



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.205 - SP (2012/0027755-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. ILEGALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).
2. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena do paciente em 1/3, pois a instância antecedente destacou sua reincidência específica.
3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.
4. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do Relator.
5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.205 - SP (2012/0027755-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CARLOS EDUARDO DE SOUZA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

CARLOS EDUARDO DE SOUZA, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação n. 0091050-50.2006.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pelo crime tipificado no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 70, *caput*, ambos do Código Penal, à pena de 11 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa. Irresignada, a defesa apelou, ocasião em que a Corte local deu parcial provimento ao recurso e reduziu a pena para 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão e multa, em razão da constatação de erro material na sentença.

A defesa afirma ser desproporcional a fração de 1/3 aplicada para o aumento da pena pela reincidência, haja vista a ausência de fundamentação idônea.

Sustenta, ainda, a ilegalidade do aumento da pena na terceira fase, baseado na quantidade de majorantes, em afronta à Súmula n. 443 do STJ.

Requer a concessão da ordem, para que seja redimensionada a reprimenda.

Indeferida a medida liminar (fls. 45-46) e prestadas as informações (fls. 54-136 e 138-162), veio parecer do Ministério Público Federal (fls. 165-172), que opinou pela concessão parcial da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.205 - SP (2012/0027755-7)

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REINCIDÊNCIA. FRAÇÃO DE AUMENTO. ILEGALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).
2. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena do paciente em 1/3, pois a instância antecedente destacou sua reincidência específica.
3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.
4. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do Relator.
5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pelo crime tipificado no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 70, *caput*, ambos do Código Penal, à pena de 11 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa.

Irresignada, a defesa apelou, ocasião em que a Corte local deu parcial provimento ao recurso e reduziu a pena para 9 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão e multa, em razão da constatação de erro material na sentença.

II. Fração de aumento pela reincidência

Sobre o aumento de pena relativo à agravante da reincidência, cumpre salientar que o Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. Na verdade, o art. 61 limitou-se a prever as circunstâncias que sempre agravam a pena, embora não tenha mencionado qualquer valor de aumento. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que estipula as circunstâncias que sempre atenuam a pena, sem, contudo, fazer nenhuma menção ao *quantum* de redução.

A doutrina e a jurisprudência têm entendido que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal, a aplicação de fração superior a 1/6 pela reincidência exige motivação concreta e idônea. Menciono, como exemplo, o **HC n. 229.371/DF**, Rel. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Laurita Vaz, 5ª T., DJe 4/9/2013.

A sentença, no particular, assim dispôs (fl. 18):

O acusado é duplamente reincidente, conforme comprovam as certidões de fl. 108 e 109, de modo que, para se evitar o "bis in idem", a condenação retratada na certidão de fl. 108 será considerada para fins de maus antecedentes, e a de fl. 109 para caracterizar a reincidência.

Assim, a pena base é fixada em 4 anos e 6 meses de reclusão e aumentada de 1/3 em razão da reincidência, perfazendo 6 anos de reclusão.

A Corte estadual consignou que: "em razão dos maus antecedentes, a pena-base foi corretamente fixada acima do mínimo, em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses, e aumentada em 1/3 em razão da **reincidência (específica)**" (fl. 33, destaquei).

Deveras, atende ao critério da proporcionalidade e ao dever de individualização das penas punir o agente que ostenta condenação penal definitiva por crime da mesma natureza (reincidência específica) com pena concretamente mais grave em relação à que caberia, em tese, a outro condenado que ostenta condenação definitiva anterior por crime de natureza diversa, culposo ou cometido sem violência ou grave ameaça contra pessoa.

Assim, não verifico arbitrariedade a ser sanada de ofício, pois o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, em diversos julgados, que não é desproporcional o incremento da pena em 1/3, na segunda fase, quando se trata de reincidência específica: "A agravante da **reincidência específica** é justificativa idônea para o acréscimo superior a 1/6 na segunda fase da dosimetria da pena" (**HC n. 252.736/SP**, Rel. Ministro **Ericson Maranhão** (Desembargador convocado do TJ/SP), 6ª T., DJe 27/3/2015, destaquei).

No mesmo sentido:

[...]

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida pela norma penal a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas, deve ela se pautar pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6. **Entretanto, é admitida como razoável a adoção de percentual superior mediante**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação concreta (multirreincidência, reincidência específica).

3. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena do paciente em 1/3, pois a instância antecedente destacou sua reincidência específica.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 331.534/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 27/10/2015)

III. Vício de motivação no agravamento pelas majorantes do roubo

Em relação ao **aumento de pena na terceira fase da dosimetria**, constato a flagrante ilegalidade apontada.

A Juíza sentenciante assim se manifestou ao exasperar a pena na terceira fase da dosimetria (fl. 18):

[...]

Pela presença de duas qualificadoras, a pena é aumentada de 3/8, resultando em 8 anos e 3 meses de reclusão.

Anoto que foi aplicada a aludida fração uma vez que o aumento mínimo, sendo duas as causas de aumento, viria a estimular a prática de roubo "biqualeficado", já que igualaria situações desiguais. Conforme já decidido, "...a biqualeficação, indubitavelmente, é indicativa de maior perigosidade e reprovação da conduta dos roubadores, daí fazer-se incabível a majoração mínima de um terço, a risco de se igualarem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização das penas..." (Ap. n. 967.649/1, rel. Juiz Nogueira Filho, j. 14.09.95, v.u.).

A Corte estadual, por sua vez, assim asseverou (fls. 34-35, destaquei):

[...]

Com a concorrência de duas qualificadoras (**uso de arma e concurso de agentes**), foi corretamente aplicado o aumento de 3/8, que se mostra adequado e suficiente à repressão e prevenção do crime cometido por Carlos Eduardo. Ora, "em sede do delito de roubo, a presença de duas qualificadoras deve ensejar um aumento de pena em 3/8, uma vez que, para se chegar a uma reprimenda justa, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciante deve observar o intervalo correspondido entre o mínimo e o máximo e variar a graduação de acordo com o número de causas especiais de aumento, e como estas são em número de cinco, a majoração será: de 1/3, se presente uma causa; de 3/8, se presentes duas causas; de 5/12, se presentes três causas; de 7/16, se presentes quatro causas e de VJ, se presentes as cinco causas especiais de aumento" (RJDTACRIM 36/304). É oportuno ponderar, ainda, por relevante; que um roubo cometido com duas ou mais majorantes não pode ser apenado de forma semelhante a um assalto praticado com uma única causa de aumento, motivo pelo qual a primeira situação exige acréscimo superior ao mínimo previsto em lei, sob pena de inobservância do princípio isonômico, bem assim da mais adequada individualização da pena em cada caso concreto.

Em minha concepção – **que não é acompanhada pela maioria da Sexta Turma** – atende ao critério da proporcionalidade das penas, bem como ao efeito dissuasório, punir o autor do roubo, **quando presentes duas ou mais circunstâncias majorantes**, com pena concretamente mais grave em relação à que caberia, *in thesis*, a outros perpetradores da subtração com apenas uma causa de aumento, tal qual se verificou no caso em exame.

Também considero justificado elevar a sanção, acima do mínimo legal permitido, ou fixar o regime prisional mais severo, **quando o autor do roubo empunha arma de fogo**, ante a maior potencialidade lesiva do crime, consoante me expressei no voto do HC n. 284.557/RJ, **em que remanesco vencido**, e no HC n. 278.175/SP, em que, com **ressalvas pessoais**, a 6ª Turma não conheceu do *writ*.

Entretanto, curvo-me ao posicionamento adotado pela **Sexta Turma, para decidir que, na hipótese dos autos, houve flagrante ilegalidade**. Isso porque as instâncias antecedentes entenderam devida a exasperação da reprimenda em 3/8, **ante a caracterização de duas majorantes, fundamento que** – não obstante, na minha opinião, evidencie maior temibilidade da conduta –, **nos termos do pensamento majoritário da Sexta Turma não justifica, de maneira idônea, o aumento de pena acima do patamar mínimo**, sendo necessária a indicação de outras circunstâncias concretas que digam respeito às próprias majorantes e que evidenciem a maior desaprovação da conduta (tais como utilização de arma de grosso calibre ou de várias armas, disparo ocorrido durante a subtração, maior número de agentes do que o necessário para configurar o concurso etc.). Ilustrativamente, colaciono os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

II - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência destas, como o foi na espécie, mas sim com base em dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso. (Precedentes).

III - "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Enunciado nº 443 da súmula do STJ).

[...]

(RHC n. 51.597/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 4/2/2015)

[...]

1. Uma vez fixada fração acima da mínima legal sem fundamento idôneo, em razão da simples presença de duas majorantes – **emprego de arma e concurso de agentes** –, ou seja, pelo critério meramente matemático, fica configurado constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, já sumulado, inclusive, (Súmula 443/STJ): "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

3. Admite a jurisprudência desta Corte, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas sob o aspecto da ilegalidade, por erro de técnica, assim como nos casos de falta ou evidente deficiência de fundamentação.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg n. HC 296.568/SP, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 21/10/2014, destaquei.)

Logo, assiste razão à impetrante, pois as instâncias ordinárias, não obstante hajam particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não apontaram nenhum **elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena** na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

IV. Readequação da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Caracterizada parte da coação ilegal, passo à readequação da pena.

Partindo dos critérios adotados pelo acórdão objurgado, verifico que a pena-base foi fixada em 4 anos e 6 meses de reclusão.

Na segunda fase, mantenho a exasperação da reprimenda em 1/3, em razão da reincidência específica, ficando estabelecida em 6 anos de reclusão.

Afasto, todavia, a aplicação da fração de 3/8, para majorar a pena em 1/3, nos termos da Súmula n. 443 do STJ, o que perfaz 8 anos de reclusão.

Por fim, mantenho o aumento de 1/6 aplicado na origem, diante do concurso formal de crimes, o que resulta em **9 anos e 4 meses de reclusão e 10 dias-multa**.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço** do habeas corpus, mas, ao examinar seu conteúdo, identifico o constrangimento ilegal apontado, o que me leva a conceder, de ofício, parte da ordem postulada, a fim de reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva em **9 anos e 4 meses de reclusão e 10 dias-multa**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0027755-7

HC 233.205 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18342006 20110000197846 50060910500 910505020068260050

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS EDUARDO DE SOUZA

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.