/5.

1. *Ainda que a denúncia não tenha mencionado expressamente a causa de aumento prevista no inciso I do § 2o. do art. 157 do CPB (emprego de arma de fogo), tal circunstância restou comprovada durante a instrução criminal. Não é demais lembrar que, no processo penal, o acusado realiza sua defesa a partir dos fatos narrados na inicial acusatória, e não da capitulação dada pelo órgão acusador.*

2. *A jurisprudência desta Corte afasta a possibilidade de consideração de Inquéritos e Ações Penais em andamento para a caracterização negativa da personalidade do agente.*

3. *É desproporcional o acréscimo de 1/3 engendrado pela dupla reincidência, sendo necessária sua redução para 1/5. Precedentes desta Corte.*

4. *Parecer ministerial pela parcial concessão da ordem.*

5. *Ordem parcialmente concedida, apenas para fixar a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base no mínimo legal e reduzir o acréscimo em razão da dupla reincidência, fixando-o em 1/5.

1. Cuida-se de *Habeas Corpus* impetrado com o objetivo de (a) anular a sentença condenatória por ter esta reconhecido causa de aumento de pena não contida expressamente na denúncia, qual seja, aquela prevista no inciso I do § 2o. do art. 157 do CPB (emprego de arma de fogo), (b) ver reconhecida a existência de *bis in idem* na majoração da pena-base em razão dos maus antecedentes e da reincidência, e (c) reduzir de 1/3 para 1/6 o acréscimo efetuado em razão da reincidência.

2. Inicialmente, quanto à alegada nulidade, mesmo que a denúncia não tenha mencionado expressamente a causa de aumento prevista no inciso I do § 2o. do art. 157 do CPB (emprego de arma de fogo), tal circunstância restou comprovada durante a instrução criminal. Não é demais lembrar que, no processo penal, o acusado realiza sua defesa a partir dos fatos narrados na inicial acusatória, e não da capitulação dada pelo órgão acusador. Ademais, ao contrário do que se quer fazer crer, o emprego de arma de fogo foi levado em consideração pelo membro ministerial em sua narrativa, tal como se percebe às fls. 8 dos autos. Não há, neste ponto, qualquer nulidade a ser sanada.

3. Com relação ao suposto *bis in idem* consistente na majoração da pena-base em razão dos maus antecedentes e da reincidência, não lhe assiste razão, eis que não passa de mera incompreensão acerca dos fundamentos lançados pelo acórdão recorrido.

4. O Tribunal de origem, ao dosar a pena, assim se manifestou:

Reclama, e com razão, o Ministério Público, a desconsideração dos antecedentes criminais do réu na fixação das básicas, vez que a folha de antecedentes acostada a fls. 60/64, revela personalidade distorcida, voltada para a reiterada prática de crimes, o que, por si só, demanda maior severidade na fixação das penas. Deste modo, de rigor a elevação das básicas em 1/6 (um sexto), bem assim, ainda dentro do inconformismo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ministerial, reconhecer a dupla reincidência atestada pelas certidões de fls. 73 e 80, impondo-lhe novo aumento, agora de terça parte. A confissão judicial do acusado, malgrado marcada por vã tentativa de minimizar sua culpa, prestou-se ao fim colimado, porque respaldada pelas demais provas dos autos, sendo, portanto, devida a atenuação das suas penas, aqui operada à razão de 1/6 (sexto) (fls. 39).

5. Entrementes, depreende-se da fundamentação exposta que houve tentativa de se legitimar a utilização de inquéritos e ações penais em curso para a configuração de circunstância judicial desfavorável diversa dos maus antecedentes, neste caso não admitida pela jurisprudência amplamente predominante, amoldando tais incidências ao critério da personalidade do agente, para, então, admiti-la como desajustada.

6. Ocorre que a jurisprudência desta Corte também afasta essa possibilidade, nos termos seguintes:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. AUMENTO DA PENA. ARMA DE FOGO. PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO NO CRIME COMPROVADA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. UTILIZAÇÃO NA APRECIÇÃO DA PERSONALIDADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. MAJORAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO APENAS PELO CRITÉRIO DO NÚMERO DE CAUSA DE AUMENTO. INVIABILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO.

(...)

2. *Conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais, ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de má conduta social.*

(...)

6. *Ordem concedida parcialmente, para fixar as penas em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor estabelecido pelas instâncias ordinárias e, de ofício, estabelecer o regime inicial semiaberto (HC 102.782/SP, Rel. Min. LAURITA*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VAZ, DJe 03.11.09).

✧ ✧ ✧

PENAL. HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO SIMPLES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PROBATÓRIA NO ÂMBITO ESTREITO DO WRIT. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. PERSONALIDADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. PERICULOSIDADE COMPROVADA. REGIME MAIS RIGOROSO. DESNECESSIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

(...)

3. A existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode constituir fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

(...)

7. Ordem parcialmente concedida para fixar a reprimenda em 4 anos de reclusão e 48 dias-multa, a ser cumprida no regime semiaberto (HC 115.715/RJ, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03.11.09).

7. Assim sendo, necessário o afastamento dessa única circunstância judicial tida como desfavorável, retornando a pena-base ao mínimo legal.

8. Finalmente, quanto ao acréscimo engendrado pela dupla reincidência, com razão o impetrante, pelo menos em parte, sendo necessária sua redução de 1/3 para 1/5, e não para 1/6, nos moldes como preconizado pelo douto representante ministerial, *in verbis*:

Entretanto, assiste razão ao impetrante com relação à desproporcionalidade na exasperação da pena em 1/3 na 2a. fase da dosimetria, a título de reincidência (CP, art. 61, I). Com efeito, a dupla reincidência, segundo precedentes dessa Corte, não pode ser utilizada com excesso, a ponto de configurar majorante, sob pena de ferir o critério trifásico



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na esteira de precedente dessa Corte, é razoável e proporcional o acréscimo de 1/5, decorrente da agravante da reincidência, a teor do voto condutor do Ministro JOSÉ ARNALDO no julgamento do HC 39.866/SP:

No ponto da individualização da pena, tema único a ser apreciado, assevera a impetração que a condenação é falha na segunda fase da dosimetria da pena, pois considerou a dupla reincidência para efeito do aumento de 1/5.

Do texto do decisum extrai-se que a exasperação da pena no patamar de 1/5 se valeu de operação mais do que razoável, máxime porque acresceu à pena-base um aumento mínimo pela agravante de reincidência. (fls. 58).

9. Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12, CAPUT, C/C ART. 18, INCISO III, DA LEI Nº 6.368/76. AGRAVANTE. DUPLA REINCIDÊNCIA. QUANTUM.

A agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do CP) não pode ser utilizada com excesso, a ponto de configurar majorante, sob pena de ferir o critério trifásico.

Writ concedido (HC 36.973/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 23.05.05).

10. Cite-se, ainda, os seguintes precedentes: HC 43.922/RJ, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU 01.08.05 e HC 39.866/SP, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJU 24.10.05.

11. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, apenas para fixar a pena-base no mínimo legal e reduzir o acréscimo em razão da dupla reincidência, fixando-o em 1/5.

12. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0113256-7
MATÉRIA CRIMINAL
Números Origem: 10898413 16692006 50060880937

HC 107143 / SP

EM MESA

JULGADO: 01/12/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LEONARDO FERNANDO DE SOUZA ALMEIDA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON HENRIQUE BISPO (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 01 de dezembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário