



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.419 - SP (2017/0236364-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON CARDOSO DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE : ALEXANDRE DE JESUS RAMOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. POSTERIOR EXASPERAÇÃO DA PENA, NA SEGUNDA FASE, PELA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. INOCORRÊNCIA DO ALEGADO *BIS IN IDEM*. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERSAS CONDENAÇÕES CONSIDERADAS A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA PELA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. PRECEDENTE JULGADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE NO HC N. 365.963/SP. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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 *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Condenações definitivas pretéritas, decorrentes de fatos diversos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

podem ser utilizadas tanto para valorar negativamente os antecedentes, na primeira fase da dosimetria, como para agravar a pena na segunda fase, pela reincidência, sem a configuração de *bis in idem*. Precedentes.

– No caso, o paciente possui diversas condenações transitadas em julgado, sendo uma considerada a título de reincidência, não havendo ilegalidade na utilização das demais na primeira fase, como maus antecedentes.

– A revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

– Ademais, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas, a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, não há impedimento a que "*o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto*" (AgRg no REsp 143071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015). Além dos maus antecedentes, destacou o Tribunal *a quo* elementos concretos que revelaram a extrema ousadia e audácia da ação criminoso perpetrada pelo autor, a justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

– A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

– Hipótese em que a fração de 1/3, utilizada para agravar a pena na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas na reincidência específica dos pacientes, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal, motivo pelo qual deve a pena ser agravada, agora, na usual fração de 1/6.

– 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 - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

– Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão da quantidade de majorantes, sem fundamentação baseada em circunstâncias que desbordem do tipo penal circunstanciado, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

– Quanto ao regime, tendo em vista o patamar de pena aplicada e a reincidência dos pacientes, inviável a aplicação de regime inicial diverso do fechado, consoante o disposto no art. 33, § 2º do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas para 10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e 38 dias-multa para o paciente Edson Cardoso de Souza; e 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa para o paciente Alexandre de Jesus Ramos, mantidos os demais termos da condenação.

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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 23 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.419 - SP (2017/0236364-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDSON CARDOSO DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE : ALEXANDRE DE JESUS RAMOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de EDSON CARDOSO DE SOUZA e ALEXANDRE DE JESUS RAMOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0027466-57.2016.8.26.0050.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, pelo juízo singular, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, às penas de 12 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 45 dias-multa (Edson Cardoso de Souza) e 7 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 18 dias-multa (Alexandre de Jesus Ramos) (fls. 17/27).

Irresignada, apelou a defesa dos pacientes. O Tribunal de origem, ao analisar os recursos, proveu parcialmente a apelação interposta por Edson, reduzindo a pena aplicada para 12 anos e 10 meses de reclusão, e 30 dias-multa, e negou provimento ao apelo interposto por Alexandre, conforme acórdão de fls. 28/52.

A defesa sustenta, no presente *writ*, a ocorrência de constrangimento ilegal no aumento da pena-base, para o paciente Edson, pela valoração negativa dos maus antecedentes e, posteriormente, pela reincidência, pois *a alegação de ser possível a valoração em face da reincidência e dos maus antecedentes quando derivados de processos diversos não merece guarida, visto que todas as condenações definitivas anteriores são acontecimentos que compõem a vida pregressa do agente, fato este considerado duas vezes na fixação da pena, violando, portanto, o princípio do non bis* (fl. 4). Aponta, ademais, ser *inegável é que o aumento da pena-base em três anos em razão somente de maus antecedentes é absolutamente desproporcional* (fl. 6).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à segunda fase da dosimetria, insurge-se contra a exasperação da pena na fração de $1/3$, ao argumento de que *o aumento de $1/6$ (um sexto) na segunda etapa da dosimetria, em razão da presença de uma agravante, revela-se adequado à garantia constitucional da individualização da pena, por estar em consonância com as disposições do Código Penal quanto à aplicação da reprimenda, que colocam as causas de aumento (valoradas na terceira fase) em patamar superior de gravidade em relação às agravantes* (fl. 9).

Na terceira fase, aduz a ausência de fundamentação idônea para a elevação da pena em $3/8$, feita exclusivamente com base na quantidade de majorantes, em desacordo com o entendimento firmado no verbete n. 443 da Súmula desta Corte.

Por fim, aponta que, acolhidos os argumentos acima expendidos, o paciente faz *jus* ao regime inicial mais brando, qual o seja, o semiaberto, nos termos do disposto nos enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a realização de nova dosimetria – fixando-se a pena-base no mínimo legal ou acrescida da fração de $1/6$, incidindo a fração de $1/6$ na segunda fase da dosimetria e de $1/3$ na terceira –, com a aplicação de regime inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 56/58).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício para reduzir a fração correspondente às causas de aumento ao mínimo legal de $1/3$.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 416.419 - SP (2017/0236364-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Requer a defesa a realização de nova dosimetria, com a fixação da pena-base no mínimo legal ou exasperando-a na fração de 1/6, para o paciente Edson; a incidência da fração de 1/6 na segunda fase da dosimetria, pela reincidência, e de 1/3, na terceira, com a aplicação de regime inicial semiaberto.

O Juízo de 1º grau, ao fixar a pena, utilizou os seguintes fundamentos (fls. 23/25):

NELSON é reincidente.

Ademais, possui outras quatro condenações criminais, demonstrando sua personalidade deturpada e criminosa e que faz do crime o seu meio de vida. Assim, nos termos do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 07 anos de reclusão e pagamento de 25



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa.

Diante de sua reincidência, exaspero a pena em 1/3, totalizando 09 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 33 dias-multa.

Pelas causas de aumento do roubo emprego de arma e concurso de agente de rigor a exasperação da pena em 3/8, totalizando 12 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 45 dias-multa. Adoto tal coeficiente de aumento de pena a fim de não equalizar situações desiguais, pois, segundo entendimento jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal, o menor coeficiente de aumento (1/3), deve reservar-se à hipótese de unicidade de causas de aumento, pois há maior grau de reprovabilidade na conduta do agente (STF - HC. 70.900-1 SP Rel. Min. Moreira Alves).

Torno a pena individual definitiva à míngua de outras causas de oscilação, mantendo a unidade do dia-multa em seu mínimo legal, tendo em vista a capacidade contributiva do réu, não comprovadamente abastada.

ALEXANDRE também é reincidente.

Assim, nos termos do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Não há atenuantes.

Diante de sua reincidência, exaspero a pena em 1/3, totalizando 05 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

Pelas causas de aumento do roubo emprego de arma e concurso de agente de rigor a exasperação da pena em 3/8, totalizando 07 anos e 04 meses de reclusão e pagamento de 18 dias-multa. Adoto tal coeficiente de aumento de pena a fim de não equalizar situações desiguais, pois, segundo entendimento jurisprudencial, inclusive do Supremo Tribunal Federal, o menor coeficiente de aumento (1/3), deve reservar-se à hipótese de unicidade de causas de aumento, pois há maior grau de reprovabilidade na conduta do agente (STF - HC. 70.900-1 SP Rel. Min. Moreira Alves).

Torno a pena individual definitiva à míngua de outras causas de oscilação, mantendo a unidade do dia-multa em seu mínimo legal, tendo em vista a capacidade contributiva do réu, não comprovadamente abastada.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, ao analisar o apelo defensivo, consignou (fls.

47/51):

Da dosimetria das penas.

Edson Cardoso de Souza Na primeira fase, a sentença fixou a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

base em 7 anos de reclusão e 25 dias-multa em razão dos maus antecedentes ostentados pelo apelante, o qual ostenta seis condenações definitivas com trânsito em julgado. Ademais, o crime envolveu vítima mulher, tendo ocorrido durante o dia, em plena via pública e com a tentativa de fuga por parte do apelante. Ademais, o crime foi cometido próximo ao Batalhão da Polícia Militar, revelando extrema ousadia e audácia por parte do autor. Conforme se afere do cálculo imposto pela sentença, a mesma exasperou a pena base em $\frac{3}{4}$. Contudo, equivocou-se no montante referente a pena de multa.

Assim, retifico a pena aplicada para 17 dias-multa.

Na segunda fase, em sendo o apelante reincidente específico 50 , exasperou corretamente a pena em 1/3.

Assim, o fato de o apelante, punido por um crime, voltar a delinquir, já é bastante grave, fato que justifica a agravante de reincidência.

Porém, tornar a cometer a mesma infração que já cometera anteriormente mostra maior recalcitrância, autorizando a aplicação de maior fração de aumento pela reincidência.

Neste sentido FRANCESCO CARNELUTTI 51 que ao comentar a reincidência afirma que “atribui a lei particular importância quando se comete o novo delito depois da condenação pelo delito anterior; em tal caso o novo delito demonstra insensibilidade do réu à condenação e, eventualmente, também o castigo”.

Continua CARNELUTTI 52 , comentando as disposições do Código Penal Italiano, que “a reincidência se agrava: a) se o novo delito é da mesma índole que o delito anterior: art. 99, n. 1, Cód. Penal; art. 101, Cód. Penal; a chamada reincidência específica”.

Consigne-se que, segundo JOSÉ FREDERICO MARQUES 53 , “na reincidência específica, estabelece-se a ligação entre dois ou mais crimes praticados pelo agente, não só quando violado, em todos eles, o mesmo dispositivo legal, mas também quando outros fatores de homogeneização possam ser encontrados mostrando que 'os crimes são da mesma natureza”.

É a orientação do Supremo Tribunal Federal de que o aumento pela reincidência específica seja maior que aquele determinado pela reincidência genérica.

“PENAL E PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS.

DOSIMETRIA DA PENA. DELITO DE ESTELIONATO. ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. PRESENÇA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA, NO CASO, ESPECÍFICA. MAJORAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DE 1/6. ADMISSIBILIDADE.

IMPOSSIBILIDADE, ADEMAIS, DE INGRESSAR-SE, NESTA SEDE, NOS CRITÉRIOS EMPREGADOS PARA A DOSIMETRIA DA PENA, SALVO FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRECEDENTES. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DENEGADA. I - O habeas corpus, ressalvadas hipóteses excepcionais, não pode servir para a correção da dosimetria da pena imposta pelo magistrado, mormente se observadas as determinações legais pertinentes ao sistema trifásico de cálculo. II - Ausência de limitação legal quanto ao aumento da pena acima da fração mínima.

III - A reincidência específica é agravante que sempre determina a exacerbação da pena, inclusive em maior grau do que a recidiva genérica, por evidenciar que o réu persiste na senda do crime. IV - Individualização da pena que, no caso, não desbordou dos lindes da razoabilidade e proporcionalidade. V - Ordem denegada” 54 .

A jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pelo maior aumento em razão da reincidência específica.

“A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, e acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o julgado é claro em reconhecer a reincidência específica do paciente, fato que justifica o incremento da pena em 1/3 (um terço)” 55 .

Logo, tratando-se de reincidência específica, mesmo única, impõe-se tratamento diferenciado. Como o entendimento pacífico que uma única reincidência exaspera a pena de 1/6, por ser específica impõe-se o aumento de 1/3.

Portanto, mantém-se o aumento de 1/3 aplicado na sentença.

Ademais, observo que não assiste razão à tese defensiva no sentido de ocorrência de bis in idem por parte da sentença uma vez que a mesma se valeu de condenações diferentes para exasperar a pena na primeira fase em razão dos maus antecedentes e, ainda, exasperar a pena na segunda fase em razão da agravante da reincidência.

Em sendo assim, estabelece-se a pena em 9 anos e 4 meses de reclusão e 22 dias-multa.

Na terceira fase presentes duas causas de aumento consistentes no concurso de agentes e no emprego de arma, a sentença exasperou as penas em 3/8, estabelecendo-as em 12 anos e 10 meses de reclusão e 30 dias-multa.

O uso da faca, por si só, já autoriza o aumento mínimo de 1/3. Embora o número de causas, por si só, não autorize exasperação, não se pode olvidar que roubo praticado em concurso de agentes, com divisão de tarefas e com emprego de faca indica maior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovabilidade em face do maior ataque ao bem jurídico protegido, integridade física e psíquica do agente, dificuldade a defesa da vítima.

Neste sentido é o entendimento do Pretório Excelso.

“A presença de mais de um agente, seja ele maior ou menor de 18 anos, contribui para uma maior intimidação da vítima, o que aumenta, por conseguinte, a gravidade da empreitada criminosa” 56.

Assim mantenho o aumento de 3/8 e torno a pena de 12 anos e 10 meses de reclusão e 30 dias-multa definitiva.

Alexandre de Jesus Ramos.

Na primeira fase, a sentença fixou a pena base no mínimo legal de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa tendo em vista o apelante não ostentar maus antecedentes. Todavia, dada a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena deveria ter sido fixada acima do mínimo legal. O crime envolveu vítima mulher, tendo ocorrido durante o dia, em plena via pública e com a tentativa de fuga por parte do apelante. Ademais, o crime foi cometido próximo ao Batalhão da Polícia Militar, revelando extrema ousadia e audácia por parte do autor. Contudo, ante a ausência de recurso ministerial no tocante, mantém-se a pena fixada.

Na segunda fase, em razão da reincidência ostentada pelo réu 57, a qual é específica no crime de roubo, a sentença exasperou a pena em 1/3, estabelecendo-a em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. De rigor o aumento de 1/3 em razão da reincidência específica conforme já justificado acima.

Na terceira fase, em razão da presença de duas causas de aumento, quais sejam, concurso de agentes e emprego de arma, a sentença exasperou a pena em 3/8, estabelecendo-a em 7 anos e 4 meses de reclusão e 18 dias-multa.

Conforme já exposto acima, em que pese a simples presença de duas causas de aumento não justificar a fixação acima do mínimo, os fatores específicos envolvendo o crime em tela justificam o aumento de 3/8. Assim, torna-se definitiva a pena de 7 anos e 4 meses de reclusão e 18 dias-multa.

Verifica-se, da leitura dos trechos destacados, que as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base do paciente Edson pela valoração negativa dos maus antecedentes e, posteriormente, pela reincidência, em razão da existência de condenações definitivas por processos diversos. Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência firmada nesta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte acerca do tema, segundo a qual *condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos.*

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. VIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA QUE NÃO ENSEJA O INCREMENTO MAIOR QUE A USUAL FRAÇÃO DE 1/6. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. Condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. Precedentes.

3. Nos autos, verifica-se que o paciente possui condenações diversas transitadas em julgado, sendo uma apta a configurar a reincidência, não havendo ilegalidade em utilizar algumas condenações na primeira fase e outra na segunda fase.

4. 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.

5. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do HC n. 365.963/SP, ocorrido em 11/10/2017, firmou a tese de que a reincidência, seja ela específica ou não, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não foi ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito.

6. Hipótese em que a fração de 1/3, utilizado para agravar a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na segunda fase da dosimetria, lastreou-se apenas no fato de ser o paciente reincidente específico, argumento que não se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior, motivo pelo qual deve a pena ser agravada, agora, na usual fração de 1/6. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente (HC 412.781/SP, de minha relatoria, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATA DE PROCESSOS DISTINTOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME ABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Condenações pretéritas podem ser utilizadas tanto para valorar os maus antecedentes na primeira fase, bem como para agravar a pena na segunda fase, a título de reincidência, sem ocorrência de bis in idem, desde que as condenações sejam de fatos diversos. Precedentes.

- Nos autos, verifica-se que o paciente possui condenações diversas transitadas em julgado, sendo uma apta a configurar a reincidência, não havendo ilegalidade em utilizar algumas condenações na primeira fase e outra na segunda fase.

- Deve ser mantido o regime semiaberto, não obstante a pena ser inferior a 4 anos, tendo em vista que o paciente é reincidente.

- Habeas corpus não conhecido (HC 391.993/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES. RECONHECIMENTO TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. POSSE MANSA E PACÍFICA. PRESCINDIBILIDADE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DISTINTAS. UTILIZAÇÃO EM MOMENTOS DIVERSOS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. PACIENTES REINCIDENTES COM CONDENAÇÕES SUPERIORES A 4 ANOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Não se configura bis in idem a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para caracterização de maus antecedentes e reincidência. No caso, o magistrado utilizou condenações diversas para exasperar a primeira e a segunda fase da dosimetria, estando a decisão em consonância com o entendimento desta Corte Superior.*

- *Em que pese a pena-base de um dos pacientes ter sido estabelecida no mínimo legal, tal condição não é suficiente para o estabelecimento de regime menos gravoso, pois ambos os condenados são reincidentes e suas penas reprimendas totais foram fixadas acima de 4 (quatro) anos de reclusão. Além disso, as instâncias ordinárias apresentaram circunstâncias fáticas aptas justificar a imposição de regime mais rigoroso.*

Habeas Corpus não conhecido (HC 209.462/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 12/04/2013).

Ademais, conforme destacado pelo Tribunal *a quo*, Edson ostenta seis condenações definitivas com trânsito em julgado, o crime envolveu vítima mulher, ocorreu durante o dia, em plena via pública, com a tentativa de fuga e foi cometido próximo ao Batalhão da Polícia Militar, revelando *extrema ousadia e audácia por parte do autor*.

Com efeito, a revisão da dosimetria da pena, na via do *habeas corpus*, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

Outrossim, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, não há impedimento a que *"o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto"* (AgRg no REsp 143071/AM, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 6/5/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Evidenciados tais elementos, não se verifica qualquer violação ao princípio da proporcionalidade pela exasperação da pena-base na fração de 3/4, como operado pelas instâncias ordinárias.

Na segunda fase da dosimetria, o Tribunal *a quo* manteve o aumento da pena em 1/3, pela reincidência específica dos pacientes.

Entretanto, a Terceira Seção desta Corte, em recente julgamento, ocorrido em 11/10/2017, nos autos do HC n. 365.963/SP, assentou não haver previsão legal para se valorar mais negativamente a conduta daquele que ostenta outra condenação pelo mesmo delito, de forma que a reincidência específica deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão.

Quanto ao aumento da pena na terceira fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

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.

Conforme se observou do trecho destacado da sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo*, na terceira fase da dosimetria da pena foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3 considerando apenas a quantidade de majorantes imputadas, deixando de evidenciar de que forma a conduta do paciente desbordou para um comportamento mais grave, fundamentação concreta que justificaria a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.

No caso, o delito foi praticado por dois indivíduos, com o uso de uma faca, elementos que não ultrapassam a gravidade da conduta já definida pelo legislador ao prever a figura do crime de roubo duplamente majorado pelo uso de arma e em concurso de agentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, também quanto ao referido ponto, necessária a realização de nova dosimetria.

Na primeira etapa, para o paciente Edson, fica mantido o aumento da pena-base operado pelas instâncias ordinárias – 7 anos de reclusão e 25 dias-multa. Para o paciente Alexandre, a pena-base já havia sido fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, exaspero a pena em 1/6, resultando em uma sanção de 8 anos e 2 meses de reclusão, e 29 dias-multa, para o paciente Edson, e 4 anos e 8 meses de reclusão, e 11 dias-multa, para Alexandre.

Na terceira fase, aplico a fração mínima de 1/3 em razão da incidência das duas causas de aumento – emprego de arma e concurso de agentes – e fixo a pena em **10 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão para Edson, e 38 dias-multa; e 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 14 dias-multa**, para Alexandre.

Quanto ao regime, tendo em vista o patamar de pena aplicada e a reincidência dos pacientes, inviável a aplicação de regime inicial diverso do fechado, consoante o disposto no art. 33, § 2º do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas impostas aos pacientes, nos termos da fundamentação acima expendida.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0236364-1

HC 416.419 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00274665720168260050 20170000556314 274665720168260050

EM MESA

JULGADO: 23/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BRUNO GIRADE PARISE - SP272254
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDSON CARDOSO DE SOUZA (PRESO)
PACIENTE	: ALEXANDRE DE JESUS RAMOS (PRESO)

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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.