



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.781 - SP (2009/0182226-5)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR
IMPETRANTE : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL REGIS FARIAS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONSIDERAÇÃO DE PROCESSOS PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 444/STJ). EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. CARACTERIZAÇÃO DE REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. INVIABILIDADE. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Nos termos da Súmula 444/STJ, processos penais em andamento não podem ser utilizados para majorar a pena-base.
2. Evidenciado que o paciente possui uma única condenação definitiva, o aumento da pena-base consistente em maus antecedentes e a agravação da reprimenda, na segunda fase, pela reincidência configuram inegável *bis in idem*.
3. Ordem concedida para fixar a pena-base no mínimo legal, ficando a reprimenda redimensionada em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.
Brasília, 06 de setembro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.781 - SP (2009/0182226-5) (f)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Rafael Regis Farias**, no qual se alega constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Narram os autos que o Juízo da 28ª Vara Criminal da comarca de São Paulo/SP, em 12/5/2008 (fl. 20), condenou o paciente às penas de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e de 18 dias-multa, pela prática do crime de roubo circunstanciado (art. 157, § 2º, II, do CP - Autos n. 050.07.091896-1). Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso (Apelação n. 990.08.174067-2), mantendo a condenação imposta ao paciente.

Daí a presente impetração, em que a defesa alega constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base, com fundamento em maus antecedentes, consistentes em um processo em andamento e uma condenação definitiva, que também foi utilizada para configurar a agravante da reincidência. Sustenta que o Tribunal de origem negou provimento ao recurso ali interposto pela defesa por entender que a majoração da pena, na primeira e na segunda fase da dosimetria, decorre de fatos distintos, sem se ater ao fato de que o paciente possui uma única condenação definitiva e de que processos penais em andamento não podem ser considerados para a majoração da sanção na primeira fase. Postula, portanto, a concessão da ordem para que seja fixada a pena-base no mínimo legal.

Não houve pedido liminar.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem em parecer assim ementado (fl. 44):

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. ARTIGO 61, I, DO CP. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. PROCESSOS DISTINTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 147.781 - SP (2009/0182226-5) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A ordem merece ser concedida.

Conforme se observa dos autos, o magistrado singular procedeu à dosimetria da pena do paciente nos seguintes termos (fls. 18/19):

[...]

Provadas a autoria e materialidade do crime, não há como se deixar de condenar os réus, ambos do registro de antecedentes criminais; Rodrigo, [...] Rafael, por sua vez, processado por roubo (fato: 1º/04/03 - 23ª V. Crim., fls. 120) e que, no curso do processo, denunciado por violação de direito autoral (fato: 04/04/07 - 7ª V. Crim., fls. 114) e no gozo de livramento condicional (27/06/06 - fls. 26), voltou a ser preso em flagrância, por persistir na prática de crime contra o patrimônio.

Esse conjunto de fatores desfavoráveis aos réus, revela má índole, o que justifica sejam adotadas como base, dentro dos limites estabelecidos no art. 157, caput, do Código Penal (reclusão, 4 a 10 anos, e multa), as penas mínimas, acrescidas de 1/4 (4+1 ano recl; 10 + 2 d.m.). Sobre as penas base (5 anos reclusão; 12 d.m.), incide a circunstância agravante de Rodrigo (fls. 122 e 124) e Rafael (fls. 120) serem reincidentes (art. 61, I, c/c art. 64, I, ambos do CP). Rafael não confessou a autoria do roubo, mas sim, de furto simples; tampouco demonstrou o mínimo de arrependimento, procurando justificar seu ato, com versão que beira a ironia. Consequentemente, não há como ser reconhecida circunstância atenuante. Considerando que a única circunstância agravante se refere a fatos ocorridos há mais de 4 anos, nada justifica acréscimo superior a 1/6. Sobre o resultado (5 anos e 10 meses; 14 d.m.), incide única causa de aumento para as penas de roubo (art. 157, do CP); ter o crime sido praticado mediante o concurso de dois agentes (§ 2º, II), impondo-se, assim, acréscimo mínimo de 1/3. O novo resultado (6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão; 18 d.m.) se torna definitivo, para os dois réus, por não existirem circunstâncias atenuantes ou agravantes, nem causas especiais para o aumento ou para a diminuição das penas, ainda por ser consideradas.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a dosimetria efetuada pelo magistrado singular sob os seguintes fundamentos (fls. 34/35):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

As penas foram corretamente fixadas, de acordo com as circunstâncias judiciais dos artigos 59 e 60, do Código Penal, inicialmente 1/4 acima do mínimo legal, ou seja, 05 anos de reclusão e 12 dias-multa, em razão dos maus antecedentes ostentados por ambos. Na sequência, foram aumentadas em 1/6, pelas reincidências, alcançando 05 anos e 10 meses de reclusão e 14 dias-multa. Por fim, foram acrescidas de 1/3 pela qualificadora do concurso de agentes, totalizando 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, mais o pagamento de 18 dias-multa, tornada definitiva à míngua de elementos modificadores (164/165).

Anoto que a fixação da pena base acima do mínimo legal pelos maus antecedentes e a elevação posterior pela reincidência não caracteriza *bis in idem*, tendo em vista serem os fatores oriundos de condenações distintas.

[...]

No entanto, da detida análise dos autos, observa-se que o paciente possui apenas uma condenação definitiva, razão pela qual o aumento decorrente de maus antecedentes e de reincidência não deveria ter ocorrido. Primeiro, porque, nos termos da Súmula 444/STJ, processos penais em andamento não podem ser utilizados para majorar a pena-base; segundo, porque, nos termos da jurisprudência dominante, a existência de uma única condenação definitiva não pode ser utilizada para majorar a pena-base a título de maus antecedentes e caracterizar a agravante da reincidência, sob pena de configurar inegável *bis in idem*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. CARACTERIZAÇÃO. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. INADEQUAÇÃO SOCIAL DEMONSTRADA. DOSIMETRIA. ILEGALIDADES. CONSTATAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE E APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA EM RAZÃO DA MESMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

5. Nos termos de pacífica jurisprudência, processos criminais em curso não podem ser utilizados para valorar negativamente os maus antecedentes (Súmula n.º 444 do Superior Tribunal de Justiça).

6. Igualmente, conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem ser utilizados como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento para majoração da pena-base a título de personalidade voltada para o crime.

7. Há ocorrência de *bis in idem* quando se utiliza a primeira condenação do Paciente, referente ao delito de porte de drogas para consumo próprio, a fim de valorar negativamente a circunstância judicial da personalidade e também para aplicar a agravante genérica da reincidência.

8. Ordem denegada. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de fixar a pena-base no mínimo legal, nos termos explicitados no voto e, em consequência, reduzir o quantum total da reprimenda para 1 (um) ano 1 (um) mês de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, mantido o regime inicial semiaberto.

(HC n. 113.645/RJ, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 22/11/2010 – grifo nosso)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E FALSA IDENTIDADE. PEDIDOS DE CANCELAMENTO DA CONDENAÇÃO PELO ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL E REDUÇÃO DA PENA, PELO TRÁFICO, AO MÍNIMO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A condenação relativa ao delito previsto no artigo 307 do Código Penal deve ser cancelada, porquanto é entendimento desta Corte Superior de que não caracteriza esse delito a conduta do agente que, para omitir maus antecedentes, se atribui falsa identidade.

2. Na dosimetria da pena, a condenação ostentada pelo paciente foi considerada como maus antecedentes e reincidência, a caracterizar "bis in idem", pelo que se cancela o aumento referente a maus antecedentes.

3. [...]

4. Ordem concedida, em parte, para reduzir a pena pelo crime de tráfico a seis anos de reclusão e ao pagamento de seiscentos dias-multa; e para cancelar a condenação relativa ao delito previsto no artigo 307 do Código Penal, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

(HC n. 139.843/MS, Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, DJe 23/5/2011 – grifo nosso)

PENAL. FURTO. PENA-BASE. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS SEM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SAÚDE PÚBLICA.

1. A existência de processos anteriores, sem trânsito em julgado, não legitima aumento da pena-base pelo veio dos antecedentes e da personalidade. Aplicação da Súmula 444 deste Superior Tribunal de Justiça.

2. Considerações acerca da saúde pública, com vistas a fundamentar a pena-base nos tópicos da culpabilidade e dos motivos do crime, ensejam indevido *bis in idem*, tratando-se, como na espécie, de tráfico de entorpecentes, pois é justamente o bem jurídico protegido pelo próprio tipo penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Ordem concedida para reduzir a pena ao mínimo legal (05 anos de reclusão).
(HC n. 132.491/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 3/11/2010 – grifo nosso)

À míngua de elementos que justifiquem a majoração da pena-base, esta deve ser fixada no mínimo legal.

Passa-se, então, ao redimensionamento da pena. Fixada a pena-base no mínimo legal de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, exaspero-a em 1/6 pela agravante da reincidência, ficando a reprimenda provisoriamente fixada em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa. Exaspero-a em 1/3 pela causa de aumento do concurso de duas pessoas, tornando-a definitiva em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa, no valor fixado pelas instâncias ordinárias. Não altero o regime inicial de cumprimento da pena, dada a reincidência do paciente.

Ante o exposto, **concedo** a ordem a fim de fixar a pena-base no mínimo legal, ficando a reprimenda redimensionada nos termos do voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0182226-5

HC 147.781 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 17382007 50070918961 990081740672

EM MESA

JULGADO: 06/09/2011

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES DE SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL REGIS FARIAS

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

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.