



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.706 - RJ (2010/0093536-9)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NATHAN MENDES PEREIRA FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. REINCIDÊNCIA. **BIS IN IDEM**. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CABIMENTO. CONTINUIDADE DELITIVA. ACRÉSCIMO PROPORCIONAL AO NÚMERO DE INFRAÇÕES. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

2. Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *writ*, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

4. Tem-se por inviável o reexame, em **habeas corpus**, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

5. A jurisprudência desta Corte de Justiça considera perfeitamente cabível o aumento da pena pelo instituto da reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo ou **bis in idem**.

6. Encontra-se pacificado no âmbito da Terceira Seção desse Superior Tribunal de Justiça, por meio do Eresp nº 1.154.752/RS, julgado em 23/5/2012, o entendimento de que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, por serem igualmente preponderantes.

7. O aumento da pena pela continuidade delitiva, regulado pelo art. 71, **caput**, do CP, se faz, basicamente, na proporção do número de infrações praticadas.

8. Ordem parcialmente concedida para, compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzir a reprimenda do paciente para 9 (nove) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e 40 (quarenta) dias-multa.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 25 de junho de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.706 - RJ (2010/0093536-9)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Nathan Mendes Pereira Filho, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 10 (dez) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e 45 (quarenta e cinco) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, c/c o art. 71, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, apenas reduzindo de ofício o valor do dia-multa para o mínimo legal.

No presente *writ*, sustenta a impetrante existir constrangimento ilegal na aplicação da pena-base, afirmando que as anotações constantes da folha de antecedentes do paciente não são aptas à configuração negativa das circunstâncias judiciais.

Alega, ainda, que o reconhecimento da agravante da reincidência consiste em verdadeiro **bis in idem**, promovendo-se uma nova apenação do paciente pelo mesmo fato, razão pela qual requer a exclusão da aludida agravante. Caso não seja esse o entendimento, pretende a redução do acréscimo pela reincidência para o percentual de 1/6 (um sexto).

Por fim, questiona o quantum de majoração da pena em virtude da continuidade delitiva, argumentando que o patamar de 1/5 (um quinto) foi fixado sem efetiva fundamentação, mencionando o julgador apenas o número de infrações cometidas, qual seja, três.

Busca, assim, em suma, a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da agravante da reincidência e a redução do acréscimo decorrente da continuidade delitiva.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcial concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.706 - RJ (2010/0093536-9)

VOTO

O SENHOR MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Para melhor compreensão da controvérsia, recupero trecho da sentença condenatória (e-fls. 38/39):

Atendendo as diretrizes traçadas pelos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo a dosimetria da pena:

O réu possui em sua folha penal inúmeras anotações e a maioria referente a crimes contra o patrimônio, o que demonstra que seu lado social é voltado para a coisa alheia e por esta razão, fixa-lhe a pena-base acima dos mínimos legais em 6 anos de reclusão, e ao pagamento de 15 dias-multa para cada crime, na forma do art. 72 do Código Penal. A pena privativa de liberdade é diminuída em 6 meses, em razão da atenuante da confissão espontânea e, da resultante, aumento em 1 ano, em razão da agravante da reincidência, totalizando 6 anos e 6 meses de reclusão, pena que aumento, a privativa de liberdade, em 1/3, face a qualificadora prevista no inciso I, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, elevando-a para 8 anos e 8 meses de reclusão, pena que aumento, ainda, em 1/5, em razão da continuidade delitiva, uma vez que foram três roubos, tornando-as em definitivo, ante a ausência de outras causas modificadoras em 10 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, e ao pagamento de 15 dias-multa, para cada delito, na forma do art. 72 do Código Penal, totalizando a multa em 45 dias-multa, uma vez que a condenação refere-se a três roubos, dois deles cometidos em concurso formal.

É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF) de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Como se observa, na hipótese, o magistrado considerou a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, levando em conta a extensa ficha de antecedentes do paciente, contando, inclusive, com duas condenações transitadas em julgado por delitos patrimoniais (e-fls. 14/23), uma delas utilizada para fins de configuração da reincidência e outra para exasperar a pena-base, em perfeita sintonia com a jurisprudência dessa Corte de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido, vejamos:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. COMPROVAÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO. POSSE MANSA E PACÍFICA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA. CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ.

1. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito.

2. Este Tribunal firmou entendimento de que há consumação do crime de roubo com a simples posse de coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, mesmo que haja perseguição policial e seja o agente preso logo em seguida. Precedentes.

3. As circunstâncias judiciais referentes à personalidade e à conduta social foram consideradas negativas com alicerce em fundamentação idônea, consistente no fato de que o paciente já possuía condenação transitada em julgado - não utilizada como Maus antecedentes ou reincidência -, sendo foragido do sistema prisional e capturado quando ainda portava arma de fogo.

4. A exasperação da pena pelas instâncias ordinárias apenas em razão do número de causas de aumento vai de encontro ao comando da Súmula 443/STJ.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a majoração da reprimenda, pelas causas de aumento, à fração mínima de 1/3, ficando a pena redimensionada para 7 reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 23 dias-multa. (HC nº 192.831/RJ, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, Dje de 25/4/2012).

Ademais, o impetrante limitou-se a afirmar que não havia fundamentação adequada para a exacerbação da pena, sem, contudo, apontar especificamente em que consistiria a aludida ilegalidade, não sendo possível, dessa forma, desconstituir o afirmado pelas instâncias ordinárias.

Não se vislumbra, pois, a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *writ*, porquanto a pena-base fora mantida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em verdade, tem-se por inviável o reexame, em *habeas corpus*, de aspectos da sentença adstritos ao campo probatório, daí que, somente quando despontada a existência de ilegalidade na fixação da pena, é descortinada a possibilidade da sua correção na via eleita, o que não é a hipótese dos autos.

De outro giro, quanto ao acréscimo na segunda fase de dosagem da pena, a jurisprudência desta Corte de Justiça considera perfeitamente cabível o aumento da pena pelo instituto da reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo ou **bis in idem**. Aliás, em nada ofende os princípios da individualização da pena tratar de forma diferenciada o réu primário e o criminoso contumaz, não havendo que se cogitar de constrangimento ilegal nesse particular.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. ALEGADO **BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA ART. 61, I, DO CP. **QUANTUM** DE AUMENTO. PREVISÃO LEGISLATIVA INEXISTENTE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ.**

.....
4. O aumento da pena-base pela reincidência é medida prevista na lei penal e não ofende a individualização da reprimenda, não havendo que se falar em ofensa ao princípio do ne bis in idem.

5. O legislador não previu fração mínima e máxima de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de atenuantes e agravantes, cabendo ao magistrado sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo a análise do caso concreto, observado o princípio da proporcionalidade e a necessidade de motivação.

6. No caso, embora o magistrado tenha acrescido a reprimenda, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da reincidência, apenas de 3 (três) meses, o Tribunal de origem aplicou a fração de 1/6 sem proceder a qualquer fundamentação.

7. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Deve ser estabelecido o regime semiaberto ao réu primário, com circunstâncias judiciais favoráveis e sanção inferior a 8 anos, diante da falta de fundamentação para a imposição de regime mais gravoso. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta a Marcos Canuto para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, e a de Paulo Canuto para 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, e 14 (quatorze) dias-multa. Ficam preservados os demais termos do acórdão.

(HC 113.045/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15.6.2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. ROUBO QUALIFICADO. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA JUSTIFICADA NA QUANTIDADE DE MAJORANTES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

.....
IV. Evidenciado que o acusado foi condenado anteriormente por outro delito de roubo, resta configurada a reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do instituto, tampouco em bis in idem.

(...)

VIII. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, nos termos do voto do relator.

(HC 163.065/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 14.10.2011)

De toda forma, merece reparo a r. sentença no que tange ao quantum de aumento estabelecido na segunda fase da dosimetria.

Com efeito, na hipótese, o juiz sentenciante considerou a confissão do réu,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizada em seu interrogatório judicial, para fins de condenação (e-fl. 37), reduzindo a reprimenda, por essa razão, em 6 meses de reclusão, enquanto exasperou a pena, em virtude da reincidência, em 1 ano de reclusão.

Contudo, devidamente reconhecidas pelas instâncias ordinárias tanto a agravante da reincidência quanto a atenuante da confissão espontânea, ambas deveriam ter sido compensadas quando da realização do cálculo das penas, nos termos do art. 67 do Código Penal.

Tal entendimento foi pacificado no âmbito da Terceira Seção desse Superior Tribunal de Justiça, por meio do Eresp nº 1.154.752/RS, julgado em 23/5/2012, segundo se depreende de notícia divulgada no informativo de jurisprudência nº 0498, **verbis**:

A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação.

Por fim, mostra-se razoável o aumento de 1/5 (um quinto) operado em decorrência da continuidade delitiva. Isso porque, sendo três as infrações, a majoração decorrente do crime continuado pode ser estabelecida acima do mínimo legal de 1/6 (um sexto).

Veja-se a propósito esta lição de Alberto Silva Franco:

*O número de infrações constitui, sem dúvida, o critério fundamental para efeito de determinação do aumento punitivo. Assim, em princípio, a existência de duas infrações, em continuidade delitiva, significa o menor aumento, ou seja, o de um sexto; **a de três, o de um quinto**; a de quatro, o de um quarto; a de cinco, o de um terço; a de seis, o de metade; a de sete ou mais, o de dois terços, que corresponde ao máximo cominável para a causa de aumento de pena em questão." (FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 345).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em igual sentido é a jurisprudência desta Casa:

VI - O aumento da pena pela continuidade delitiva, regulado pelo art. 71, caput, do CP, se faz, basicamente, na proporção do número de infrações praticadas.

*VII - **In casu**, considerando que o paciente praticou apenas um delito em continuação ao primeiro, o aumento da pena deve ser fixado em seu grau mínimo de 1/6 (um sexto). (HC-108.564/SP, Relator Ministro Felix Fischer, DJ e de 23.3.09)*

4. O aumento da pena é fixado levando-se em consideração, tão-somente, o número de infrações cometidas, sendo certo que, em se tratando de condenação por quatro crimes em continuação, o aumento não deve exceder o percentual de 1/4. (HC-77.508/SP, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ e de 13.10.08)

Logo, conforme salientado anteriormente, considerando a necessidade de compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, a reprimenda merece readequação, o que passo a fazer desde já.

Partindo da pena-base de 6 anos de reclusão e 15 dias-multa, fica ela mantida nesse patamar na segunda fase de dosagem da pena, ante a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Na terceira etapa, mantenho o acréscimo de 1/3 em razão do concurso de pessoas, e elevo a reprimenda para 8 anos de reclusão. A esse montante, acresce-se 1/5 (um quinto), decorrente da continuidade delitiva, concretizando a reprimenda final em 9 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, e 40 dias-multa.

Ante o exposto, concedo parcialmente a ordem a fim de, compensada a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzir a reprimenda do paciente para 9 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, e 40 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0093536-9

HC 173.706 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070210206862 200905007263 207501420078190021

EM MESA

JULGADO: 25/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDREIA TEIXEIRA MORET PACHECO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : NATHAN MENDES PEREIRA FILHO

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

CERTIDÃO

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

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

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior e a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.