



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.109 - SP (2013/0305886-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLEBER CARVALHO DOS ANJOS
PACIENTE : CASSIO ALBERTO SISTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. ARMA DE FOGO. CONTINUIDADE ESPECÍFICA E REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por resultar de uma operação lógica, formalmente estruturada à luz dos princípios da individualização da pena e do livre convencimento motivado, a dosimetria demanda profundo exame da causa, sendo, em regra, vedado revê-la em sede de *habeas corpus*.

2. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuante e agravante), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o *quantum* a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

3. Em que pese seja expressivo o aumento de 1/2 sobre a pena-base, por operação da agravante de reincidência, o caso não permite reconhecer, de plano, flagrante ilegalidade a autorizar a revisão, em sede de *habeas corpus*, do *quantum* da exasperação da pena, mormente se a instância ordinária, ao particularizar os contornos quantitativos e qualitativos da conduta, concluiu que o aumento resulta não da simples existência de uma circunstância agravante, consistente na reincidência, mas de três reincidências, sendo duas específicas em crimes de roubo também qualificado.

4. Na linha da Súmula n. 443 desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação a mera indicação do número de majorantes".

5. Não há ilegalidade se, na terceira fase da dosimetria, a exasperação da pena em 1/2 está apoiada não somente na quantidade de majorantes, mas também nas circunstâncias e nas peculiaridades do caso concreto, delineadas no decreto condenatório.

6. A majoração da pena decorrente da continuidade específica exige fundamentação também nas circunstâncias judiciais (CP, art. 59), não se satisfazendo com a simples referência numérica ao concurso de crimes.

7. Fundamentada apenas na quantidade de delitos praticados e sem apoio nas circunstâncias judiciais, torna-se ilegal a exasperação da pena em 1/3 no crime de roubo, pela continuidade específica, devendo ser reduzida para 1/6.

8. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

9. Se a pena privativa de liberdade é igual ou inferior a 8 anos de reclusão, a manifesta insuficiência da motivação em que se apoia a escolha pelo regime mais gravoso caracteriza malferimento do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem assim dos enunciados da Súmula n. 440 desta Corte Superior e das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em razão da continuidade delitiva e a favor de ambos os pacientes, reduzir para 1/6 o aumento da reprimenda na última etapa da dosimetria, bem assim para, a favor de um dos pacientes, fixar o regime carcerário inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "a", do Código Penal.

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de setembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.109 - SP (2013/0305886-2)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CLEBER CARVALHO DOS ANJOS

PACIENTE : CASSIO ALBERTO SISTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator) :

CLEBER CARVALHO DOS ANJOS e CASSIO ALBERTO SISTO estariam sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na apelação criminal n. 0026388-38.2010.8.26.0050.

Os pacientes foram denunciados como incurso no delito tipificado no artigo 157, §2º, incisos I e II, por duas vezes, na forma do artigo 71, todos do Código Penal, por haverem, em 4.3.2010, às 22 horas, subtraído, mediante grave ameaça e com emprego de arma de fogo, veículo automotor, seus respectivos documentos de propriedade, cartões bancários, documentos pessoais e aparelho celular das vítimas. O paciente **CLEBER** foi denunciado ainda, na forma do artigo 69, pelo crime tipificado no artigo 307 do Código Penal, por haver atribuído a si falsa identidade perante a autoridade policial (fls. 28-32).

Julgada procedente a denúncia, **CASSIO** recebeu a pena privativa de liberdade de reclusão, em regime inicial fechado, de 8 anos, bem como a pena pecuniária de 30 dias-multa e custas de 100 UFESPs. **CLEBER**, por sua vez, recebeu a pena de 12 anos de reclusão, a obrigação de pagar 44 dias-multa e custas de 100 UFESPs, além de mais 6 meses de detenção pelo crime de falsa identidade (fls. 33-42).

O indigitado Tribunal coator, por maioria, negou provimento à apelação da defesa, mantendo incólume a sentença (fls. 43-58).

No *writ*, os pacientes sustentam, em suma, ilegalidades na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria penal.

CLEBER e **CASSIO** alegam: **a)** que o acórdão da autoridade coatora, ao manter o aumento da pena-base do crime de roubo qualificado, na razão de 1/2, assim o fez com fundamento na quantidade numérica de majorantes, contrariando a Súmula n. 443 desta Corte Superior (fls. 10-16); **b)** que se afigura exagerado o aumento da pena, em 1/3, pela continuidade delitiva, uma vez que a prática de dois crimes permitiria o aumento apenas na razão mínima, de 1/6 (fls. 16-21).

Individualmente, o paciente **CLEBER** alega: **a)** que "possui apenas duas condenações definitivas", e não três, "já que a condenação de fl. 34 trata-se de condenação em sede de recurso", sendo exagerado o aumento da pena base pela agravante da reincidência mesmo se existissem três reincidências (fl. 4); **b)** que "a fração aumentada em razão da reincidência foi a mesma utilizada para majorar a pena na terceira fase, em virtude das causas de aumento", e que, "se a fração mínima prevista em lei para uma causa de aumento é de 1/6, esta também deve ser aplicada como limite máximo da exasperação em razão da circunstância agravante" (fl. 5).

Por sua vez, o paciente **CASSIO** sustenta que é primário e que sua pena restou fixada em oito anos, devendo o regime inicial fechado, imposto na sentença e mantido pelo Tribunal, dar lugar ao semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "b", do Código Penal (fls. 21-26).

Requerem a "reforma do preceito penal condenatório" (fl. 27).

Indeferida a liminar (fls. 66-67), prestadas as informações pelo juízo singular (fls. 114-149) e pelo indigitado Tribunal coator (fls. 75-112), o Ministério Público opinou "pela manutenção da decisão impugnada" (fls. 152-155).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 277.109 - SP (2013/0305886-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA PENAL. ROUBO QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. ARMA DE FOGO. CONTINUIDADE ESPECÍFICA E REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por resultar de uma operação lógica, formalmente estruturada à luz dos princípios da individualização da pena e do livre convencimento motivado, a dosimetria demanda profundo exame da causa, sendo, em regra, vedado revê-la em sede de *habeas corpus*.

2. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuante e agravante), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o *quantum* a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

3. Em que pese seja expressivo o aumento de 1/2 sobre a pena-base, por operação da agravante de reincidência, o caso não permite reconhecer, de plano, flagrante ilegalidade a autorizar a revisão, em sede de *habeas corpus*, do *quantum* da exasperação da pena, mormente se a instância ordinária, ao particularizar os contornos quantitativos e qualitativos da conduta, concluiu que o aumento resulta não da simples existência de uma circunstância agravante, consistente na reincidência, mas de três reincidências, sendo duas específicas em crimes de roubo também qualificado.

4. Na linha da Súmula n. 443 desta Corte, "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".

5. Não há ilegalidade se, na terceira fase da dosimetria, a exasperação da pena em 1/2 está apoiada não somente na quantidade de majorantes, mas também nas circunstâncias e nas peculiaridades do caso concreto, delineadas no decreto condenatório.

6. A majoração da pena decorrente da continuidade específica exige fundamentação também nas circunstâncias judiciais (CP, art. 59), não se satisfazendo com a simples referência numérica ao concurso de crimes.

7. Fundamentada apenas na quantidade de delitos praticados e sem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apoio nas circunstâncias judiciais, torna-se ilegal a exasperação da pena em 1/3 no crime de roubo, pela continuidade específica, devendo ser reduzida para 1/6.

8. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

9. Se a pena privativa de liberdade é igual ou inferior a 8 anos de reclusão, a manifesta insuficiência da motivação em que se apoia a escolha pelo regime mais gravoso caracteriza malferimento do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, bem assim dos enunciados da Súmula n. 440 desta Corte Superior e das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, em razão da continuidade delitiva e a favor de ambos os pacientes, reduzir para 1/6 o aumento da reprimenda na última etapa da dosimetria, bem assim para, a favor de um dos pacientes, fixar o regime carcerário inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "a", do Código Penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator) :

I.

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª T., DJe 11.9.2012; HC 108.901/SP, Min. Cármen Lúcia, 2ª T., DJe 10.5.2013), não mais admite o remédio constitucional como sucedâneo recursal, ressalvadas as situações excepcionais de flagrante ilegalidade contra a liberdade ambulatoria do paciente (HC 183.889/MS, Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 26.8.2013; HC 263.627/SP, Min. Rel. Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 16.9.2013; HC 253.383/SP, Min. Rel. Og Fernandes, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16.9.2013; HC 178.850/RS, Min. Rel. Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 13.9.2013).

Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes ressalvam a possibilidade de manejo do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ou da ação própria – conforme cada caso –, decidindo-se, de ofício, a questão de fundo nas hipóteses de **flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica**.

A hipótese sob exame desafiaria o recurso especial, positivado no artigo 105, III, "a" e "c" da Constituição Federal, sendo imprópria a via eleita.

Não obstante, constato, no caso, a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal passível de concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

II.

CLEBER CARVALHO DOS ANJOS e **CASSIO ALBERTO SISTO** alegam que o aumento da pena do crime de roubo qualificado, na razão de 1/2, é ilegal porque fundamentado na quantidade numérica de majorantes, a contrariar a Súmula n. 443 desta Corte Superior (fls. 10-16).

Tal argumento **não há de prosperar**.

A individualização da pena, princípio haurido diretamente da Constituição Federal, constitui uma das mais importantes balizas do Direito Sancionador e está prevista, também, no artigo 59 do Código Penal, o qual fixa os critérios norteadores da quantidade e da qualidade da sanção estatal a ser aplicada em cada caso concreto.

Para a doutrina, "a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional ao mal produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela *necessária e suficiente* para a reprovação e prevenção do crime" (GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 158).

No caso, na terceira fase da dosimetria, o juízo singular, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entregar a pena necessária e suficiente aos pacientes, exasperou-a em 1/2 ao considerar duas causas de aumento no crime de roubo, quais sejam, o concurso de agentes e o emprego de arma.

Transcrevo o trecho do decreto condenatório:

(fl. 40)

*(...) Na dosagem da pena observo que o réu Cássio é primário e sem antecedentes. Assim fixo-lhe a pena base em quatro anos de reclusão para cada crime. **Presentes duas causas de aumento, concurso de agentes e emprego de arma.** No tocante ao quantum de aumento de aumento observo que a Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça destacou que "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". No tocante ao uso de **arma de fogo**. Para tipificar-se a causa de aumento basta o emprego de arma, servindo para tanto arma imprópria. O fato do réu utilizar-se de **arma própria indica maior reprovabilidade**, visto a patente intenção de ofender o bem jurídica integridade física. A circunstância de, entre as armas próprias, utilizar-se de **arma de fogo, de maior poder vulnerante**, também indica maior reprovabilidade, indicando a necessidade de um aumento acima do mínimo. Além do que, ficou demonstrada o emprego de **duas armas**, sendo **uma própria e outra imprópria**. A existência de **mais de uma arma** também autoriza exasperação acima do mínimo. Por fim, o **concurso juntamente com a arma** é indicativo de maior risco ao bem jurídico, também demonstrando **mais culpabilidade. Desta forma aplico aumento de metade**. Assim aumento a pena, tornando definitiva para cada roubo em seis anos de reclusão e no pagamento de quinze dias-multa. (...)*

O indigitado Tribunal coator, por sua vez, mantendo incólume a sentença, assim se manifestou quanto à legalidade dessa exasperação da pena do crime de roubo, em decorrência da presença das causas de aumento:

(fl. 86)

*O fator de aumento da pena em razão das agravantes específicas não pode ser reduzido como pleiteia a defesa. No caso em análise houve **mais de uma agravante**, quais sejam, o emprego de arma de fogo e o concurso de duas ou mais pessoas, razão pela qual foi*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correta a elevação da reprimenda acima de um terço.

Ressabe-se que "a presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, **a menos que, considerando as peculiaridades do caso concreto, sejam expostos motivos idôneos para tal exasperação**" (STJ, HC 265960/SP, Min. Rel. Laurita Vaz, 5ª T., DJe 12.3.2014).

Vê-se que, a despeito de a fundamentação do indigitado acórdão coator se apoiar no critério meramente numérico – consistente na consideração da quantidade de majorantes – para a exasperação da pena no crime de roubo, **o juízo singular, ao considerar objetivamente as circunstâncias do evento criminoso, e atento à Súmula n. 443 desta Corte Superior, elencou e descreveu pormenorizadamente os elementos fáticos que revestiram quantitativa e qualitativamente a conduta dos pacientes.**

Além de referir a quantidade de causas de aumento, a sentença penal condenatória **efetivamente particularizou os contornos concretos e a qualidade da ação delitiva dos pacientes, destacando que fora executada em concurso de agentes, com emprego de duas armas – uma de fogo com "maior poder vulnerante" – e, assim, com a intenção clara de expor a risco de maior lesão a integridade física das vítimas (fl. 40).**

Portanto, a exasperação da pena imposta aos pacientes na terceira fase da dosimetria, por força das causas de aumento consistentes no concurso de agentes e no emprego de arma de fogo, está apoiada em dados concretos e não ofende a orientação da Súmula n. 443 deste Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, **CLEBER e CASSIO** afirmam ser ilegal o aumento da pena em 1/3, pela continuidade delitiva, uma vez que a prática de dois crimes permitiria o aumento apenas na razão mínima, de 1/6 (fls. 16-21).

Assiste razão aos pacientes.

Em que pese tenha particularizado concretamente a necessidade e a suficiência da exasperação da pena decorrente das causas de aumento supracitadas, **a sentença condenatória não fundamentou adequadamente o aumento pela continuidade delitiva específica.**

A continuidade específica possui previsão legal no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, assim estabelecido após a reforma penal de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1984:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Sendo um plus em relação à continuidade simples (*caput*), a continuidade específica permite a apenação mais severa do agente.

Todavia, os critérios norteadores do aumento da pena em razão da continuidade específica estão explicitados no dispositivo legal e **vão além do critério meramente matemático**, aplicado jurisprudencialmente por esta Corte apenas, em regra, na continuidade simples.

(...) A majoração da pena decorrente do reconhecimento de crime continuado específico (art. 71, parágrafo único do CP) difere da forma de cálculo aplicada à continuidade delitiva simples (caput do mesmo dispositivo legal) - que decorre diretamente do número de infrações praticadas -, devendo o Magistrado considerar na fixação do acréscimo as circunstâncias judiciais para aumentar a pena do crime mais grave até o triplo, respeitados os limites do art. 70, parágrafo único e do art. 75, ambos do Código Penal. (...) (STJ, Rel. Min. Marilza Maynard, Des. conv. TJ/SE, 6ª T., DJe 16.12.2013)

Com efeito, para a exasperação da pena com fundamento na continuidade específica, "o juiz, **considerando a culpabilidade, os**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias" (GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 840), poderá majorar a sanção estatal em até o triplo.

No caso, a sentença penal, **limitando-se ao critério numérico**, deixou de considerar as circunstâncias judiciais do caso concreto para majorar a pena aplicada aos pacientes em razão da continuidade específica. Confira-se:

(fl. 41)

*Praticados dois roubos, contra duas vítimas diversas, dentro das mesmas circunstâncias de tempo, lugar e forma de execução, motivo pelo qual aplica-se a regra do artigo 71, § único, do Código Penal. Desta forma, **em que pesem serem apenas dois crimes, aplica-se aumento de um terço**, tornando a pena definitiva em oito anos de reclusão.*

O indigitado Tribunal coator, por sua vez, aduziu:

(fls. 86-87)

***Acertada** a aplicação da regra do artigo 71, parágrafo único, do Código Penal, **com aumento de 1/3, já que foram dois crimes de roubos**, contra vítimas diversas, dentro das mesmas circunstâncias de tempo, lugar e forma de execução.*

Vale lembrar que "o aumento devido pelo crime continuado específico é de **um sexto** até o triplo" (DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 144), visto que o parágrafo único do artigo 71 do Código Penal só indica o aumento máximo, e não o mínimo. Ou seja, o mínimo aplicável é o previsto na cabeça do dispositivo legal.

Portanto, diante da ausência de fundamentação concreta para a exasperação acima do mínimo, relativa à continuidade específica, é manifesto o constrangimento ilegal, devendo o aumento ser decotado para 1/6.

III.

Individualmente, o paciente **CLEBER** alega que "possui apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

duas condenações definitivas", e não três, "já que a condenação de fl. 34 trata-se de condenação em sede de recurso", sendo exagerado o aumento da pena-base pela agravante da reincidência, mesmo se existissem três reincidências (fl. 4).

Não assiste razão ao paciente.

O *habeas corpus* é ação de rito célere, não comporta dilação probatória nem exame aprofundado de fatos e provas.

Embora tenha sustentado que apenas duas das três condenações anteriores transitaram em julgado, o paciente sequer instruiu a impetração com a sua folha de antecedentes criminais, providência essa realizada pelo Tribunal em sede de informações (fls. 75-112).

A sentença condenatória consignou expressamente que

(fl. 41)

(...) Na segunda fase verifico que o réu ostenta três reincidências, inclusive específicas por roubo qualificado. Assim aplico aumento de metade e passo a pena para seis anos de reclusão e no pagamento de quinze dias-multa.

O Tribunal, por sua vez, registrou que

(fl. 87)

Quanto ao corrêu CLEBER foi correto o aumento de metade em sua reprimenda, devido a este ostentar três reincidências, inclusive específicas por roubo qualificado.

A folha penal do paciente **CLEBER** ostenta três condenações criminais (fls. 103-105) e **não há qualquer outro dado, nos autos, que indique uma delas não ter transitado em julgado.**

Portanto, inviável modificar o julgamento proferido na origem para concluir, agora, que a majoração da pena em razão da reincidência deveria ter sido realizada sobre duas, e não sobre três condenações anteriores transitadas em julgado.

No atinente **ao quantum da exasperação**, o paciente **CLEBER**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aduz também que "a fração aumentada em razão da reincidência foi a mesma utilizada para majorar a pena na terceira fase, em virtude das causas de aumento", e que, "se a fração mínima prevista em lei para uma causa de aumento é de 1/6, esta também deve ser aplicada como limite máximo da exasperação em razão da circunstância agravante" (fl. 5).

Todavia, o acórdão do indigitado Tribunal coator **não merece reparo.**

É verdade que o legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuante e agravante), "cabendo ao juiz sentenciante sopesar o *quantum* a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto" (AREsp n. 491.242/MG, minha relatoria, j. 16.5.2014).

E a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena e à luz do livre convencimento motivado do juízo natural.

Assim, a dosagem da sanção penal "envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*" (STJ, HC 237439/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 24.3.2014).

Em que pese seja expressivo o aumento de 1/2 sobre a pena-base, decorrente das reincidências, o caso não permite concluir, de plano, ser flagrantemente ilegal o referido aumento.

Como visto nas linhas atrás, tanto a sentença penal condenatória como o acórdão do indigitado Tribunal coator, ainda que sucintamente, explicitaram que o aumento em 1/2 da reprimenda decorreu não apenas da circunstância agravante de reincidência, mas resultou **a) de três reincidências**, sendo **b) duas específicas** em crimes de **c) roubo também qualificado**.

A **efetiva particularização quantitativa e qualitativa** da circunstância agravante na segunda fase da dosimetria realizada pelo juízo penal, no crime de roubo, autoriza a exasperação da pena acima do mínimo legal, conforme jurisprudência desta Corte:

(...) É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente, em razão de condenação anterior transitada e julgada pelo crime de roubo, fato que justifica o incremento da pena, em 1/2 (metade), na segunda fase da dosimetria. Ademais, o paciente foi beneficiado com o livramento condicional. 4. Habeas corpus julgado prejudicado no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. (...) (STJ, HC 237439/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 24.3.2014)

(...) É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso autorizem. (...) (STJ, HC 129775/CE, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª T., DJe 1º.2.2011)

(...) 3. Consoante reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a presença de mais de uma causa especial de aumento da pena no crime de roubo pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena acima da fração mínima. (...) (STJ, HC 138395/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., DJe 30.11.2009)

Portanto, não padece de flagrante ilegalidade o aumento, em 1/2, da pena no crime de roubo aplicada ao paciente.

IV.

O paciente **CASSIO** sustenta individualmente que é primário, que sua pena restou fixada em oito anos e que, por isso, deve o regime inicial fechado, imposto na sentença e mantido pelo Tribunal, dar lugar ao semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, "b" do Código Penal (fls. 21-26).

Assiste razão ao paciente.

Ao comentar a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, a doutrina ressalta que

(...) a nova Parte Geral torna mais amplo o poder discricionário do juiz, acentuando a cada passo a tarefa de individualização da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*sanção penal, repetindo em diversos momentos os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida". Sublinha que, "na nova Parte Geral, se faz menção em vários artigos à necessidade de atenção para a **escolha justa da sanção aplicável** tendo por base os critérios contidos no art. 59", que "em muito difere do art. 42 do Código Penal de 1940, pois **o texto atual estabelece com maior precisão que se deve ter em vista o que se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime**". (REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, pp. 159 e 163).*

A escolha justa da sanção necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime torna "imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o *quantum* da sanção e a sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação" (REALE JUNIOR, Miguel, op. cit., p. 164).

A importância desse ponto de vista evidencia-se quando constatamos que a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política – como veremos adiante –, de modo que, ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário ao réu mas para com o necessário à sociedade.

O próprio Código Penal, na redação dada pela Lei n. 7.209, de 11.7.1984, no seu artigo 33, §3º, dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á **com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código**".

Isso é, independentemente de o juiz haver reconhecido circunstâncias judiciais desfavoráveis na primeira etapa da dosimetria da pena, poderá justificar a fixação do regime carcerário inicial com fulcro naqueles critérios previstos no artigo 59, tendo por **norte a necessidade e a suficiência da reprimenda para a reprovação e a prevenção do crime**.

Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, **de maneira motivada**, qual deverá ser o regime inicial para o cumprimento da reprimenda. E, para tanto, não vejo como coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, sinalizem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Uma das razões que torna possível a opção judicial – **desde que apoiada nos elementos concretos da causa** – pelo regime mais gravoso de cumprimento inicial da pena, em casos de crime de roubo cometido com o emprego de arma de fogo, é a **trágica realidade de nosso cotidiano**, em que uma vergonhosa quantidade de vidas se perde em decorrência do emprego de armas de fogo na execução de crimes, nomeadamente o de roubo.

Sem embargo, o exame dos autos revela que o juízo de primeiro grau fixou – e o indigitado Tribunal coator manteve – o regime inicial fechado para ambos os pacientes **com suporte em motivação abstrata, sem apontar circunstâncias concretas aptas a indicar a maior reprovabilidade da conduta** (fls. 41 e 87).

A opção do juízo singular pelo regime mais gravoso, além de baseada em quantidade errônea da pena definitiva aplicada ao paciente **CASSIO** – em verdade, não superior a 8 anos –, não teceu qualquer menção às circunstâncias desfavoráveis a este, levando em consideração apenas uma apontada "culpabilidade exarcebada" e uma "periculosidade extremada". Confira-se (fl. 41):

*Pelo quantum de pena imposta, **superior a oito anos**, bem como pela **culpabilidade exarcebada e periculosidade extremada**, sendo Cleber reincidente, deverão iniciar o cumprimento no regime fechado, quanto aos roubos.*

O indigitado Tribunal coator, por sua vez, sem acrescentar fundamentação concreta e suficiente quanto à escolha do regime de cumprimento da pena, manifestou-se de modo ainda mais genérico e abstrato (fl. 87):

*O regime inicial fechado empregado na sentença parece bem ajustado à hipótese. O delito de em apreço, **por toda a violência e agressividade que lhe é intrínseca**, não comporta reprimenda leve, que **traduziria sensação de impunidade, estimulando a recidiva.***

Carente de outros critérios objetivos, a imposição do regime inicial fechado para o paciente **CASSIO**, com arrimo na simples referência à apontada "culpabilidade exarcebada" e "periculosidade extremada" – tributada de forma genérica a ambos os pacientes –, não atende ao princípio da fundamentação das decisões judiciais, regra inafastável haurida do artigo 93,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inciso IX, da Constituição Federal.

Portanto, relativamente ao paciente **CASSIO**, não reincidente e apenado com sanção definitiva igual a 8 anos de reclusão, as instâncias ordinárias não justificaram de maneira idônea a escolha do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, o que contrariou os enunciados da Súmula n. 440 desta Corte Superior e das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

V.

À vista do exposto, **não conheço do *habeas corpus*.**

No entanto, evidenciado o manifesto constrangimento ilegal, **concedo a ordem, de ofício**, para, na última etapa da dosimetria, reduzir o aumento da reprimenda para 1/6, em razão da continuidade delitiva, resultando em 10 anos e 6 meses de reclusão, cumulada com 25 dias-multa, para o paciente **CLEBER CARVALHO DOS ANJOS**, e em 7 anos de reclusão e 17 dias-multa para o paciente **CASSIO ALBERTO SISTO**.

Considerando a ausência de fundamentação, na origem, quanto à fixação do regime inicial fechado e o *quantum* da pena definitiva aplicada – inferior a 8 anos –, **concedo, de ofício, a ordem de *habeas corpus*** para fixar, a favor do paciente **CASSIO ALBERTO SISTO**, o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 33, §2º, alínea "a", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0305886-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 277.109 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00263883820108260050 263883820108260050 50100263887 7612010

EM MESA

JULGADO: 04/09/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLEBER CARVALHO DOS ANJOS
PACIENTE	: CASSIO ALBERTO SISTO

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.