



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.634 - RJ (2011/0210335-2)

RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ELISMAR SOARES ROSA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. **BIS IN IDEM.** INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Nos termos da jurisprudência assente nesta Corte de Justiça, é perfeitamente cabível o aumento da pena pelo instituto da reincidência, não havendo que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo ou **bis in idem**. Em nada ofende os princípios da individualização da pena tratar de forma diferenciada o réu primário e o criminoso contumaz.

2. O regime inicial de cumprimento da pena será determinado com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, de modo que, havendo situação concreta ou extraordinária que motive a imposição do regime mais gravoso, não estará configurado qualquer constrangimento ilegal.

3. Na hipótese, inviável a imposição do regime menos gravoso tendo em vista a prática reiterada de crimes, reveladora da real periculosidade do paciente.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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, denegar a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 23 de fevereiro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.634 - RJ (2011/0210335-2)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Elismar Soares Rosa, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que negou provimento aos apelos defensivos ali interpostos.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 2º, c/c o art. 14, II, e 157, § 2º, II, n/f do art. 71, todos do Código Penal, à pena de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Na ocasião foi fixado o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Irresignada, apelou a defesa, alegando fragilidade probatória e requerendo a absolvição do réu. Subsidiariamente, pugnou pelo afastamento da reincidência como circunstância agravante e modificação do regime prisional. Ao feito, como dito, foi negado provimento.

Daí o presente *writ* onde a defesa sustenta em resumo, que "o reconhecimento da reincidência como fundamento para a majoração da pena é inconstitucional, seja pela eterna punição, caracterizada no "bis in idem", seja pela ausência de qualquer função teleológica na sua aplicação enquanto agravante da pena, não encontrando respaldo sequer nos fundamentos da culpabilidade." (e-fl. 4).

Acrescenta que, reconhecido o constrangimento ilegal e redimensionada a pena, é cabível ainda a fixação de regime menos gravoso para início de cumprimento da pena.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês de C. Gordilho Aras, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 217.634 - RJ (2011/0210335-2)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Consoante o disposto no art. 61, inciso I, do Código Penal, a reincidência é circunstância que sempre agrava a pena.

No caso concreto, a aplicação da causa genérica de aumento deu-se na segunda etapa da dosimetria da pena. Para melhor esclarecer, transcrevo:

Passo a seguir a aplicar a pena que entendo justa e necessária, segundo o critério trifásico estabelecido no artigo 68 do Código Penal.

1ª. Fase:

Tendo em vista o reconhecimento da continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal), será levada em consideração nas três fases tão-somente a pena do crime mais grave (o crime consumado), aplicando-se na terceira fase a causa de aumento de pena correspondente à continuidade delitiva.

Considerando-se que as ações delituosas não transcenderam a normalidade dos tipos penais a que se referem e que não há motivos para exasperação das penas de acordo com os critérios previstos no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em seu grau mínimo, qual seja, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, à razão unitária mínima, em relação ambos os acusados, penas que se apresentam como necessárias e suficientes para reprovação e prevenção dos crimes, na forma do artigo 59 do Código Penal.

2ª. Fase:

Em relação ao acusado ELISMAR SOARES ROSA, reconheço a agravante da reincidência, na forma dos artigos 61, I, e 64, do Código Penal, uma vez que este foi anteriormente condenado, por sentença transitada em julgado em 23/02/2006, proferida pela Vara Criminal da Comarca de Cabo Frio, nos autos do processo nº. 011.003089-7/2005, em razão da prática do delito previsto no artigo 157 do Código Penal.

Em virtude da agravante acima mencionada, elevo a pena-base em ¼ (um quarto), i.e., para 05 (cinco) anos de reclusão, em relação ao acusado ELISMAR SOARES ROSA, mantendo-se a pena de multa no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar anteriormente fixado, tendo em vista o critério previsto no artigo 60 do Código Penal.

3ª. Fase:

Tendo em vista incidência da causa de aumento de pena prevista no §2º., inciso II, do artigo 157 do Código Penal, que aplico em seu grau mínimo, elevo as penas privativas de liberdade em 1/3 (um terço), o que resulta em pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão para o acusado ANDERSON FERREIRA ARAÚJO e pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão para o acusado ELISMAR SOARES ROSA, mantida as penas de multa nos patamares anteriormente estabelecidos, tendo em vista o critério previsto no artigo 60 do Código Penal.

Por fim, considerando-se a causa de aumento de pena prevista no artigo 71, caput, do Código Penal, que aplico em seu grau mínimo, elevo as penas privativas de liberdade em 1/6 (um sexto), o que resulta em pena de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão para o acusado ANDERSON FERREIRA ARAÚJO e pena de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão para o acusado ELISMAR SOARES ROSA, mantidas as penas de multa nos patamares anteriormente estabelecidos, tendo em vista o critério previsto no artigo 60 do Código Penal.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE A PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL, para o fim de CONDENAR, como condeno os réus ANDERSON FERREIRA ARAÚJO e ELISMAR SOARES ROSA, como incurso no artigo 157, § 2º., inciso II, c.c. artigo 14, ambos do Código Penal, e também no artigo 157, §2º., inciso II, do Código Penal, todos na forma do artigo 71 do Código Penal., sendo o primeiro réu (ANDERSON FERREIRA ARAÚJO) condenado às penas de 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, à razão unitária mínima, e sendo o segundo réu (ELISMAR SOARES ROSA) condenado às penas de 07 (sete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, à razão unitária mínima. (e-fls. 139/140).

O Tribunal de origem manteve a decisão nos mesmos moldes.

Nesta impetração alega-se que a reprimenda aplicada ao agente no crime anterior deveria constituir punição suficiente, não podendo servir para justificar o agravamento da pena em outra ação penal. Respeitados os argumentos apresentados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo impetrante, entendo que a tese não comporta concessão.

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.

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 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.



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.

V. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) deve estar fundamentada em circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento presentes no caso em análise. Incidência da Súmula n.º 443/STJ

VI. Com a determinação de que nova dosimetria da pena seja realizada, resta prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional fixado ao réu, consignando-se, contudo, que, tendo a pena-base sido aplicada acima do mínimo legal, em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, e sendo o mesmo reincidente, não se verifica, em princípio, constrangimento ilegal na fixação do regime prisional fechado.

VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, somente no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, para que o magistrado singular, afastando-se a motivação referente à quantidade de qualificadoras do delito de roubo, fundamente eventual aumento da fração acima do mínimo legal.

VIII. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do voto do relator.

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

Quanto ao regime prisional, também não vislumbro qualquer constrangimento.

Consoante o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena será determinado com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo estatuto. Assim, havendo situação concreta ou extraordinária que motive a imposição do regime mais gravoso, não estará configurado qualquer constrangimento ilegal. No caso, ao dosar a pena e determinar o regime prisional a que o réu estaria submetido, o magistrado singular assim se pronunciou:

Considerando-se que antes do cometimento do delito o acusado ELISMAR SOARES ROSA já havia sido condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade com a duração de 04 (quatro) anos, tendo se evadido conforme depoimento de fls. 261, o mesmo cumprirá a pena privativa de liberdade inicialmente em regime fechado, considerando-se o disposto no artigo 111, da Lei n.º. 7.210, de 1984, e a norma prevista no artigo 33, § 2º., 'a', do Código Penal. (e-fls. 140/141).

Embora a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, inviável a imposição do regime menos gravoso considerando-se a prática reiterada de crimes e a evasão, condições que revelam a real periculosidade do paciente. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE PORTE DE ARMA DE COM NUMERAÇÃO RASPADA. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE NULIDADE DE JULGAMENTO QUE AUMENTOU A REPRIMENDA. EXASPERAÇÃO VÁLIDA DIANTE DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME MAIS GRAVE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PACIENTE REINCENTE ESPECÍFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.

1. Excetuosos os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado em sede de habeas corpus o amplo reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios utilizados para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

2. Na hipótese, constata-se que, ao contrário do que restou alegado pelos ora Impetrantes, o aumento da pena do Paciente, em um ano,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorreu em razão da desclassificação do delito para um outro mais grave, nos termos da denúncia, e da majoração da pena-base, diante da existência de duas condenações transitadas em julgado, que não foram consideradas para fins de reincidência, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque consideradas, no caso concreto, circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, bem como a reincidência específica, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Precedente.

*4. **Habeas corpus** denegado.*

(HC 149.474/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 21.11.2011)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. MODO FECHADO. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. IMPOSIÇÃO DA FORMA MAIS GRAVOSA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial mais gravoso ao condenado à pena inferior a 8 anos de reclusão quando presente circunstância judicial desfavorável.

2. Não obstante a fixação da pena-base no mínimo legalmente previsto, mostra-se devida a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao reincidente condenado à reprimenda superior a 4 anos de reclusão.

3. Ordem denegada.

(HC 196.541/SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 9.11.2011)

Ante o exposto, denego a ordem.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0210335-2

HC 217.634 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18531520098190005 20090050019000

EM MESA

JULGADO: 23/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ELISMAR SOARES ROSA

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, denegou a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.