

**HABEAS CORPUS Nº 524.596 - SP (2019/0225509-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
MARIANA FERREIRA CAVALCANTE - GO031724  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ENRIQUE NEHRING ROSSI CIPRIANO (PRESO)  
**PACIENTE** : ISAQUE NUNES MIRANDA (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ENRIQUE NEHRING ROSSI CIPRIANO e ISAQUE NUNES MIRANDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0027033-82.2018.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados como incursos nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, sendo ENRIQUE NEHRING ROSSI CIPRIANO à pena de 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e ISAQUE NUNES MIRANDA à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ambos em regime inicial fechado.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, e deu provimento parcial ao recurso ministerial a fim de redimensionar a reprimenda do réu ENRIQUE NEHRING ROSSI CIPRIANO para 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o aumento superior a 1/6 (um sexto), referente à agravante da reincidência, teria ocorrido sem a devida motivação, sendo necessária a sua redução para o patamar mínimo.

Afirma, ainda, que não teria sido apresentada fundamentação idônea a justificar o aumento aplicado na terceira etapa da dosimetria, em razão das majorantes do roubo, impondo-se, portanto, a mitigação à fração mínima de 1/3 (um terço).

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a fração de aumento pela reincidência do paciente ENRIQUE NEHRING ROSSI CIPRIANO para 1/6 (um sexto), bem como a exasperação da pena, na terceira fase, na fração mínima de 1/3 (um terço) para ambos os pacientes.

A liminar foi indeferida às fls. 51-52.

Informações prestadas às fls. 58-91.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 93-99, pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

# Superior Tribunal de Justiça

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que se refere ao *quantum* de aumento procedido na segunda etapa da dosimetria, verifica-se que o juízo sentenciante elevou a reprimenda do paciente ENRIQUE NEHRING ROSSI CIPRIANO, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 38):

*"Já no que toca a Enrique, sendo ausentes atenuantes, percebe-se a presença da **múltipla reincidência** (fls. 221/224), o que me leva a majorar as reprimendas em 1/4."*

O acórdão recorrido, por sua vez, estabeleceu (e-STJ fl. 47):

*"Na segunda fase, há a agravante da reincidência (fl. 220 - Processo n.º 2012/001873, receptação e outras nas fls. 221/224). Entendo, contudo, que a fração de 1/4 foi excessivamente rigorosa, motivo pelo qual reduzo para 1/5, atingindo cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão e pagamento de treze dias-multa, no piso."*

De acordo com a doutrina: *"Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina dever ser a pena atenuada, porém sem qualquer menção ao montante"* (NUCCI, Guilherme de Souza, *Individualização da Pena*, 3ª ed., RT:SP, 2009, p. 212).

Não obstante o entendimento doutrinário majoritário sobre o tema haver se firmado no sentido de que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado, este Superior Tribunal tem orientado no sentido de que o patamar de acréscimo pela circunstância agravante deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e suficiência à reprovação e prevenção ao crime, informadores do processo de aplicação da pena.

Nesse norte:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. AUMENTO DA PENA JUSTIFICADO ANTE A DUPLA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO."*

[...]

- Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento válido e suficiente para comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- 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.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016)"

Na presente hipótese, verifica-se que a exasperação em 1/5 (um quinto) foi mantida de forma proporcional, uma vez que o aumento superior foi justificado pela existência da multirreincidência do paciente (e-STJ fl. 38).

Nesse sentido:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. RÉU MULTIRREINCIDENTE. DOSIMETRIA. ART. 61, I, CÓDIGO PENAL. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. Em se tratando de atenuantes e agravantes, a lei não estabeleceu os percentuais de diminuição e de aumento a serem utilizados. Assim, 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.

2. Hipótese em que o aumento superior a 1/6, na segunda fase dosimétrica, lastreou-se no fato de ser o paciente multirreincidente, argumento que se alinha à jurisprudência deste Tribunal Superior. Precedentes.

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é apropriado o regime inicial fechado ao condenado reincidente, nos casos em que a pena aplicada resultar em quantum definitivo superior a 4

anos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 448.731/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018)"

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. FOLHAS DE ANTECEDENTES CRIMINAIS APTAS PARA CONFIGURAR MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUMENTO PROPORCIONAL. SEGUNDA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO SUPERIOR A 1/6. VIABILIDADE. MULTIRREICIDENTE CONFIGURADA. TERCEIRA FASE.

MAJORANTES. FRAÇÃO SUPERIOR A MÍNIMA LEGAL DE 1/3 (UM TERÇO). POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO EM ELEMENTOS CONCRETA DOS AUTOS. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. PROVIDÊNCIAS QUE IMPLICAM NO REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

III - Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que "a folha de antecedentes criminais é documento hábil e suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência, não sendo necessária a apresentação de certidão cartorária" (HC 291.414/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 30/9/2016).

IV - Mantém-se a valoração negativa das vetoriais analisadas pelo v.

acórdão impugnado, tendo em vista a fundamentação concreta apresentada, descabendo falar em desproporcionalidade na fixação da pena-base em 5 (cinco) anos e 12 (doze) dias de reclusão, considerando o critério ideal de aumento por circunstância judicial desabonadora, a incidir sobre o intervalo de apenamento estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, o qual corresponde a 6 anos.

V - Houve fundamentação idônea a lastrear o valor fracionário utilizado em patamar diverso a 1/6 (um sexto), em razão do paciente ser multirreincidente (processos criminais n.ºs. 7.321/2000 e 36.190/2004), circunstância essa que possibilita o agravamento da pena no patamar estabelecido pelo Tribunal a quo.

VI - Nos termos do Enunciado n. 443 da Súmula/STJ, "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." VII - In casu, com a fixação do quantum de aumento de pena determinada por critério não exclusivamente quantitativo, mas com referência a elementos concretos dos autos, não há que falar em fundamentação inidônea que autorizasse a concessão da ordem de ofício.*

*VIII - A eg. 3ª Seção desta col. Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que é desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo utilizada no crime de roubo, para aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada sua utilização por outros meios de prova. IX - Nas hipóteses em que não houver a apreensão e perícia da arma para a prova do seu efetivo potencial lesivo, mostra-se devida a incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos elementos de prova que comprovem a utilização da arma na prática do delito, exatamente como ocorre na espécie dos autos, em que o Tribunal a quo se apoiou nos depoimentos das vítimas para concluir pela utilização da arma no crime de roubo.*

*X - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que o roubo praticado mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não caracteriza crime único, mas delitos em concurso formal, porquanto violados patrimônios distintos. Reavaliar tal conclusão demandaria, necessariamente, incursão fática-probatória, providência incompatível com a via expedita do habeas corpus, marcado por cognição sumária e rito célere.*

*Habeas Corpus não conhecido.*

*(HC 446.462/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018)"*

Com efeito, no que tange à fração de aumento decorrente das majorantes do roubo, colhe-se o seguinte excerto da sentença (e-STJ fls. 38-39):

*"Em terceira fase, sendo ausentes causas de diminuição de penas, verifico a presença de duas causas de aumento, decorrentes das qualificadoras reconhecidas (comparsaria e emprego de arma de fogo), de molde que as penas supra laboradas merecem acréscimo de 3/8.*

*[...]*

*Ora, sempre respeitada a opinião contrária, trilhar tese diversa seria o mesmo que cancelar a injustiça, além de ofender o princípio da proporcionalidade em casos que tais.*

*Aspirar a aplicação do percentual mínimo quando identificadas **duas qualificadoras** seria o mesmo que*

*equiparar a prática salteadora encimada em apenas uma qualificadora.*

*Em assim procedendo, estar-se-ia a incentivar o ladrazo a permear todas as formas qualificadas de garantia da empreitada, a possibilitar maior sucesso, pois o resultado prático seria o mesmo."*

O acórdão recorrido, por sua vez, estabeleceu (e-STJ fl. 32):

*"Enrique Nehring Rossi Cipriano.*

*[...]*

*Ao final, a pena foi majorada em 3/8. O aumento foi justificado em razão do incremento na periculosidade da conduta praticada por **diversos agentes e com emprego de arma de fogo**. Está adequado.*

*[...]*

*Isaque Nunes Miranda.*

*[...]*

*Na derradeira etapa, o aumento de 3/8 foi adequado, conforme demonstrado."*

Verifica-se, da leitura do excerto supra, que a fração de aumento das penas foi fixada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas aos sentenciados e, assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no Enunciado Sumular n. 443 desta Corte Superior, a saber:

*"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".*

Desta feita, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

*"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual*

*orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.*

**2. O Superior Tribunal de Justiça - STJ consagrou entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3, demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte. In casu, na terceira fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal - CP), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.**

*3. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No caso dos autos, considerou-se na origem, a gravidade concreta do crime, posto praticado em concurso de agentes, com o uso ostensivo de arma de fogo, elementos valorados na terceira etapa da dosimetria, que demonstram uma maior periculosidade do agente, tal como maior ameaça à incolumidade da vítima. Tal motivação, a meu sentir, se mostra suficiente para justificar o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.*

*4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime inicial fechado para o seu cumprimento.*

*(HC 485.212/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019)"*

**"PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03, ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP, ART. 157, § 2, I, II E V, DO CP E ART. 155, § 4º, II E IV, DO CP. AGRAVO DE A. M. DA S. S. SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUMENTO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA PELO NÚMERO DE MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. ILEGALIDADE**

*FLAGRANTE. SÚMULA 443/STJ. REDUZIDA AS PENAS. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*

*[...]*

*6. Flagrante ilegalidade reconhecida, porquanto, na terceira fase da pena, exige-se fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua majoração a mera indicação do número de causas de aumento do delito de roubo, nos termos da Súmula 443 desta Corte.*

*7. Agravos regimentais improvidos e habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir as penas dos agravantes relacionadas aos crimes de roubo, ante a inobservância da Súmula 443/STJ, mantido o regime fechado.*

*(AgRg no REsp 1668610/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)"*

Desse modo, configurada a ilegalidade, impõe-se o redimensionamento das reprimendas, pois não se apontou justificativa que permitisse a manutenção da fração escolhida, devendo, portanto, ser reduzida ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço).

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, de conformidade com o art. 654, § 2º, do CPP, a fim de **reduzir a fração de aumento, na terceira fase da dosimetria, para 1/3**, devendo as penas serem redimensionadas pelo juízo competente, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator