



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 133.800 - MS (2009/0069053-9)**

RELATORA : **MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EMERSON DA CRUZ TEODORO (PRESO)
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA. MAUS ANTECEDENTES. *REFORMATIO IN PEJUS*. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUMENTO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE QUALIFICADORAS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O magistrado sentenciante deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o julgador, inobservando o critério trifásico, de forma desordenada e em fases aleatórias, majorar a pena-base fundando-se nos elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Incorre em *reformatio in pejus* o acórdão de apelação que, julgando recurso exclusivo da Defesa, embora utilizando-se de condenação transitada em julgado, que não foi utilizada para efeito da reincidência, reconhece mau antecedente que não foi mencionado pela sentença condenatória.

4. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.

5. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea quando da fixação da pena.

6. A presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

7. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão ora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atacado e a sentença condenatória, na parte relativa à individualização da pena-base e à majoração da reprimenda em razão das causas de aumento, fixar a pena do ora Paciente em 06 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 09 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 1º de junho de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 133.800 - MS (2009/0069053-9)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EMERSON DA CRUZ TEODORO (PRESO)
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EMERSON DA CRUZ TEODORO, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul que, negando provimento ao apelo defensivo, manteve a condenação do ora Paciente à pena de 10 anos e 03 meses de reclusão, em regime fechado, pelo crime de roubo qualificado.

Sustenta a Impetrante, em suma, constrangimento ilegal decorrente da fixação de pena-base acima do mínimo, sem a devida fundamentação, e pela não aplicação da atenuante da confissão espontânea.

Pugna, assim, pela diminuição da pena-base para o mínimo legal e pela compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

Requer, ainda, a intimação pessoal "*de todos os atos processuais*" (fl. 12), nos termos das Leis Complementares n.º 80/94 e 111/05.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 62/63.

Estando os autos devidamente instruídos, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 66/70, opinando pela concessão da orem para "*anular o acórdão a fim de outro seja proferido em atenção aos princípios de ne bis in idem e da proporcionalidade*".

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 133.800 - MS (2009/0069053-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO APRESENTADA. MAUS ANTECEDENTES. *REFORMATIO IN PEJUS*. PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUMENTO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE QUALIFICADORAS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O magistrado sentenciante deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o julgador, inobservando o critério trifásico, de forma desordenada e em fases aleatórias, majorar a pena-base fundando-se nos elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Incorre em *reformatio in pejus* o acórdão de apelação que, julgando recurso exclusivo da Defesa, embora utilizando-se de condenação transitada em julgado, que não foi utilizada para efeito da reincidência, reconhece mau antecedente que não foi mencionado pela sentença condenatória.

4. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador.

5. A reincidência, nos termos do art. 67 do Código Penal, é circunstância preponderante, que prevalece sobre a confissão espontânea quando da fixação da pena.

6. A presença de mais de uma causa de aumento de pena no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação.

7. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão ora atacado e a sentença condenatória, na parte relativa à individualização da pena-base e à majoração da reprimenda em razão das causas de aumento, fixar a pena do ora Paciente em 06 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 09 dias-multa.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A ordem comporta parcial concessão.

Busca o Impetrante a concessão da ordem *"para aplicar a pena base no mínimo legal, ou então, próximo ao mínimo, compensar a atenuante da confissão com a agravante da reincidência e, por fim, a redução da quantia aumentada da pena devida as qualificadoras"* (fl. 11).

Inicialmente, cumpre ressaltar que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado em sede de *habeas corpus* o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

No caso, o Juízo de Direito da Comarca de Naviraí/MS, assim fundamentou a individualização da pena do Paciente, *in verbis*:

"Émerson é reincidente visto que já foi condenado por este Juízo em 2005 como faz ver a certidão de fls. 73.

[...]

Altamente reprovável sua conduta pois o crime de roubo a mão armada é gravíssimo. Culpável sua ação pois, podendo agir de outro modo não o fez. Não é primário registrando antecedentes. Não é boa sua conduta social pois vive na marginalidade, cometendo crimes, sem trabalhar, sem estudar, sem ser útil ao próximo. Personalidade visivelmente defeituosa com propensão a prática de crimes. Motivo(s) normal(is) para a(s) espécie(s) delitiva(s). Circunstâncias lhe prejudicam pois invadiu a casa da vítima em plena madrugada, colocando não só ela mas também seus filhos menores em efetivo risco de vida. Consequências normais. Comportamento da vítima irrelevante.

Diante de tais circunstâncias, fixo-lhe a pena-base em 07(sete) anos de reclusão e 10(dez) dias/multa. Considerando o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, sendo esta preponderante, fazendo-se a necessária compensação, agravo a pena corporal em 4(quatro) meses. Sendo duas as qualificadora reconhecidas, aumento a pena corporal em 2/5(dois quintos).

Queda-se a pena definitiva em 10(dez) anos e 03(três) meses de reclusão e 10(dez) dias/multas.

Devido a quantidade da pena e os antecedentes o réu não tem direito a qualquer benefício legal e deverá iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, não podendo recorrer em liberdade." (fl. 19)

O Tribunal de Justiça sul-mato-grossense manteve a reprimenda aplicada, ao negar provimento ao apelo defensivo, aduzindo o seguinte:

"Quanto ao alegado bis in idem, não tem razão o recorrente. Isso porque a certidão de antecedentes criminais (f. 72-74)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprova que o apelante, dentre os diversos incidentes criminais, possui duas condenações com trânsito em julgado, não havendo nenhuma ilegalidade o fato de o juiz ter levado em consideração umas delas como circunstância judicial e a outra, na segunda fase, como agravante da reincidência.

[...]

Também não tem como ser acolhida a pretensão da defesa de reduzir o quantum em razão das causas de aumento, sob o argumento de que 2/5 se mostra exacerbado.

[...]

In casu, o aumento equivalente a 2/5 operado na sentença, em função da dupla majorante incidente, não se revela incompatível com as circunstâncias da hipótese concreta.

O delito foi praticado mediante concurso de pessoas (3), uma delas adolescente, e com emprego de uma faca, circunstâncias que, por si sós, são capazes de expandir o poder ofensivo dos agentes, ante a impotência das vítimas, que se sentem ainda mais ameaçadas e incapazes de qualquer ato defensivo.

Dentro desse contexto, em face da gravidade do delito perpetrado, entendo que se mostra justificado o aumento, equivalente a 2/5, pela incidência das duas majorantes, sem nenhuma violação ao princípio da proporcionalidade.

Frisa-se, ademais, que a quantidade de exasperação adotada encontra respaldo na jurisprudência do Pretório Excelso, que tem admitido até mesmo a elevação máxima nas hipóteses de dupla majorante, observado o grau de reprovabilidade da conduta, como se vê dos seguintes precedentes:" (fls. 56/59)

Percebe-se a clara inobservância do critério trifásico para a fixação do *quantum* da pena reclusiva, que se constitui em insanável nulidade. Evidentemente, o magistrado pode majorar o montante da pena dentro dos limites legais, mas deve fazê-lo em estrita obediência ao regramento estabelecido no art. 68 do Código Penal, devendo, a cada etapa, ser pormenorizadamente motivada com dados concretos.

Com efeito, individualizar a pena é função do julgador consistente em aplicar, depois de examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

Como parâmetro inicial, o Juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar as circunstâncias judiciais do art. 59, as agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, para, ao final, impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer.

O Juízo da condenação fixou a pena-base 03 anos acima do mínimo legal, diante da gravidade abstrata do crime de roubo qualificado pelo emprego de arma, porque entendeu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis os antecedentes, a conduta social e a personalidade do réu, com fundamento em sua reincidência e outras anotações penais, bem como as circunstâncias do crime, praticado no interior da residência das vítimas durante o repouso noturno.

Pois bem, embora o crime de roubo qualificado seja realmente grave, é descabido majorar a pena-base fundando-se nos elementos constitutivos do próprio tipo, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

A análise das circunstâncias judiciais, quanto à personalidade e a conduta social do agente também está a merecer reparos.

Ora, esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a aferição da personalidade do criminoso somente é possível se existem, nos autos, elementos suficientes e que efetivamente possam levar o julgador a uma conclusão segura sobre esse respeito. Assim, no caso, é indevida a valoração negativa da personalidade do agente de modo de sustentar a exasperação da pena-base.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. CONDUTA SOCIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL FACE À EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO POR CRIME DIVERSO, POSTERIOR AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME ABERTO.

*I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**).*

II - In casu, verifica-se que o v. acórdão objurgado carece, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível, não existindo argumentos aptos a justificar a fixação da pena-base no patamar indicado.

III - Com efeito, não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

IV - Condenação por crime diverso, posterior aos fatos descritos na denúncia, não pode ser considerada como indicativo de má conduta social.

V - Finalmente, atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

Habeas corpus concedido." (HC 136.685/RS, 5.^a Turma, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FELIX FISCHER, DJ de 07/12/2009.)

Destarte, conforme entendimento desta Corte, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de maus antecedentes, má conduta social e personalidade voltada para o crime.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO. FATO CRIMINOSO COMETIDO DURANTE O PROCESSO. MAUS ANTECEDENTES. PERSONALIDADE DO AGENTE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A existência de inquéritos e ações penais em andamento não pode constituir fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, da conduta social ou da personalidade do agente, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade.

2. 'Não podem ser consideradas como maus antecedentes, aptos a majorar a pena-base, condenações cujos fatos geradores ocorreram posteriormente aos narrados na denúncia' (HC 97.504/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe de 13/10/08).

3. Ordem parcialmente concedida para declarar a nulidade parcial da sentença no tocante à reprimenda imposta ao paciente e determinar ao Tribunal de origem que proceda o redimensionamento da pena-base, analisando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa nos termos do art. 44 do CP e o regime inicial de cumprimento da pena." (HC 130.235/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 29/06/2009.)

"PENAL – HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES. DOSIMETRIA DA REPRIMENDA. CONSIDERAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES COM BASE EM PROCESSO INSTAURADO SEM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE JÁ OCORRIDA PELO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DE SURSIS PROCESSUAL EM RELAÇÃO AO DELITO ANTERIOR. EQUIVOCADOS ANTECEDENTES TAMBÉM CONSIDERADOS COMO MÁ CONDUTA SOCIAL. PERSONALIDADE QUE TEVE COMO BASE PRESUMIDO CRIME ANTERIOR – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO TOMADA CONTRA O RÉU. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS GRAVOSO QUE O PERMITIDO PELO QUANTITATIVO DA PENA E PELA CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – AUSÊNCIA DE REINCIDÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1- As decisões judiciais devem ser cuidadosamente fundamentadas, principalmente na dosimetria da pena, em que se concede ao Juiz um maior arbítrio, de modo que se permita às partes o exame do exercício de tal poder.

2- Inquéritos policiais e ações penais em andamento, e causas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extintivas pelo cumprimento das condições do sursis processual não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo.

3- A dupla consideração de um mesmo fato para circunstâncias judiciais diversas constitui odioso bis in idem, repudiado pela doutrina e jurisprudência,

4- O regime de cumprimento da pena não pode levar em consideração a gravidade abstrata do crime, mas o quantitativo da pena imposta e a correta análise das circunstâncias judiciais, além de eventual reincidência, sob pena de se chegar a regime mais gravoso que o previsto em lei.

5- Ordem concedida para anular parcialmente a decisão, no que se refere a dosimetria da punição e ao regime de cumprimento da pena privativa de liberdade recomendando-se o reexame da possibilidade substitutiva da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, depois de criteriosamente analisadas as circunstâncias judiciais." (HC 91.135/PB, 6ª Turma, Rel. Min. JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJ de 10/03/2008.)

É necessário ressaltar, ainda, que a sentença condenatória, para reconhecer os maus antecedentes do réu, considerou a anotação de inquéritos e processos em andamento, o que, nos termos da jurisprudência desta Corte, não serve de fundamento para agravar a pena-base, em observância ao princípio da presunção de inocência.

Outrossim, embora o Tribunal *a quo* tenha reconhecido a existência de maus antecedentes porque o Paciente possui mais de uma condenação transitada em julgado, não poderia fazê-lo em recurso exclusivo da Defesa, sob pena de *reformatio in pejus*, visto que tal circunstância não foi sequer mencionada pela sentença condenatória.

Resta válido, entretanto, o aumento da pena-base decorrente das circunstâncias do crime, visto que o Paciente "*invadiu a casa da vítima em plena madrugada, colocando não só ela mas também seus filhos menores em efetivo risco de vida*", o que certamente traz maior reprovabilidade à sua conduta.

Portanto, como devidamente valorados em desfavor do Paciente, nos termos do art. 59 do Código Penal, apenas as circunstâncias do crime, a pena-base deve ser reduzida, em *quantum* proporcional ao afastamento das circunstâncias judiciais negativas referentes aos antecedentes, à personalidade e à conduta social do Paciente.

Das quatro circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas pela instâncias ordinárias restou apenas uma, dessa forma, o aumento da pena-base, proporcionalmente, deve ser diminuído, restando fixada a reprimenda inicial em 04 anos e 09 meses de reclusão e 07 dias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

multa.

Na segunda fase de dosimetria da pena, o Juiz de primeiro grau, corretamente, majorou a pena em 04 meses, porque reconheceu a circunstância atenuante referente à confissão espontânea e a agravante da reincidência.

O Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes.

Contudo, a jurisprudência desta Corte já pacificou o entendimento de que a circunstância agravante da reincidência, prevista no art. 61, inciso I, do Código Penal, deve prevalecer na hipótese de concurso com a circunstância atenuante da confissão espontânea na dosimetria da pena, nos termos do art. 67 do Estatuto Repressivo.

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE. OBRIGATORIEDADE. REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DUAS MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. EXASPERAÇÃO DO AUMENTO DA PENA SEM FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Eventual constrangimento ilegal na aplicação da pena, passível de ser sanado por meio de habeas corpus, depende, necessariamente, da demonstração inequívoca de ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal, de ausência de fundamentação ou de flagrante injustiça.

2. Conforme entendimento pacificado no âmbito deste Tribunal, configura-se a confissão espontânea tão-somente pelo reconhecimento em Juízo da autoria do delito, sendo irrelevante que não tenha restado outra alternativa para o agente. Ressalva do ponto de vista do relator.

3. O entendimento firmado pela Quinta Turma do STJ é no sentido de que a agravante da reincidência deve ser considerada como circunstância preponderante, atendendo ao disposto no art. 67 do Código Penal, quando em concurso com a atenuante da confissão espontânea.

4. [...]

7. Ordem concedida para reduzir a reprimenda para 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 12 dias-multa." (HC 101.005/SP, 5.ª Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Dje de 01/09/2008.)

"HABEAS CORPUS. PENA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE SOBRE A ATENUANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM DENEGADA.

1. A agravante da reincidência prevalece sobre a atenuante da confissão espontânea, não podendo, especialmente diante das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

particularidades do caso em questão, gerar a diminuição da pena ou a compensação (art. 67 do Código Penal). 2. Ordem denegada." (HC 90.552/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 19/05/2008.)

Quanto à terceira fase de fixação da pena, foram reconhecidas as causas especiais de aumento de pena previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, motivo pelo qual o juízo sentenciante elevou a reprimenda em 2/5 (dois quintos), sem, contudo, especificar as razões do aumento.

Como é cediço, a presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constata a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que, como já assinalado, não ocorrera na espécie.

Assim decidindo, contrariou o entendimento pacificado nesta Corte Superior no sentido de que o percentual aplicado na terceira fase da aplicação da pena deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição Federal).

A propósito:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. AUMENTO DE 3/8 EM RAZÃO DA DUPLA QUALIFICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE QUANTO À NECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO DIANTE DO QUANTUM DA PENA IMPOSTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, § 2.º ALÍNEA B, e § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1. A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se deu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é cabível impor regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

3. Habeas corpus concedido para fixar o aumento pelas duas qualificadoras no mínimo legal e o regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente" (HC 102.447/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 19/12/2008.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DE PENA FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS RECONHECIDAS COMO FAVORÁVEIS. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não há como afastar a causa de aumento decorrente da aplicação do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal, uma vez que a apreensão da arma de fogo utilizada na prática do referido delito é perfeitamente dispensável quando existem outros elementos nos autos capazes de comprovar o efetivo emprego do aludido instrumento.

2. Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) pode agravar a pena em até metade, quando o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, constatar a ocorrência de circunstâncias que indicam a necessidade da elevação da pena acima do mínimo legal.

3. Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma qualificadora, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca (faca ou canivete) e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.

4. In casu, o Tribunal de origem não fundamentou o acréscimo da reprimenda em 3/8, motivo por que o percentual de aumento da pena pelas qualificadoras previstas no art. 157, § 2º, I e II, deve ser fixado em apenas 1/3.

5. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal). Súmulas 718 e 719 do STF.

6. Ordem parcialmente concedida para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses, em regime inicial semi-aberto, e 12 dias-multa" (HC 97.134/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 19/12/2008.)

Portanto, deve ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3 (um terço).

Logo, fixada a pena-base em 04 anos e 09 meses de reclusão, somado o aumento, aplicado em 04 meses na segunda fase, e elevada a reprimenda pelas causas de aumento na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira etapa da individualização da reprimenda, resta o Paciente condenado à pena de 06 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, e 09 dias multa.

A sanção corporal deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, único aplicável à hipótese, nos termos do 33, § 2º, 'c', do Código Penal.

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem para, reformando o acórdão ora atacado e a sentença condenatória, na parte relativa à individualização da pena-base e à majoração da reprimenda em razão das causas de aumento, fixar a pena do ora Paciente em 06 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 09 dias-multa, nos termos acima especificados.

É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0069053-9 **[PROCESSO_ELETRONICO]** **HC 133800 / MS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20080253870 29070054523

EM MESA

JULGADO: 01/06/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : SANDRA REGINA SANTOS DE VASCONCELOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : EMERSON DA CRUZ TEODORO (PRESO)
ADVOGADO : VITOR DE LUCA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília, 01 de junho de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário