



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.518 - SP (2017/0039232-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO FABIANO FACIONE

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTAVA DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS SOB APURAÇÃO. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA DE 1/4 PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO PARA AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DA DUAS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. SÚMULA/STJ 443. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.
3. Não se infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. *In casu*, evidenciada a existência de mais de uma condenação transitada em julgado, tendo havido valoração de títulos distintos na primeira e na segunda fase da dosimetria, não há se falar em *bis in idem*.
4. No que se refere ao pleito de afastamento da agravante da reincidência, é firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (HC 175.538/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Dje 18/4/2013).
5. Este Superior Tribunal de Justiça entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico, como na hipótese em apreço, e, portanto, a pena imposta na segunda etapa da dosimetria não merece reparo. Precedentes.
6. Hipótese na qual a sentença aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço). Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 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."

7. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da fração de aumento de 1/3 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo, mantendo-se, no mais, o teor da sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de maio de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.518 - SP (2017/0039232-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO FABIANO FACIONE

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de **RICARDO FABIANO FACIONE** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos, 4 (quatro) meses e 8 (oito) dias de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (e-STJ, fls. 11-27).

Em seguida, o réu interpôs apelação perante a Corte de origem, que restou desprovida, mantendo-se o inteiro teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 43-48).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "a r. sentença e o v. acórdão que a confirmou submetem o paciente a evidente constrangimento ilegal, porquanto exacerbaram sua reprimenda baseando-se nos seus maus antecedentes e sua suposta reincidência, além da majoração na terceira fase de modo exacerbado e não suficientemente fundamentado"; b) "no apenso de controle de FA e certidão, há indicação de duas condenações, tendo a 70000269-40.2003.8.26.0510 transitado em julgado para o réu em 10/09/2007 e a 7000041-36.2008.8.26.0269, em 29/08/2008"; c) "na segunda fase, indicou o aumento em razão da agravante genérica da reincidência em decorrência da condenação [...] que não foi a utilizada para reconhecimento dos maus antecedentes"; d) "ocorreu *bis in idem*, vedado pela Constituição Federal"; e) "manejou mal a magistrada de primeiro grau os institutos de maus antecedentes e reincidência, posto que, se admitidas tais condenações transitadas em julgado, mas ainda não integralmente cumpridas de forma a ensejar a extinção da punibilidade ainda que sem as certidões de objeto e pé comprobatórias, não há que se aumentar a pena base em razão de antecedentes"; f) "se à época da sentença, não havia nos autos certidão comprovando a reincidência, esta não poderia ser considerada, vez que, aquilo que não foi provado é inexistente. O juiz deve julgar com base no que consta dos autos"; g) "a r. sentença exasperou a pena em 3/8 e não no mínimo de 1/3, sem qualquer fundamentação idônea. De fato, utilizou o argumento de que o aumento deve ser proporcional ao número de causas majorantes presentes" (e-STJ, fls. 1-9).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, para que seja afastada a "elevação da pena-base em razão de maus antecedentes e o aumento na segunda fase da dosimetria da pena com base reincidência sem as certidões de objeto e pé pertinentes, diminuindo a aplicação da majorante do § 2º, do art. 157, do Código Penal, para seu patamar mínimo de 1/3" (e-STJ, fl. 9).

Não foi deduzido pedido de liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 60-66).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.518 - SP (2017/0039232-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO FABIANO FACIONE

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTAVA DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS SOB APURAÇÃO. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO APTO A COMPROVAR A REINCIDÊNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA DE 1/4 PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CARÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO PARA AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DA DUAS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. SÚMULA/STJ 443. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.
3. Não se infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*. *In casu*, evidenciada a existência de mais de uma condenação transitada em julgado, tendo havido valoração de títulos distintos na primeira e na segunda fase da dosimetria, não há se falar em *bis in idem*.
4. No que se refere ao pleito de afastamento da agravante da reincidência, é firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (HC 175.538/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Dje 18/4/2013).
5. Este Superior Tribunal de Justiça entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico, como na hipótese em apreço, e, portanto, a pena imposta na segunda etapa da dosimetria não merece reparo. Precedentes.
6. Hipótese na qual a sentença aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço). Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 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."

7. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da fração de aumento de 1/3 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo, mantendo-se, no mais, o teor da sentença condenatória.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Mais: a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] O réu registra outros envolvimento criminais (apenso de F.A.), ostentando em sua prontuário condenação definitiva, o que configura maus antecedentes.

A condição de reincidente e portador de maus antecedentes da parte ré não foi contestada por sua defesa, sendo que a mais moderna jurisprudência admite, como prova de tal circunstância, a folha de antecedentes do acusado, desde que existam informações sobre a data do trânsito em julgado para as partes, como no caso dos autos.

[...]

Assim, considerando-se os antecedentes do réu, atendendo aos critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 1/6 acima do mínimo legal.

O réu é reincidente, consoante demonstra a informação de fls. 08 da F.A. Do réu (processo n. 7000041-36.2008.8.26.0269), que não foi a utilizada para fins de reconhecimento dos maus antecedentes, pois o réu ostenta mais de uma condenação definitiva.

E a reincidência é específica, o que demonstra o sólido envolvimento do acusado com o delito em tela, praticado com violência ou grave ameaça contra a pessoa, demandando um apenamento mais rigoroso. Assim, o aumento da pena será de 1/4, nesta etapa da dosimetria.

A jurisprudência corrobora o percentual de aumento acima aplicado e a necessidade de punição maior em razão de referida circunstância:

[...]

Pelas causas de aumento de pena reconhecidas, aumento a pena em 3/8.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justifico a fração supracitada pelo fato de, na hipótese concreta, estarem presentes duas causas de aumento de pena. É certo que um delito sobre o qual incide mais de uma causa de aumento de pena é mais grave do que aquele sobre o qual recai apenas uma e assim sucessivamente.

O aumento é variável e deve ser proporcional ao número de causas presentes.

[...]

Mormente no caso dos autos em que as duas majorantes foram fundamentais para o sucesso da empreitada criminosa.

A referente ao emprego de arma de fogo impediu qualquer reação por parte da, ora, vítima e de terceiros, possibilitando, ainda, aos agentes o acesso ao objeto material do assalto e o seu apoderamento com a conseqüente fuga do local dos fatos.

A tocante ao concurso de agentes, além de servir para causar maior intimidação às vítimas, ainda possibilitou a divisão de tarefas, tornando a ação mais rápida e segura, facilitando a vigília dos ofendidos e do local dos fatos, garantindo-se a pronta fuga do local dos fatos" (e-STJ, fls. 22-24).

"[...] As penas foram dosadas com critério, aplicadas acima do mínimo legal, diante dos maus antecedentes (fls. 1/7, do apenso próprio) e da reincidência (fl. 8, do apenso próprio), específica, aliás, o que determinou maior rigor na aplicação. Bem dosada a fração correspondente a duas causas de aumento, suficiente para repreensão e prevenção da conduta; o mesmo se diga quanto ao reconhecimento do concurso formal, pois os agentes, com única ação, subtraíram bens do estabelecimento comercial e da funcionária, individualizados, cientes dessa condição, não merecendo, portanto, qualquer reparo a r. decisão atacada, nem mesmo quanto ao regime prisional eleito para início de desconto da pena corporal, pois o regime fechado é o adequado. Em casos de roubo qualificado, deve ser fixado regime inicial mais severo, pela clara demonstração de periculosidade do agente. No caso, não se perca de vista, os agentes se associaram para roubar, e o fizeram com uso ostensivo de arma de fogo, não se preocupando com as conseqüências do ato. O acusado praticou delito grave, que traz desassossego à sociedade, o que autoriza o encarceramento mais severo na fase inicial do cumprimento da pena corporal" (e-STJ, fl. 48).

Como cediço, não se infere manifesta desproporcionalidade na sanção imposta, porquanto a jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

A esse respeito:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.

4. No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se que, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, "d", do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação."

(HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.

3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de *habeas corpus*.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

5. A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.

6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado."

(HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se)

Nesse contexto, evidenciada a existência de mais de uma condenação transitada em julgado, tendo havido valoração de títulos distintos na primeira e na segunda fase da dosimetria, não há se falar em *bis in idem*.

No que se refere ao pleito de afastamento da agravante da reincidência, é firme a jurisprudência desta Corte de Justiça "no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo, pois, obrigatória a apresentação de certidão cartorária" (HC 175.538/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 18/04/2013).

Ademais, este Superior Tribunal de Justiça entende ser admissível a exasperação em 1/4 quando se tratar de réu reincidente específico, como na hipótese em apreço, e, portanto, a pena imposta na segunda etapa da dosimetria não merece reparo.

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 1 ANO, 5 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AUMENTO JUSTIFICADO DIANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA DO PACIENTE. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E ACUSADO REINCIDENTE ESPECÍFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- **Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabelece os percentuais de fração de diminuição e de aumento que devem ser utilizados. Em decorrência, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a fração de 1/6, mínima prevista para as majorantes e minorantes, deve guiar o julgador no momento da dosimetria da pena, de modo que, em situações específicas, é permitido o aumento superior a 1/6, desde que haja fundamentação concreta.**

- **Hipótese em que a fração de 1/4, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se no fato de ser o paciente reincidente específico, argumento que se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.**

- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula n. 440/STJ.

- Por outro lado, segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

- Hipótese em que, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o paciente possuir circunstância judicial desfavorável justifica a imposição do regime fechado. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 343.706/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016, grifou-se)

"*HABEAS CORPUS*. PORTE DE ARMA DE FOGO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DA PENA EM 1/4 NA SEGUNDA FASE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Consoante a jurisprudência desta Corte, apesar de não estabelecida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 1/4, pois a instância antecedente destacou sua reincidência específica.

3. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 345.687/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016, grifou-se)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/4. REVISÃO. EXCEPCIONALIDADE DA VIA ELEITA. PROPORCIONALIDADE DA EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Em *habeas corpus*, deve ser evitada a modificação da sanção penal imposta pelas instâncias ordinárias, que estão mais próximas dos fatos e são soberanas na análise das provas contidas nos autos, devendo a revisão da pena fixada ser efetivada somente nos casos de flagrante ilegalidade ou teratologia.

3. Na hipótese dos autos, tanto o Juízo de primeiro grau quanto a Corte estadual reconheceram a reincidência específica do paciente e aumentaram a sua pena, com fundamento nessa agravante, na fração de 1/4, em perfeita consonância com a jurisprudência desta Corte.

Precedentes.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 310.003/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016, grifou-se)

Mister se fazer reconhecer, ainda, que o instrumento não foi instruído com cópia da folha de antecedentes criminais. Deveras, em sede de *habeas corpus*, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado.

Ademais, melhor sorte socorre à impetrante quanto à terceira fase da dosimetria.

Com efeito, a sentença aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3 (um terço).

Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 desta Corte:

"O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudescimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Inteligência da Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Com efeito, limitaram-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, o que não consubstancia fundamentação idônea para a majoração da reprimenda em 3/8 (três oitavos). Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 321.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016, grifou-se)

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da fração de aumento de 1/3 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo, mantendo-se, no mais, o teor da sentença condenatória.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0039232-8

HC 389.518 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021106020158260320 20160000768325 21106020158260320 3642015

EM MESA

JULGADO: 16/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO FERREIRA LEITE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RICARDO FABIANO FACIONE

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.