



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.067 - SP (2012/0067292-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA GABRIEL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO JANJACOMO GONÇALVES

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR SEM TRÂNSITO EM JULGADO. ILEGALIDADE. AFASTAMENTO. (3) AUSÊNCIA APREENSÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA. IRRELEVÂNCIA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É imprescindível o trânsito em julgado de condenação anterior, nos termos do artigo 63 do Código Penal, além de outros requisitos (art. 64, I e II, do CP), para que seja reconhecida a agravante da reincidência. Na espécie, não havia transitado em julgado a condenação anterior do paciente.

3. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. Ressalva de entendimento da relatora.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a incidência da agravante da reincidência, bem como reduzir a exasperação da pena pelas majorantes para a fração de 1/3 (um terço), tornando a reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.067 - SP (2012/0067292-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA GABRIEL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO JANJACOMO GONÇALVES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de MARCELO JANJACOMO GONÇALVES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0034885-77.2009.8.26.0114).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, nesses termos:

A autoria também está bem comprovada, apesar da negativa do réu o qual, no entanto, recordou-se ter sido reconhecido pela vítima na delegacia de polícia, à qual compareceu apenas porque acompanhava Reginaldo, indivíduo que constava como procurado.

A vítima, por seu turno, prestou depoimento detalhado e seguro, contando que lavava a calçada quando foi abordada por dois indivíduos, que renderam a ela, seu marido e a faxineira. Os agentes portavam uma única arma e, enquanto o agente de cor branca os vigiava na sala de televisão, o mulato vasculhava os quartos, de onde "pegou todas minhas jóias, da minha filha e o quarto do meu filho ele limpou, levou tudo." (fls. 162 v.).

Antes de fugir, as vítimas e a funcionária foi trancadas em um closet, do qual somente saíram quando o filho do casal chegou para almoçar.

Por fim, repetindo o que já havia feito por ocasião do depoimento na delegacia de polícia, reconheceu o réu pessoalmente em audiência, inclusive demonstrando todo o trauma psicológico sofrido pelo roubo nesse momento.

(...)

Quanto às causas de aumento, ambas devem prevalecer. O depoimento da vítima, reitera-se, é bastante seguro tanto com relação ao segundo agente como também ao fato deles portarem uma única arma, cuja apreensão e perícia não se constituem em pré-requisito para o reconhecimento da causa, uma vez que tal exigência não consta em lei.

Assim, regularmente comprovadas autoria e materialidade, passo a dosar a pena.

Fixo a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, de valor unitário mínimo, por não existirem circunstâncias que autorizem a majoração da pena-base.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Observo, entretanto, que o réu é reincidente, conforme certidão de fls. 157, o que aumenta a pena em 1/6 e a leva para 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa, de valor unitário mínimo.

Presentes, ainda e conforme exposto, as causas de aumento de pena dos incisos I e II, elevo a pena em 3/8, perfazendo 6 anos e 5 meses de reclusão e 15 dias-multa, de valor unitário mínimo, a qual, na ausência de causas de diminuição de pena, torno definitiva. Justifica-se o aumento superior ao mínimo em razão da duplicidade de causas, não sendo razoável dar àquele que age com emprego de arma e concurso de agentes a mesma pena daquele que comete o crime com apenas uma das causas de aumento.

O regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade deverá ser o fechado, em razão da gravidade do crime praticado e da reincidência, mesmas razões pelas quais não poderá o réu recorrer da presente de liberdade, devendo ser recomendado na prisão em que se encontra.

Isso posto, julgo procedente a presente ação e condeno, pela prática do delito previsto no artigo 157, § 2º, I e LI do Código Penal, MARCELO JANJACOMO GONÇALVES, à pena de 6 anos e 5 meses de reclusão, regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 dias-multa, de valor unitário mínimo legal.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

No que tange à aplicação da pena, tampouco merece reparo o *decisum*. Ausentes circunstâncias judiciais a justificar o recrudesimento nos termos do art. 59 do Código Penal, a pena-base foi bem mantida no mínimo legal, em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, no valor mínimo legal.

O réu é reincidente (fls. 157), portanto corretamente elevada a pena em 1/6, em razão da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, para 04 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa, no piso legal.

As vítimas foram categóricas quanto à grave ameaça mediante uso de arma de fogo, de modo que inadmissível o afastamento da causa de aumento vergastada ainda que não tenha sido apreendida. Com efeito, se o depoimento da vítima é hábil para estabelecer a autoria, deve ele possuir a mesma força para comprovar esta causa de aumento e seu poder inibitório (Nesse sentido: STJ - QUINTA TURMA - AgRg nos EDcl no REsp 1011475 RS 2007/0286206-0, Rel: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05.02.2009).

Inegável o concurso de agentes, também diante do firme depoimento das vítimas, incidiu novo aumento das penas considerando-se a presença das qualificadoras previstas no art. 157 § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, que, quantitativa e qualitativamente, recomendaram especial valoração em 3/8, e, ausentes outras causas de aumento ou diminuição, tornando definitivas as penas em 06 anos e 05 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa.

Escoreito, outrossim, o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda, considerando as circunstâncias do crime cometido pelos réus, que agride, de forma intensa, a sociedade ao causar a intranquilidade pelo temor de sofrer agressões físicas nos assaltos, e a repercussão social desse crime decorre da banalização da vida em relação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao patrimônio obtido pelo criminoso.

Do exposto, de rigor a integral manutenção da bem lançada sentença prolatada pelo insigne Juiz JOSÉ GUILHERME DI RIENZO MARREY por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Nega-se provimento ao recurso. (fls. 35-40).

No presente *mandamus*, busca o impetrante seja afastada a agravante da reincidência e a majorante prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, bem como que o aumento da pena decorrente da presença das causas de aumento seja fixado no mínimo legal (um terço).

As informações foram juntadas às fls. 50-71 e 73-81.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 84-97, da lavra do Subprocurador-Geral da República Francisco Xavier Pinheiro Filho, opinando pela parcial concessão da ordem.

Segundo as últimas informações, o paciente já foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 238.067 - SP (2012/0067292-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR SEM TRÂNSITO EM JULGADO. ILEGALIDADE. AFASTAMENTO. (3) AUSÊNCIA APREENSÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA. IRRELEVÂNCIA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É imprescindível o trânsito em julgado de condenação anterior, nos termos do artigo 63 do Código Penal, além de outros requisitos (art. 64, I e II, do CP), para que seja reconhecida a agravante da reincidência. Na espécie, não havia transitado em julgado a condenação anterior do paciente.

3. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. Ressalva de entendimento da relatora.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a incidência da agravante da reincidência, bem como reduzir a exasperação da pena pelas majorantes para a fração de 1/3 (um terço), tornando a reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp, o ajuizamento de revisão criminal, ou, ainda, a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cumprido deixar assentado, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das conseqüências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e conseqüências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc.” (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. *Motivação da sentença condenatória e o habeas corpus perante o Superior Tribunal de Justiça. Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima *et. al.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

De fato, pela análise de fls. 52-58 tem-se que o paciente não possui condenação anterior com trânsito em julgado, sendo os processos anteriores imprestáveis para reconhecimento da agravante da reincidência.

Nesse passo, impende consignar o teor do artigo 63 do Código Penal:

Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que , no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

A propósito, confira-se o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO CONSUMADO E TENTADO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA DATA EXATA DO EVENTO DELITUOSO. REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DO MOMENTO DO TRÂNSITO EM JULGADO EM RELAÇÃO AO DELITO ORA ANALISADO. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO REO. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE QUE SE MOSTRA DEVIDO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Na espécie, a denúncia não estabeleceu a data exata da prática do fato delituoso objeto do presente writ, tendo apenas afirmado que o evento teria ocorrido no ano de 2001, razão pela qual não há como precisar se a condenação sopesada para fins de reincidência, cujo trânsito em julgado é datado de 22/1/2001, teria transitado em julgado antes ou depois do cometimento do delito ora analisado.

2. Não tendo o órgão ministerial declinado na denúncia a data em que o paciente teria praticado o crime de estupro consumado, afirmando apenas que constrangeu a vítima a com ele manter conjunção carnal no ano de 2001, há de ser dada a interpretação mais favorável ao acusado, em homenagem ao princípio do *in dubio pro reo*, o que leva à conclusão de que não se poderia presumir que o trânsito em julgado da condenação sopesada para fins de reincidência necessariamente ocorreu antes do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cometimento do delito que ora se analisa.

3. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena pela reincidência, a jurisprudência desta Corte tem-se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, deve ser devida e concretamente fundamentada, o que não se verifica na hipótese dos autos.

4. Ordem concedida para afastar a agravante da reincidência em relação ao delito de estupro consumado e, quanto ao crime de estupro tentado, diminuir a exasperação da pena pela reincidência à fração de 1/6, tornando a reprimenda do paciente definitiva em 14 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão.

(HC 200.900/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2012, DJe 31/10/2012)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) COM BASE UNICAMENTE NO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE.

1. A presença de duas majorantes no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma), por si só, não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto.

2. No caso, houve a majoração em 3/8 (três oitavos) com base tão somente no número de causas de aumento, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte.

3. Condenação anterior sem trânsito em julgado não pode ser considerada para efeito de reincidência, em observância ao art. 63 do Código Penal.

4. Ordem concedida a fim de, reduzida para 1/3 (um terço) a exasperação decorrente da causa de aumento, diminuir as reprimendas dos pacientes para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 13 (treze) dias-multa.

(HC 175.152/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010)

Portanto, incabível a consideração de condenações anteriores sem trânsito em julgado para o reconhecimento da reincidência, sendo, de rigor, na espécie, afastar a incidência da referida circunstância agravante.

Em relação à irresignação - vício na aplicação da causa de aumento relativa ao emprego de arma -, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Embora ressaltando meu ponto de vista, e passo à análise do caso concreto.

Neste *mandamus*, o conjunto probatório coligido aos autos destaca a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência da causa de aumento por meio de prova oral, visto que a vítima afirmou que houve emprego de arma.

Desse modo, em conformidade com o acordado no EREsp n.º 961.863/RS, a prova oral juntada aos autos seria suficiente para ensejar a aplicação da causa de acréscimo em apreço, inexistindo qualquer constrangimento ilegal a ser reconhecido.

O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes, como procedido *in casu*.

Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

5. Ordem denegada. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a reprimenda do Paciente para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 18 (dezoito) dias-multa.

(HC 183.131/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010)

HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO AGRAVADO. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 1/2 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTE STJ. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de três causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a Corte de origem manteve a fração de 1/2 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula 443 deste STJ.

3. Ordem concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 1/2 (metade) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda do paciente para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.

(HC 160.643/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA DO ALEGADO. MINORAÇÃO DO ACRÉSCIMO PELA AGRAVANTE. INCIDÊNCIA. 2. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS ADVERSOS. ARGUMENTOS INADEQUADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. 3. PERSONALIDADE. VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 4. NOVO DELITO PRATICADO QUANDO EM REGIME ABERTO. REGRESSÃO CARCERÁRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE. 5. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. Não há nos autos documentação comprobatória suficiente para a aferição do alegado constrangimento ilegal sofrido acerca dos antecedentes e da reincidência de um dos paciente, devendo, contudo, o acréscimo pela agravante ser minorado, ante o princípio da proporcionalidade.

2. Considerar a culpabilidade, as consequências e as circunstâncias como desfavoráveis não é possível, em virtude da fundamentação inidônea empregada, sob as assertivas de que os acusados "tinham plena consciência da ilicitude de suas condutas" e que essas circunstâncias "lhes prejudicam".

3. Mencionar que a personalidade é voltada para a prática delituosa não basta para negar a referida circunstância judicial, pois não foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expostos dados concretos, retirados do delito em apreço, utilizados pelo acusado na consecução do intuito delitivo.

4. Terem os pacientes cometido o delito enquanto cumpriam pena no regime aberto, não desmerece a conduta social, pois a punição pelo ocorrido é a regressão de regime carcerário do apenado, não devendo, novamente, em sede de aplicação da reprimenda pelo novo delito, ter como desfavorável a dita circunstância judicial, eis que caracteriza uma dupla punição, incidindo, assim, em inaceitável bis in idem.

5. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) 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.

6. Ordem parcialmente concedida para reduzir as reprimendas.

(HC 128.368/MS, minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

Tal entendimento cristalizou-se na Súmula n.º 443 - STJ, *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.

Na sequência, dada a ilegalidade do acréscimo de 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, tal aumento deve se dar no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Assim, mantenho a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, bem como afasto o acréscimo da pena pela agravante da reincidência. Na terceira fase da dosimetria, exaspero a pena em 1/3 (um terço), tornando a reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, a fim de afastar a incidência da agravante da reincidência, bem como reduzir a exasperação da pena pelas majorantes para a fração de 1/3 (um terço), tornando a reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0067292-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 238.067 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20110000208910 348857720098260114 9282009

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA GABRIEL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO JANJACOMO GONÇALVES

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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.