



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.218 - SP (2009/0249750-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LIVIA CORREIA TINOCO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ROGERIO DA SILVA PEREIRA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA. 2. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 3. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É permitido ao julgador utilizar-se de uma condenação anterior do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavorável circunstância judicial e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio *ne bis in idem*.

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

3. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.

4. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena.

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: "A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 04 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.218 - SP (2009/0249750-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : LIVIA CORREIA TINOCO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO ROGERIO DA SILVA PEREIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO ROGERIO DA SILVA PEREIRA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 990.09.090203-5).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, I e II, c.c. o artigo 70, ambos do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa (Processo n.º 050.08.095073-66, Controle n.º 1.754/08, da 12ª Vara Criminal de São Paulo/SP).

Inconformados, a defesa e o *Parquet* interpuseram recursos de apelação perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento ao apelo defensivo e deu parcial provimento ao ministerial a fim de majorar a sanção para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, no regime inicial fechado, mais 17 (dezessete) dias-multa.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante assere que caracteriza constrangimento ilegal o reconhecimento da causa especial de aumento de pena relativa ao uso da arma de fogo, sem a sua apreensão e a realização de perícia que comprovem a potencialidade lesiva do artefato.

Sustenta, ainda, que o acréscimo da pena na circunstância dos antecedentes e também na agravante da reincidência não é plausível, "sob pena de punir-se o impetrante em demasia, bem como de admitir-se a eterna e grave punição sobre um desvio ocorrido no passado" (fl. 5).

Destaca que a pena-base deve ser fixada no mínimo legal e a agravante mencionada compensada com a atenuante da confissão espontânea.

Insurge-se, inclusive, contra a exacerbação da pena acima de 1/3 (um terço), sem a devida fundamentação, apenas em razão da presença de duas majorantes.

Alega, por fim, que o paciente faz jus à fixação do regime inicial semiaberto, pois a reprimenda foi fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, conforme disposto no artigo 33, § 2.º, "b", do Código Penal.

Invoca as Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, liminarmente, que o paciente aguarde no regime semiaberto o deslinde do presente *mandamus*. No mérito, pleiteia a concessão da ordem para: "(i) afastar a causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma; (ii) diminuir a pena imposta ao paciente; (iii) bem como fixar o regime inicial de cumprimento de pena de acordo com o montante de pena aplicado, nos termos do artigo 33, § 2.º, do Código Penal" (fl. 11).

Impetrado o presente *mandamus* no período de férias forenses, o então Presidente desta Corte, Ministro Cesar Asfor Rocha, indeferiu o pedido liminar às fls. 45/46 e solicitou informações à autoridade apontada como coatora, acostadas às 57/78.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria das Mercês (fls. 80/93), pela parcial concessão da ordem a fim de reduzir o acréscimo da reprimenda pelas causas de aumento para 1/3 (um terço).

Foi proferido despacho à fl. 97 solicitando informações complementares ao Tribunal de origem, juntadas às fls. 100/112. Noticiou-se que o paciente ainda não cumpriu a sanção ora em apreço, estando o término do cumprimento previsto para 29.5.2016.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 158.218 - SP (2009/0249750-9)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*. INEXISTÊNCIA. 2. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 3. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. RÉU REINCIDENTE. REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. É permitido ao julgador utilizar-se de uma condenação anterior do acusado para exasperar a pena, em um primeiro momento, considerando como desfavorável circunstância judicial e, num segundo, considerando outra condenação anterior, fazer incidir a agravante da reincidência, não existindo, pois, afronta ao princípio *ne bis in idem*.

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

3. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.

4. Ordem parcialmente concedida a fim de reduzir a pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

O objeto desta impetração abarca a redução da pena-base mediante o afastamento da circunstância judicial relativa aos antecedentes, a redução do *quantum* de acréscimo pelas causas de aumento, o afastamento da majorante do emprego de arma e a fixação do regime inicial semiaberto. Nesse âmbito, confira-se o dito pelo magistrado singular na fixação da pena (fls. 62/63):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...)

Em que pese o r. entendimento da Defesa, ainda que não apreendida a arma, pelo que bem indicaram as vítimas, nada indica tratar-se de arma de brinquedo, valendo também ressaltar que sem dúvida, se de brinquedo ou não, com certeza às vítimas determinou efetivo pavor e temor.

(...)

Posto isso, JULGO PROCEDENTE a denúncia de fls. 01/03d, para condenar o réu PAULO ROGÉRIO DA SILVA PEREIRA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 157, § 2º, I e II, por duas vezes, c/c o artigo 70, do Código Penal. Atento ao disposto no artigo 59 do CP, vale dizer, aos antecedentes, reincidência específica (fls. 60/61, 62/64, 67, 71, 74/75), circunstâncias e conseqüências do delito, todavia em especial considerando a expressa confissão espontânea hoje perpetrada pelo denunciado, a revelar verdadeiro arrependimento, bem como atento ao critério da suficiência da apenação, fixo-lhe a pena base em quatro anos de reclusão, regime fechado, e dez dias-multa, no mínimo legal, exasperando-a, inicialmente, de 1/3 pelas qualificadoras dos incisos I e II, passando a cinco anos e quatro meses de reclusão, regime fechado, e treze dias-multa, no mínimo legal, exasperando-a, por fim, de 1/6 pela regra do concurso formal de infrações, nos termos do art. 70 do Código Penal, tornando-a definitiva em seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão, regime fechado, e quinze dias-multa, no mínimo legal. Nos termos do artigo 33, §§ Iº e 2º, letra 'a' e § 3º, atento aos antecedentes e a reincidência específica, fixou-se o regime fechado para o cumprimento inicial da pena imposta.

(...)"

Colhe-se do acórdão, no que interessa (fls. 64/68):

"(...)

O acusado, por sua vez, busca o afastamento da qualificadora relativa ao emprego de arma e a redução das penas.

(...)

Assim, a *decisum* condenatória era mesmo de rigor, tanto que a d. defesa se limitou a postular - nas razões recursais - tão-somente o afastamento da qualificadora referente ao emprego de arma e a respectiva redução das penas.

Sem razão, contudo, pois, a qualificadora em tela restou caracterizada e também foi comprovada pelo acervo oral, nada obstante a falta de apreensão do instrumento intimidador. (...)

(...)

Ademais, não há como olvidar que próprio acusado admitiu o uso de arma de fogo durante a execução do roubo, aduzindo que aquele instrumento ficou em poder de seu comparsa, conhecido como *Mancha*. Não bastasse, nem mesmo a alegação de que a arma era de plástico o socorre, pois emerge pouco crível fosse o agente ostentar arma de fogo, que sabia ser simulacro, expondo o objeto como o fez - circunstância, aliás, enaltecida pelas vítimas -, arriscando o poder vulnerante e de intimidação de que dispunha. E, ainda que fosse de brinquedo, seu emprego, no calor dos acontecimentos, resultou o mesmo efeito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

psicológico de artefato verdadeiro, causando fundado receio e temor às vítimas, tanto que Antônio e Kleverson ressaltaram que o roubador chegou a colocar a arma na boca de seu funcionário, ferindo-o.

Assim, não colhe o reclamo defensivo.

Já o apelo acusatório é pertinente, em parte.

É que, respeitado o entendimento do e. magistrado, as penas exigem ajuste, pois foram fixadas aquém do necessário à hipótese dos autos.

Portanto, sopesadas as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59, do Código Penal, observa-se que o acusado é portador de maus antecedentes (fls. 67), a revelar imperativa a fixação das básicas 1/6 acima do piso.

Na segunda fase da dosimetria, considerando que a admissão parcial de culpa também foi admitida como elemento de prova para a condenação, fica referida atenuante compensada com a agravante da reincidência (fls. 75).

A seguir, diante da presença de duas causas de aumento (emprego de arma e concurso de agentes), ficam as penas majoradas de 3/8, (...)

Ao cabo, considerando que foram dois os patrimônios atingidos, a revelar caracterizado o concurso formal de crimes, imperioso o aumento de mais 1/6, perfazendo sete anos, cinco meses e vinte e cinco dias de reclusão e dezessete dias-multa, no valor unitário mínimo.

Já o regime inicial fechado fica mantido, não somente em razão da comprovada reincidência, mas, sobretudo por ser o único adequado para a prevenção e reprovação de crimes desta natureza.

Por tais razões, NEGA-SE PROVIMENTO ao apelo defensivo e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO recurso do Ministério Público para majorar as penas a sete anos, cinco meses e vinte e cinco dias de reclusão e dezessete dias-multa, mantendo-se os demais termos da r. sentença."

Ao que cuido, no caso em análise, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável ao paciente.

Com efeito, verifica-se a existência de condenações contra o paciente anteriores a data do fato em apreço, com trânsito em julgado, conforme se depreende da certidão de antecedentes acostadas aos autos às fls. 64/78. Se assim o é, poderia o juiz consignar maus antecedentes, como de fato o fez, em virtude de possuir o réu processos findos, dos quais não cabe mais recurso.

Nesse sentido, confirmam-se estes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO A 63 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E MULTA, PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO QUALIFICADA, LATROCÍNIO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E USO DE DOCUMENTO FALSO. PENAS-BASES FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE: REINCIDÊNCIA, ANTECEDENTES CRIMINAIS, CONDUTA INCOMPATÍVEL, RÉU FORAGIDO DA JUSTIÇA). ORDEM DENEGADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Encontram-se devidamente fundamentadas as penas-bases impostas ao paciente pelo Magistrado de primeiro grau, bem acima de seu mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias negativas apresentadas pelo paciente (reincidência, antecedentes criminais, conduta incompatível com o convívio social, paciente foragido da Justiça).

2. Ordem denegada."

(HC 140.245/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2010, DJe 01/08/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO ESTATUTO REPRESSIVO EM RELAÇÃO A ALGUMAS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. As condenações penais transitadas em julgado que forem alcançadas pelo prazo previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, podem autorizar maior apenação na primeira etapa da dosimetria, a título de maus antecedentes. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

2. A aplicação da pena-base acima do mínimo encontra-se concreta e adequadamente justificada pela consideração dos maus antecedentes do paciente, haja vista a existência de inúmeras condenações anteriores, todas por delitos contra o patrimônio.

AÇÕES PENAIS. CONDENAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS NESSE PONTO.

1. Inviável proceder-se ao reconhecimento da continuidade delitiva, pois, além de essa questão não ter sido analisada pela Corte de origem, o que impede seu exame diretamente por este Superior Tribunal, sob pena da inadmissível supressão de instância -, apontou-se reiteração criminosa para negar o benefício, e, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do previsto no art. 71 do CP.

2. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada."

(HC 156.059/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 299 DO CÓDIGO PENAL. EMENDATIO LIBELLI EM 2ª INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE, NOS LIMITES DO ART. 617, DO CPP. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. AUMENTO NA REPRIMENDA EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES JUSTIFICADA.

I - A adequação típica pode ser alterada, em segundo grau, via *emendatio libelli* (art. 383, do CPP), nos limites do art 617, do CPP (Precedentes do STF e do STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - A r. decisão condenatória na parte referente fixação da pena-base está tecnicamente perfeita, pois o aumento imposto está devidamente fundamentado em razão da constatação de condenação com trânsito em julgado.

Ordem denegada."

(HC 104.047/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJe 03/11/2008)

Inclusive, de se notar que, do atento exame da folha de antecedentes, verifica-se que o paciente possui em seu desfavor duas condenações definitivas, as quais foram empregadas para majorar a sanção em dois momentos distintos (fl. 77/78).

Dessarte, não merece prevalecer a alegação da defesa de que as condenações anteriores deveriam aumentar a pena apenas em face da reincidência, e não nas duas circunstâncias (judicial e agravante), visto que a instância de origem utilizou-se de fatos criminosos diversos, recaindo uma condenação anterior para majorar a pena-base e a outra para acrescer a sanção pela reincidência - não incidindo, portanto, em indevido *bis in idem* -, o que é facultado pela remansosa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça. Ei-la:

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO (MODUS OPERANDI). AGRESSÃO FÍSICA À VÍTIMA. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA E CONCURSO DE AGENTES. QUESTÕES DIVERSAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA.

1. Tendo sido a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes, das circunstâncias e das consequências do delito, nos termos do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.

2. Não há falar em *bis in idem* pela aplicação da agravante da reincidência se foram consideradas condenações diversas das valoradas como antecedentes negativos. Igualmente não se confunde a majoração pelo concurso de agentes (crime cometido em conluio) e o acréscimo da pena pelas circunstâncias do delito (vítima agredida por três pessoas a socos e pontapés).

3. Existindo concreta e adequada valoração das circunstâncias judiciais, não se mostra possível, na via estreita do habeas corpus, promover ao redimensionamento da pena, providência própria de revisão criminal, para o que não serve o *writ*.

4. *Habeas corpus* denegado."

(HC 120.557/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO *NE BIS IN IDEM*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM DENEGADA.

1. A majoração da pena-base deve ser mantida, levando em conta que se deu em razão dos maus antecedentes do paciente - que possui três condenações definitivas anteriores - sendo possível utilizar-se duas para a consideração negativa dos antecedentes e outra para a caracterização da agravante da reincidência, não havendo que se falar em *bis in idem*, por se tratar de valoração de fatos distintos.

2. Não há violação ao conteúdo da Súmula 241 desta Corte de Justiça, segundo a qual "a reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial", pois o que se visa evitar com tal preceito é a utilização da mesma condenação anterior para embasar o aumento da pena-base pelos maus antecedentes e para agravar a pena em razão da reincidência, situação esta que não ocorreu no caso em apreço.

3. *Habeas Corpus* denegado."

(HC 175.768/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 29/11/2010)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 16, IV, DA LEI 10.826/03 E 329 DO CP. *HABEAS CORPUS* PREJUDICADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO. DEVOLUÇÃO DAS MATÉRIAS ANALISADAS PELA INSTÂNCIA DE PRIMEIRO GRAU. PENAS DIVERSAS APLICADAS AOS CORRÉUS. CONDENAÇÕES DISTINTAS. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO-OCORRÊNCIA. FATOS DIVERSOS. ORDEM DENEGADA.

1. O recurso de apelação devolve ao Tribunal todas as matérias discutidas pela instância de primeiro grau, razão pela qual o julgamento prejudicado do *habeas corpus* impetrado não enseja o cerceamento de defesa, já que devidamente analisada a questão suscitada pelo paciente.

2. O princípio da individualização das penas impõe a consideração distinta das circunstâncias judiciais, na primeira fase, das agravantes e atenuantes, na segunda fase, e das causas de aumento e de diminuição de pena, na terceira fase, para cada réu, de forma que o resultado mais ou menos gravoso dependerá exclusivamente das condições de cada um, justificando, destarte, a diferença do quantum final.

3. 'Só há violação ao princípio do *ne bis in idem* e à Súmula n. 241 do STJ quando a circunstância judicial (maus antecedentes) e a legal (reincidência) derivam do mesmo fato' (HC 119.653/MS).

4. Ordem denegada."

(HC 146.992/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 08/03/2010)

"*HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E DE REINCIDÊNCIA. ALUSÃO A CONDENAÇÕES DIVERSAS. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONCORRÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E AGRAVANTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ.

1. Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241 desta Corte,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.

2. No caso dos autos, porém, houve a efetiva alusão à existência de diversas condenações. Assim, nada obsta que uma caracterize maus antecedentes e as outras reincidência. Precedentes.

3. Segundo a Súmula 269 desta Corte, 'é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.

4. Na hipótese, embora a pena não alcance 4 (quatro) anos, foi apontada a reincidência do paciente e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que afasta a incidência da Súmula 269, autorizando o estabelecimento do regime mais severo.

5. Ordem denegada."

(HC 126.144/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 19/10/2009)

No tocante ao acréscimo procedido nas majorantes, é de ver que houve a exasperação da pena acima do mínimo legal de 1/3 (um terço) apenas em razão da presença de duas causas de aumento.

Verifica-se que se fez simples menção à existência das duas majorantes, fixando-se o aumento acima do mínimo legal sem qualquer motivação concreta.

Conforme vem reiteradamente decidindo este Superior Tribunal, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal - 1/3 (um terço) - requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM 3/8 EM RAZÃO DO NÚMERO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS PRIMÁRIOS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVE DO QUE O LEGALMENTE PREVISTO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGOS 33, §§ 2º E 3º, E 59 DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a adoção de aumento acima do mínimo legal, faz-se necessária a demonstração de sua necessidade, que não decorre abstratamente do número daquelas causas.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, é inadmissível a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que o previsto para a sanção corporal aplicada, não servindo como justificativa tratar-se de crime de roubo, cuja natureza e gravidade recomendariam sua adoção. Ademais, o regime menos gravoso já foi concedido ao co-réu por esta Turma, no julgamento do HC 23.182/SP.

3. *Habeas corpus* concedido para aumentar a sanção de um terço em razão das causas de aumento, estabelecendo a pena dos pacientes em 5



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 4 meses de reclusão, a serem descontados no regime semi-aberto." (HC n.º 34.573/SP, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJ 5/12/2005.)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. EXASPERAÇÃO. CAUSAS DE AUMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. A presença de duas causas de aumento de pena no crime de roubo não gera automaticamente a majoração da pena acima do mínimo previsto no artigo 157, § 2º, do CP, necessitando de concreta fundamentação.

2. Ordem concedida de ofício para reduzir o índice de aumento da pena-base para 1/3 (um terço)." (HC n.º 43.423/SP, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 13/3/2006.)

"*HABEAS CORPUS*. ROUBO. INCIDÊNCIA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO VÁLIDA PARA A MAJORAÇÃO DA PENA EM MAIS DE 1/3. MERA MENÇÃO ÀS TRÊS MAJORANTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE DO CRIME E PERICULOSIDADE DO AGENTE. IMPROPRIEDADE DA FUNDAMENTAÇÃO. PACIENTE PRIMÁRIO E SEM ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME SEMI-ABERTO. NOVA SENTENÇA DEVE SER PROFERIDA COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A presença de três causas de aumento pode ensejar a majoração da reprimenda além de 1/3, devido ao maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, contudo, tal orientação não implica em dizer que a simples presença de tais circunstâncias, isoladamente, justifica a exasperação da pena acima do mínimo previsto, em virtude da necessidade de devida fundamentação.

2. O critério para a majoração da pena não é a quantidade de causas de aumento incidentes na espécie, mas circunstâncias relacionadas ao caso, sendo que, na hipótese, verifica-se a falta de qualquer dado concreto na sentença sobre o *quantum* a ser majorado, devendo ela ser reformada e uma nova decisão ser proferida com adequada fundamentação.

3. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação do regime mais rigoroso, quando existirem motivos de fato e de direito a recomendarem tal providência, necessária se faz a pertinente fundamentação em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, o que não se vislumbra no presente caso.

4. Se o condenado preenche os requisitos para o cumprimento da pena em regime diverso do estabelecido, pois primário e sem antecedentes, não cabe a imposição de regime mais gravoso com base em fundamentação referente à gravidade do crime e à sua alegada periculosidade, sem amparo em circunstância fática que justifique tal medida.

5. Resta evidenciada a ocorrência de constrangimento ilegal, ante a efetiva ausência de embasamento legal para a majoração da pena em mais de 1/3, bem como no tocante ao regime prisional indevidamente imposto, o que autoriza o devido saneamento via *habeas corpus*.

6. Ordem concedida para reformar a sentença condenatória, e o acórdão que a confirmou, a fim de que nova decisão seja proferida com adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às três qualificadoras do crime de roubo, mantendo-se a condenação, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para fixar o regime semi-aberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente." (HC n.º 72.359/SP, Rel. Desembargadora. Convocada JANE SILVA, DJ 15/10/2007.)

No caso, conforme já assinalado anteriormente, as instâncias de origem exasperaram a pena acima do mínimo legal sem qualquer motivação concreta, razão pela qual a ordem deve ser concedida para que a reprimenda imposta ao paciente seja majorada em apenas 1/3 (um terço).

Ressalte-se que a matéria encontra-se sumulada por esta Corte - Súmula n.º 443 -, *in verbis*:

"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."

Desse modo, fica superada a alegação acerca do afastamento do acréscimo pela arma de fogo, em decorrência da ausência de sua apreensão, visto que a exacerbação pelas causas de aumento de pena - emprego de arma e concurso de agentes - já será reformulada para o mínimo legal.

Assim, conservo a pena-base aplicada pelo Juízo *a quo*, a saber, 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa, bem como a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Majoro a reprimenda em 1/3 (um terço) pela presença de duas causas de aumento - emprego de arma e concurso de agentes -, tornando-a em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e a multa em 14 (catorze) dias-multa. Acresço a sanção pelo concurso formal em 1/6 (um sexto), estipulando-a em 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão, e pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal.

Relativamente à fixação do regime carcerário, veja-se o disposto no § 3º do art. 33 do Estatuto Repressivo, que faz menção ao exame das circunstâncias judiciais, *in verbis*:

"Art. 33.

§ 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."

De fato, é de ver que, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, no caso, deveu-se à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como à reincidência, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o artigo 59, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, não incide sequer a Súmula n.º 269 desta Corte na situação ora em apreço, visto que somente "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Verificada a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado reincidente, inviável a fixação de regime menos severo do que o fechado, afastando-se a aplicação do enunciado da Súmula n. 269 desta Corte.

2. Pela mesma razão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que não atendido o requisito previsto no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

3. Ordem denegada."

(HC 96909/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 22/06/2009)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (2 ANOS E 8 MESES). REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA CORPORAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Ao contrário do alegado pelo paciente, a reincidência não foi considerada em duas fases distintas da fixação da pena. Com efeito, a pena-base foi majorada em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente pelos maus antecedentes e pela personalidade do paciente voltada para o crime, haja vista a existência de vários processos por crimes contra o patrimônio. Já na segunda fase é que a reincidência foi levada em consideração, como agravante.

2. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como se tratando de réu reincidente, não há qualquer ilegalidade ou abuso na fixação de regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

3. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial."

(HC 92533/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20/10/2008)

"PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. AGRAVAMENTO. POSSIBILIDADE.

1 - Fixada a pena base acima do mínimo legal, em virtude de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a imposição de regime inicial mais gravoso, no caso o fechado.

2. Assim, ausente patente ilegalidade, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *habeas corpus*.

3 - Ordem denegada."

(HC 113.688/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.

1. A pretensão absolutória, por demandar inevitável incursão no conjunto fático-probatório, não se mostra compatível com a via estreita do *habeas corpus*.

2. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, antecedentes e consequências do crime - autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

3. Ordem denegada."

(HC 69.527/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 23/05/2011)

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS DO ART. 44, § 3º, DO CP. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO-RECOMENDÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. É certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de reincidência genérica. Todavia, determina em tal hipótese a observância de que, em face da condenação anterior, 'a medida seja socialmente recomendável', conforme determina o art. 44, § 3º, do Código Penal.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem afastou a substituição, porque a medida, à luz do § 3º do art. 44 do Código Penal, não se mostrava socialmente recomendável, tendo em vista que o furto imputado ao paciente foi praticado quando este cumpria em regime semi-aberto – obtido por progressão prisional –, a pena imposta pelos delitos anteriores.

3. O enunciado 269 da Súmula do STJ estipula que 'É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.

4. Na hipótese, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal, verifica-se que o paciente não preenche a exigência de todas as circunstâncias judiciais favoráveis para que o regime de cumprimento de pena seja o semi-aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Ordem denegada." (HC 89.002/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 06/10/2008)

Ante o exposto, **concedo em parte** a ordem a fim de diminuir a pena privativa de liberdade do paciente para 7 (sete) anos e 3 (três) meses de reclusão, e a multa para 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal. Mantenho o regime inicial fechado fixado na origem, em virtude da reincidência e da circunstância judicial desfavorável (Processo n.º 050.08.095073-6, Controle n.º 1.754/08, da 12ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP).

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0249750-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 158.218 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17542008

50080950736

990090902035

EM MESA

JULGADO: 04/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LIVIA CORREIA TINOCO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PAULO ROGERIO DA SILVA PEREIRA

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.