HABEAS CORPUS Nº 535.821 - SP (2019/0289138-0)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIELA MONI MARINS - SP343394
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	EDPO RODRIGO DE SOUSA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DEVIDA CONSIDERAÇÃO. PERÍODO DEPURADOR. IRRELEVÂNCIA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. ELEVAÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443 DO STJ. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. *QUANTUM* DA PENA E REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE CONCEDIDA.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDPO RODRIGO DE SOUSA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Apelação Criminal n.º 0001638-48.2017.8.26.0495.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 19 (dezenove) dias-multa, pela prática do delito do art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal (fls. 38-58).

O Tribunal de Justiça *a quo* negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a condenação, em acórdão assim ementado (fl. 109):

> "*1. Apelação Criminal – Roubo duplamente qualificado (emprego de arma de fogo e concurso de agentes), perpetrado em estabelecimento comercial.*
>
> *2. Materialidade delitiva não impugnada.*
>
> *3. Autoria bem provada pelo seguro reconhecimento efetuado pelas vítimas.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

4. Qualificadoras demonstradas pela prova oral Impossibilidade de afastamento.

5. Decisão de primeiro grau ratificada por seus próprios fundamentos – Possibilidade, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

6. Pena dosada com critério, justificadamente e dentro dos parâmetros legais – Validade de folha de antecedentes para amparar acréscimo pela reincidência – Aumento de 3/8 em razão das duas qualificadoras reconhecidas – Fração que observa os limites legais e não se afasta do razoável – Especificidades do caso concreto que autorizam a elevação operada.

7. Substituição da pena de reclusão – Descabimento em razão do quantum *da pena e da ameaça exercida para a prática criminosa.*

8. Regime fechado adequado à espécie (réu reincidente condenado a pena superior a 4 anos de reclusão) – Interpretação do artigo 33 do Código Penal.

9. Recurso não provido."

Sustenta a Defensoria Pública Impetrante constrangimento ilegal na dosimetria da pena imposta ao Paciente.

Alega que, na primeira fase, deve ser afastado o agravamento da pena. Argumenta, para tanto, que "*a suposta má antecedência do acusado deve ser afastada, tendo em vista o lapso depurador, à luz do princípio constitucional da razoabilidade, bem como em virtude da vedação constitucional às penas perpétuas*", porquanto, "[e]*m se tratando de condenações pretéritas antigas, estas não podem ser consideradas como indicativos negativos de sua personalidade ou demais circunstâncias pessoais*" (fls. 5-6). Pede a incidência do lapso depurador do art. 64 do Código Penal.

Alternativamente, assevera que "*não houve qualquer fundamentação para exasperação da pena-base no 1/6 do mínimo legal, de modo que a exasperação na primeira fase da pena do crime deve ser reduzida par ao importe de 1/8, conforme entendimento consolidado do C. STJ*" (fl. 10).

Quanto à segunda etapa, aduz que o acréscimo de 1/3 (um terço) feito em relação à agravante da reincidência ofende os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser aplicada a fração de 1/6 (um sexto), "*sob risco de equiparar-se às causa de especial aumento e diminuição de pena*" (fl. 10).

Afirma que, na terceira fase, a sentença condenatória, mantida pelo acórdão recorrido, não trouxe fundamentação idônea para fixar acima do patamar mínimo

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

(1/3) a majoração da pena pelo emprego de arma e pelo concurso de agentes.

Defende, por fim, que, nos termos do comando previsto no art. 33, § 3.º, do Código Penal, "*considerando que quase todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são favoráveis, outra não é a solução que não a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena*" (fl. 18), conforme estabelecem as Súmulas n.os 719 do STF e 269 do STJ.

Busca, liminarmente, a fixação do regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena imposta ao Paciente. No mérito, requer a concessão da ordem para redimensionar a sanção aplicada, bem como fixar o regime intermediário.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 127-131).

As informações foram prestadas às fls. 137-175.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer de fls. 177-181, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

É certo que o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime, além das próprias elementares comuns ao tipo.

Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra implica ofensa ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No caso, a sentença de primeiro grau, ao individualizar às reprimendas, assim se justificou (fls. 57-58):

> "*Demonstrada a procedência da imputação contra o acusado, não existindo justificativa para o seu ato, passo a dosar as penas. Atento ao disposto no artigo 59, do Código de Penal, fixo a pena base em 4 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.*
>
> *Aumentei a pena acima do mínimo legal, pois o réu possui maus antecedentes (condenação de fls. 259), o que indica desvio grave de personalidade e conduta social desabonadora. Na segunda etapa, reconheço a agravante da reincidência, que por ser real e específica (fls. 257), autoriza o aumento de 1/3, alcançando 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 14 dias-multa.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

Na fase derradeira, considerando que são duas as causas de aumento de pena para o roubo, elevo a reprimenda de 3/8, alcançando 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e pagamento de 19 dias- multa, estes calculados no patamar mínimo legal. Diante do exposto, e considerando tudo o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido na denúncia, para o fim de condenar EDPO RODRIGO DE SOUZA, como incurso, no artigo 157, § 2º, incisos I e II, c.c. art. 61, I, todos do Código Penal, às penas de 8 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e ao pagamento de 19 dias-multa, no piso. Considerando que praticou o crime mediante grave ameaça à pessoa e as circunstâncias subjetivas também indicam sua periculosidade, notadamente a reincidência real e específica, deverá iniciar o cumprimento da pena em regime FECHADO. O delito de roubo revela considerável grau de culpabilidade do agente, gerando certo clima de violência e intranquilidade que tanto aflige a sociedade atual. Considerando que o réu respondeu ao processo preso, nego-lhe o direito de recorrer desta em liberdade até porque sua soltura, agora, seria verdadeiro contrassenso. [...]"

Confiram-se, por oportuno, os seguintes trechos do acórdão impugnado (fls. 118-119; sem grifos no original):

"[...]

No que tange à pena, não comporta reparo.

O juiz sentenciante estabeleceu a pena-base acima do patamar mínimo, em razão dos maus antecedentes do acusado (que tem condenação anterior com trânsito em julgado diversa da considerada para o reconhecimento de reincidência conforme certidão de fls. 259), que demonstram personalidade voltada à prática delituosa, e má conduta social, não se afastando, assim, das diretrizes do artigo 59 do Código Penal ('o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime'*).*

Ademais, o acusado não revelou sincero arrependimento (não providenciou a reparação ou minoração dos danos causados às vítimas e sequer admitiu o erro).

Nada mais precisava ser dito para justificar a majoração. Aliás, cabe ao juiz sentir o caso concreto e estabelecer a pena-base que lhe apresente justa.

Com efeito, todos os fatos e episódios da vita anteacta *do réu, que possam interessar à avaliação subjetiva da conduta criminosa interessam à boa e humana fixação da pena, haja vista que auxiliam na identificação de seu modo ordinário de sentir e de agir. Não comporta acolhida, assim, a tentativa de desumanizar o processo penal e restringi-lo ao exame do fato, sem consideração da pessoa do réu e de sua história de vida para o estabelecimento da pena, transformando-o em mero objeto da atividade jurisdicional.*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

*Some-se que há muito a jurisprudência tem-se orientado no sentido de que a fixação da pena-base deve partir do mínimo legal para favorecer o réu e que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal ('*O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.'*) não podem reduzir a pena para aquém do mínimo legal. Consequentemente, está correto o cálculo que considera as circunstâncias desfavoráveis do artigo 59 do Código Penal para aumentar (não para reduzir) a pena-base, elevando-a até o máximo, à vista da quantidade e especificidades de cada uma delas. Assim, as circunstâncias favoráveis são todas consideradas para a pena-base permanecer no patamar mínimo e as desfavoráveis são examinadas com o escopo de elevar a base de cálculo da segunda fase da conta, pois se assim não fosse estar-se-ia considerando a mesma circunstância favorável para reduzir a pena-base ao mínimo e, em seguida, para proceder à compensação com uma circunstância desfavorável, em verdadeiro bis in idem. Em outras palavras, para que se computassem as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal na compensação de umas com as outras impor-se-ia considerar a pena-base a partir da pena média (máxima somada à mínima, com resultado dividido por dois) o que a jurisprudência tem preterido em favor do acusado, ao adotar a pena-base a partir do mínimo, com as elevações que o artigo 59 do Código Penal o permitir.*

Houve, portanto, suficiente e correta motivação do aumento aplicado na primeira fase da dosimetria da pena. E o acréscimo em 1/6 da pena-base foi razoável e não se afastou do comumente utilizado.

VII- Também foi correto o reconhecimento da agravante da reincidência conforme condenação anterior noticiada a fls. 257 (Proc. 12547/2009, da Vara Criminal e da Infância e Juventude da Comarca de Guaíra/PR), porque a folha de antecedentes criminais em São Paulo é documento público extraído à consideração da base de dados deste Tribunal de Justiça, o que a torna válida para amparar decisões. Assim, a folha de antecedentes, dotada de fé pública, é idônea a atestar reincidência. Nesse sentido já decidiu o Pretório Excelso:

[...]

O aumento em 1/3 pela reincidência na segunda etapa do cálculo não foi excessivo, haja vista que a condenação anterior é por delito da mesma espécie. Nessa hipótese há recalcitrância em conduta já afirmada criminosa, a revelar maior descaso com a regra penal. Basta a leitura ao parágrafo terceiro do artigo 44 do Código Penal para que se verifique a reprovabilidade acentuada da legislação para com o reincidente específico.

VIII- A elevação acima do mínimo (em 3/8) na terceira etapa da

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

dosimetria, pelo reconhecimento das duas qualificadoras, foi razoável e atendeu à orientação doutrinária: [...]

*O Superior Tribunal de Justiça, é bem verdade, ao editar a súmula n.º 443 ('*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'*), posicionou-se no sentido de que a fração de aumento não varie, matemática e exclusivamente, conforme o número de qualificadoras (1/3 para uma, 3/8 para duas, 5/12 para três, 11/24 para quatro e 1/2 para cinco). O* quantum *da elevação, conforme essa orientação, também deve considerar a gravidade ou a intensidade de cada qualificadora, isto é, as específicas circunstâncias das qualificadoras individualmente consideradas no caso concreto.*

Foi o que ocorreu no caso* sub examine, *haja vista que o assalto foi realizado em estabelecimento comercial aberto ao público, o que acarretou, pelo uso de arma de fogo, risco não restrito aos ofendidos, mas a outras pessoas que se aproximassem naquele momento. Assim, a elevação não foi excessiva em face da natureza da arma.

IX- O fato de o crime ser praticado com grave ameaça à pessoa impede a substituição da pena privativa da liberdade por restritivas de direitos (artigo 44, inciso I, do Código Penal), assim como o quantum *da pena (superior a 4 anos).*

X- Por força do disposto no artigo 33, § 2º, alínea b, *e § 3º, do Código Penal, do* quantum *da pena imposta (superior a 4 anos de reclusão), dos antecedentes criminais e da reincidência específica do acusado, o regime fechado é o único cabível para o cumprimento da pena privativa de liberdade.* [...]"

Da análise dos trechos transcritos, constata-se que a pena-base foi elevada em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal pelo reconhecimento de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes). Não há constrangimento ilegal no ponto.

Informam os autos que o Paciente possui condenações anteriores pelos crimes de furto qualificado e roubo circunstanciado, transitadas em julgado em 28/06/2010 e 09/10/2013, e extintas pelo cumprimento (fls. 170-172).

Sustenta a Impetrante a ilegalidade de condenação com a punibilidade extinta há mais de 5 (cinco) anos configurar maus antecedentes, para fins de valorar negativamente a respectiva circunstância judicial constante no art. 59, *caput*, do Código Penal.

Após a reforma da Parte Geral do Código Penal, implementada pela Lei n.º 7.209, de 1984, trata-se maus antecedentes de vida pregressa do agente em matéria

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

criminal, com exame circunscrito à folha de antecedentes. Sobre o assunto, afirma Guilherme de Souza Nucci que:

> "[...] *diversamente da reincidência, os antecedentes não caducam* [...]. *O período depurador relativo à reincidência (art. 64, I, CP), de cinco anos, justifica-se porque essa circunstância acarreta vários gravames ao acusado/condenado* [...]. *Eis o motivo pelo qual há um prazo para caducar. Os antecedentes criminais, para fins penais, só têm um efeito, figurando como circunstância judicial (art. 59, CP), visando a mensurar a pena-base."* (Código Penal Comentado, Ed. Forense, 17.ª edição, 2017, pág. 469).

A respeito da extensão do conceito maus antecedentes, assim decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

> "[o] ***conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo do que o da reincidência, abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, atingidas pelo período depurador, ressalvada casuística constatação do decurso de considerável lapso temporal ou de pequena gravidade do fato prévio*** *(HC 360.738/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017)"* (AgInt no REsp 1.668.020/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018, sem grifos no original.)

As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, tem firme orientação de que o período depurador previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal afasta a configuração da agravante da reincidência, **mas não constitui óbice à avaliação negativa da circunstância judicial dos antecedentes**.

Nesse sentido: HC 453.871/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 13/11/2018; AgRg no AREsp 1.356.824/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018.

Sem embargo, no âmbito da Sexta Turma, há julgados de relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI, no sentido de que os maus antecedentes, quando os registros da folha de antecedentes forem muito antigos, pode sofrer relativização, admitindo-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento (REsp 1.707.948/RJ, DJe 16/04/2018). Vale dizer que, ainda assim, reafirmando a jurisprudência deste Tribunal Superior, assim registrou o relator no voto condutor:

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

> "[...] ***não estou afirmando que o mero decurso do período depurador da reincidência seja suficiente para, por si só, impedir toda e qualquer valoração sobre os antecedentes, até porque a hipótese prevista no art. 64, I, do Código Penal trata tão somente da reincidência.*** *Da mesma forma, não estou, simplesmente, descuidando de observar o entendimento desta Corte de que condenações prévias, com trânsito em julgado há mais de cinco anos, apesar de não ensejarem reincidência, podem servir de alicerce para valoração desfavorável dos antecedentes.*"

Não há dúvidas quanto à estabilidade da jurisprudência desta Corte Superior, no ponto.

No Supremo Tribunal Federal, contudo, a questão não se encontra pacificada. A Segunda Turma da Suprema Corte, em recentes julgados, tem admitido que condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o agente, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Já a Primeira Turma do Pretório Excelso tem julgado em sentido diverso, ratificando a orientação deste Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.* ***CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS AFASTA OS EFEITOS DA REINCIDÊNCIA, MAS NÃO IMPEDE A CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. INSTITUTOS DIVERSOS.*** *POSSIBILIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1.* ***A legislação penal é muito clara em diferenciar os maus antecedentes da reincidência. O art. 64, do CP, ao afastar os efeitos da reincidência, o faz para fins da circunstância agravante do art. 61, I; não para a fixação da pena-base do art. 59, que trata dos antecedentes.*** *2. Não se pretende induzir ao raciocínio de que a pessoa que já sofreu condenação penal terá registros criminais valorados pelo resto da vida, mas que, havendo reiteração delitiva, a depender do caso concreto, o juiz poderá avaliar essa sentença condenatória anterior. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.*" (RE 901.145 AgR, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2018, DJe 08/11/2018; sem grifos no original.)

Desse modo, não se pode afirmar qual o entendimento do STF sobre a questão. Aliás, trata-se de tema pendente de julgamento, sob a sistemática da repercussão geral (Tema 150, RE 593.818, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO).

No caso, entendo que **não há ilegalidade na valoração desfavorável dos antecedentes na pena-base, uma vez que o Paciente cometeu novos crimes pouco tempo depois de deixar o sistema prisional pelo cumprimento das condenações**

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

anteriores.

E, nada impede que, singularmente apreciadas, sejam levadas em consideração duas condenações transitadas em julgado: a primeira, como maus antecedentes, com influência na fixação da pena-base, e a segunda, como reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos da fixação da pena.

Nesse sentido, confira-se a lição do professor GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* 'Individualização da Pena', Ed. RT, 2005, p. 200, *in verbis*:

> "[...] *Entretanto, nada impede que o agente possua várias condenações anteriores, sendo lícito ao magistrado considerar uma delas para efeito de gerar reincidência e as demais, como maus antecedentes. Inexiste, nessa hipótese,* bis in idem, *pois são elementos geradores diversos.*
>
> *Lembremos que o registro de vários antecedentes criminais conduz à crença de que o agente possui personalidade desajustada aos regramentos impostos pelo direito, motivo pelo qual devem ser levados em consideração para a aplicação da pena."*

De outro lado, na segunda fase da dosimetria, é cediço que as agravantes e as atenuantes não possuem o *quantum* definido pelo legislador e devem ser consideradas pelo órgão julgador na **segunda fase da dosimetria**, que observará os limites mínimo e máximo do preceito secundário do tipo penal incriminador.

Não obstante, a jurisprudência deste Superior Tribunal possui o entendimento de que a quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar, em regra, pelo percentual mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). Assim, o aumento da pena em razão da agravante da reincidência em patamar superior a 1/6 (um sexto) demanda fundamentação concreta e específica por parte do órgão julgador.

A Sexta Turma do STJ, por sua vez, passou a entender como fundamentação idônea para justificar o aumento em fração mais elevada a reincidência específica. Confiram-se os seguintes precedentes: HC 258.693/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA **(DJe 28/03/2016)**; AgInt no HC 356.160/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA **(DJe 13/12/2016)**; AgRg no REsp 1.660.563/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA **(DJe 24/08/2017)**.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

A Terceira Seção do STJ, todavia, no julgamento do HC n.º 365.963/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, entendeu que, na segunda fase da dosimetria, pode ser compensada a agravante da reincidência específica com a atenuante da confissão espontânea **(DJe 23/11/2017)**.

Nesse julgado, o Ministro Relator consignou que "*a melhor hermenêutica a ser implementada na ocasião, até mesmo para se evitar descompasso e afronta à proporcionalidade, deverá ser aquela voltada à possibilidade de se compensar a confissão com o gênero reincidência, irradiando seus efeitos para ambas espécies (genérica e específica)*".

A razão de decidir do julgado da Terceira Seção deve repercutir no exame sobre o eventual aumento da pena intermediária em patamar superior a 1/6 (um sexto), pela reincidência específica, **uma vez que não seria lógico permitir a valoração da agravante individualmente considerada em percentual mais elevado se não foi ofertado maior desvalor à conduta do acusado que ostente outra condenação pelo mesmo delito, quando em confronto com a confissão espontânea.** Nesse sentido: HC 437.972/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2018 (DJe 20/09/2018).

A propósito, cito o seguinte precedente de minha relatoria:

> "HABEAS CORPUS. *PENAL. DOSIMETRIA.* ***REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. PATAMAR DE AUMENTO À FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO)****. ORDEM CONCEDIDA.*
>
> ***1. A quantidade de aumento de pena em decorrência das agravantes genéricas deve se pautar pelo patamar mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto). Precedentes do STJ.***
>
> ***2. A reincidência específica não enseja aumento da pena na segunda fase da dosimetria, de forma isolada, em patamar mais elevado.***
>
> *3. Concedida a ordem de* habeas corpus *a fim de, reformando o acórdão recorrido, fixar a fração de 1/6 (um sexto) para a reincidência específica, e readequar a pena do Paciente ao patamar de 7 (sete) anos 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, mantidos os demais aspectos da dosimetria."* (HC 471.929/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019; sem grifos no original.)

No mesmo sentido: HC 452.455/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA **(DJe 11/10/2018)**; AgRg no HC

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

440.349/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA **(DJe 28/06/2018);** AgRg no HC 434.176/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA **(DJe 17/08/2018)**.

Por fim, também assiste razão à Defesa no que diz respeito à indevida exasperação da reprimenda na proporção de 3/8 (três oitavos), uma vez que, tanto o Juízo singular, quanto o Tribunal de origem, limitaram-se a afirmar, genericamente, que, na hipótese, houve emprego de arma de fogo e o concurso de agentes, a permitir uma punição mais severa da conduta, em razão da maior reprovabilidade e gravidade do crime. Entretanto, não explicitaram de qual maneira isso teria ocorrido na situação concreta, sendo certo que, no caso, o crime foi perpetrado por dois indivíduos mediante arma de fogo (revólver), não sendo motivação idônea para a elevação acima da fração de 1/3 (um terço).

Está caracterizado, portanto, o desrespeito à orientação da Súmula n.º 443 do STJ, de seguinte teor: "*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.*" Nesse sentido, igualmente:

> "*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO DA PENA. MAJORAÇÃO ALÉM DE 1/3. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. A UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO E A PRÁTICA DO CRIME EM CONCURSO DE PESSOAS NÃO SÃO SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A ELEVAÇÃO DA PENA. INDICAÇÃO DE ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE.*
>
> *1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a majoração da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3, demanda fundamentação concreta.*
> *2. O fato de o crime haver sido perpetrado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não é justificativa suficiente para majorar a pena, sem que haja indicação de peculiaridades do caso concreto que fundamentem a elevação.*
> *3. Agravo regimental improvido.*" (AgRg no REsp 1.632.047/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017.)
>
> Nessas condições, passo a redimensionar a pena do Paciente:
>
> Na primeira fase, mantenho a pena-base do Condenado preconizada pela

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

Corte de origem, com o acréscimo de 1/6, qual seja, 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Na etapa intermediária, fixo o *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência em 1/6 (um sexto), de modo que a reprimenda corporal resta fixada em 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa. A reprimenda intermediária é aumentada de 1/3 (um terço) pela causa de aumento de pena do concurso de agentes e emprego de arma. Assim, **a reprimenda definitiva fica definitivamente estabelecida em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa**.

Quanto ao regime prisional, melhor sorte não socorre a Defesa.

No caso, a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, diante da presença de circunstância judicial desfavorável, tendo a reprimenda final sido estabelecida definitivamente em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, ou seja, em patamar inferior a 8 (oito) anos. Contudo, o Paciente é reincidente.

Desse modo, em face da reprimenda imposta, das pena-base fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de maus antecedentes, e por se tratar de Réu reincidente, não há ilegalidade na fixação do regime fechado para início de cumprimento das penas, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal.

Com igual conclusão, cito os seguintes precedentes:

> "*AGRAVO REGIMENTAL NO* HABEAS CORPUS. *ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. REINCIDÊNCIA AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum da pena.*
>
> *2.* ***No caso, foi apontado dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime - a reincidência -, ainda que o*** **quantum** ***da pena seja inferior a oito anos (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP).***
>
> *3. Agravo regimental não provido.*" (AgRg no HC 526.270/PB, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 23/09/2019; sem grifos no original.)

> "*PENAL.* HABEAS CORPUS *SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/3*

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

(UM TERÇO). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DO PATAMAR JURISPRUDENCIALMENTE FIXADO DE 1/6 (UM SEXTO). MAJORANTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. GRAVIDADE ABSTRATA. REINCIDÊNCIA QUE JUSTIFICA A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO AO PACIENTE. HABEAS CORPUS *NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.*

[...]

IV - Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que 'a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada' (Súmula 718/STF), e que 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea' *(Súmula 719/STF). Importante consignar ainda que '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' (Súmula 440/STJ).*

V - Na hipótese, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na mera reprodução das elementares do tipo do delito de roubo duplamente majorado e em considerações vagas e genéricas relativas às circunstâncias do crime ('roubo de automóvel, praticado por dois agentes'), não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o originalmente cabível em razão do quantum de pena aplicado.

VI - ***Todavia, sendo o paciente reincidente, a despeito de terem sido consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e ausente motivação idônea, relativa à especial gravidade do roubo praticado, para legitimar o agravamento do regime de cumprimento das penas, o regime fechado continua sendo legítimo, por não estarem presentes todos os requisitos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.*** *Já com relação ao corréu ARNALDO, primário, e, quanto ao restante, em idêntica situação fático-processual, deve ser concedida a ordem para fixar o regime inicial semiaberto para o desconto da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.*

Habeas corpus *não conhecido.*

Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas do paciente ao novo patamar de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicialmente fechado, e de 14 (quatorze) dias-multa, bem como, nos termos dos arts. 580 e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir as penas do corréu ARNALDO GOMES VASQUES JÚNIOR ao novo montante de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e de 13 (treze) dias-multa, mantido, quanto ao restante, o teor da condenação." (HC 385.143/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017; sem grifos no original.)

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9

Ante o exposto, CONCEDO PARCIALMENTE a ordem de *habeas corpus*, para fixar a pena do Paciente em **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, a ser cumprida no regime inicial fechado.**

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: 3E81F4E9-F49C-4649-8228-F673328564E9