

**Recurso ordinário em *habeas corpus* - Roubo qualificado - Dosimetria da pena - Ocorrência de *bis in idem* - Aplicação da mesma circunstância no estabelecimento da pena-base e na majoração da pena - Concorrência de qualificadoras e utilização de tabela de graduação do percentual de causa de aumento de pena - Impropriedade e conseqüente deficiência de fundamentação -
Recurso parcialmente provido**

I - No caso sob exame, o Juiz sentenciante, ao fixar a pena-base em patamar acima do mínimo legal, adotou

como motivação os maus antecedentes e a restrição à liberdade das vítimas. Na terceira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena em 2/5 (dois quintos), novamente trouxe a lume a causa de aumento prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal - a restrição à liberdade das vítimas -, ocorrendo *bis in idem*.

II - Concurso de majorantes e adoção de tabela de graduação de percentual para disciplinar a aplicação das causas de aumento de pena. Impropriedade, pois há de se dar ênfase à efetiva fundamentação da causa especial de aumento da pena, dentro dos limites previstos, com base em dados concretos. Precedentes da Corte.

III - Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido e parcialmente provido para, afastada a hipótese de *bis in idem*, bem como a aplicação de tabela de percentuais de causas de aumento da pena, sem prejuízo da condenação do agente, determinar ao Juízo de origem que proceda à nova dosimetria da pena.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 116.676 - MG - Relator: MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

Recorrente: Defensoria Pública da União. Advogado: Defensor Público-Geral Federal. Paciente: M.S.J. Recorrido: Ministério Público Federal. - Procurador: Procurador-Geral da República.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Brasília, 20 de agosto de 2013. - *Ministro Ricardo Lewandowski* - Relator.

Relatório

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto pela Defensoria Pública da União em favor de M.S.J. contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 239.288/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior.

Consta do processo que o Juízo da Segunda Vara Criminal da Comarca de Conselheiro Lafaiete/MG julgou parcialmente procedente o pedido formalizado na denúncia e condenou o paciente, em virtude da prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II e V, do Código Penal (roubo duplamente qualificado), à pena de 6 (seis) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, além de multa. Na

ocasião, o magistrado refutou a causa de aumento da pena relativa à ameaça com emprego de arma de fogo, porque o objeto não fora apreendido e, consequentemente, não pôde ser periciado.

O Ministério Público estadual interpôs recurso de apelação (Apelação Criminal nº 1.0183.08.150107-8/001), visando ao reconhecimento e à aplicação da qualificadora do emprego de arma de fogo.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu provimento ao apelo, assentando ser

desnecessária a apreensão e a perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar a qualificadora do art. 157, § 2º, inc. I, do Código Penal, quando o seu efetivo emprego pode ser demonstrado por outros meios de prova, em especial pela palavra da vítima ou pelo depoimento de testemunha presencial.

A Corte estadual manteve a pena-base estabelecida na sentença, mas, no que concerne às causas de aumento de pena, ponderou ser necessário observar certa graduação prevista em tabela, que, embora não merecesse aplicação rígida, deveria nortear a dosimetria da pena quando reconhecido o concurso de diversas causas de aumento de pena. Assim, na ocorrência de uma qualificadora, a majoração deveria ser de 1/3; de duas, seria de 3/8; de três, seria de 5/12; de quatro, seria de 11/24; e, na hipótese de concorrência das cinco, a exacerbação deveria ocorrer no patamar máximo de 1/2 (metade).

Ao final, tornou definitiva a pena em 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão e o pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, no patamar unitário mínimo.

Contra o acórdão do Tribunal mineiro a defesa manejou *habeas corpus* no STJ, que denegou a ordem. Daí a interposição deste recurso ordinário.

Nas razões do recurso, questiona-se o aumento de pena lançado na terceira fase da individualização. Afirma-se a ocorrência de *bis in idem*, sob o argumento de que o acórdão utilizou as consequências do crime tanto para agravar a pena-base, como para justificar a aplicação da causa de aumento relativa à restrição da liberdade das vítimas.

Requer, por isso, o provimento do recurso, a fim de que seja reduzida a pena-base e, também, seja aplicado, na terceira fase, aumento de pena no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

A Procuradoria-Geral da República, em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, manifesta-se no sentido do provimento parcial do recurso, a fim de que se proceda à nova dosimetria da pena, corrigindo-se a dupla valoração.

É o relatório.

Voto

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (Relator) - O acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça foi publicado em 19 de

setembro de 2012, e o mandado de intimação expedido para ciência da Defensoria Pública da União foi juntado no dia 24 subsequente, ocorrendo a interposição do recurso ordinário no dia 25 seguinte. Conheço do recurso, por ser adequado e tempestivo.

Bem examinados os autos, encaminho voto no sentido do provimento parcial do recurso.

Assim está redigida a ementa do órgão recorrido:

Habeas corpus. Roubo triplamente majorado. Dosimetria. Fração das majorantes. Aumento em 5/12. Gravidade concreta. Constrangimento ilegal não evidenciado.

1. Constatando-se a ocorrência de circunstâncias reveladoras de uma gravidade acentuada, haja vista as circunstâncias do caso concreto - uma das vítimas foi levada para um dos quartos, onde foi amarrada com pedaços de lençóis, o que denota efetiva periculosidade do paciente -, não há constrangimento ilegal quando a reprimenda foi elevada, na terceira etapa da dosimetria, em fração superior à mínima legalmente prevista.

2. Ordem denegada.

Nas razões do recurso, questiona-se o aumento de pena lançado na terceira fase da individualização. Segundo a impetrante, teria ocorrido *bis in idem* ao ser utilizada a causa de aumento relativa à restrição da liberdade das vítimas para agravar a pena-base e para majorar a pena tornada definitiva.

Entendo assistir razão à impetrante.

Ao estabelecer a dosimetria da pena, o Juízo criminal assim dispôs:

A culpabilidade mostrou-se ínsita a delitos patrimoniais análogos praticados com grave ameaça ou violência contra a pessoa. Os antecedentes do réu não lhe favorecem. As certidões criminais de f. 114 e 122 apontam duas condenações definitivas. Aqui, para configuração dos antecedentes criminais do réu, estou considerando a condenação definitiva lançada em sua certidão de f. 114 e sob o nº 024.03.997709-4, ao passo que a outra condenação será oportunamente utilizada para configuração da reincidência. Não consta dos autos prova da prática pelo réu de conduta extrapenal, de modo que tenho como favorável a sua conduta social. Em relação à personalidade do réu, não temos nos autos laudo pericial atestando desvio de personalidade, não podendo tal circunstância ser considerada desfavorável. Os motivos do crime foram comuns à espécie. Tenho por inexistente a presença de qualquer elemento accidental ao delito que agrave as suas circunstâncias. As consequências do crime foram gravosas às vítimas, que se viram aprisionadas em seu próprio lar e sob ameaça de mal iminente. O comportamento das vítimas em nada influiu na prática do crime.

Ponderadas as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base privativa de liberdade em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e a pena-base de multa em 12 (doze) dias-multa, esta no mínimo legal.

Passo à segunda fase de fixação das penas e constato que milita em favor do acusado a atenuante da confissão (Código Penal, art. 65, III, d) e em seu desfavor a agravante de reincidência (Código Penal, art. 61, I). Aqui, estou considerando, para configurar a reincidência, a condenação definitiva anotada na certidão criminal (f. 114) sob o nº 024.04.035045-5.

Ambas as circunstâncias devem ser consideradas preponderantes, a reincidência, por expressa disposição legal; a confissão, por dizer respeito à personalidade do agente, razão pela qual é mister que sejam compensadas entre si, pelo que mantenho provisoriamente a condenação em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e a pena-base de multa em 12 (doze) dias-multa, esta no mínimo legal.

Na terceira fase, verifica-se a incidência de duas causas de aumento de pena, quais sejam concurso de pessoas e restrição da liberdade das vítimas, ambas capituladas, respectivamente, nos incisos II e V do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Feita essa observação, tenho como necessário e suficiente à reprovação da conduta do acusado o acréscimo em patamar intermediário, qual seja em 2/5, elevando as penas fixadas em um ano, dez meses e 12 dias de reclusão e cinco dias-multa, para totalizar 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 12 (doze) dias, e 17 (dezesete) dias-multa, esta no mínimo legal, penas que torno definitivas.

Consoante se lê da transcrição acima, o Juiz sentenciante, ao fixar a pena-base em patamar acima do mínimo legal, adotou como motivação os maus antecedentes - uma das condenações do paciente, ficando a outra para a majoração em razão da reincidência - e a restrição à liberdade das vítimas. Na terceira fase da dosimetria da pena, para majorar a pena em 2/5 (dois quintos), novamente trouxe a lume a causa de aumento prevista no inciso V do § 2º do art. 157 do Código Penal - a restrição à liberdade das vítimas -, ocorrendo *bis in idem*.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao prover o recurso de apelação interposto pelo Ministério Público e acolher a causa de aumento da pena relativa ao emprego de arma de fogo, exasperou a reprimenda à razão de 5/12 (cinco doze avos), fazendo-o a partir de certa graduação estabelecida em tabela, *in verbis*:

Com relação ao aumento da pena aplicado em razão da incidência das majorantes do emprego de arma de fogo, do concurso de pessoas e da restrição à liberdade das vítimas, entendo que, após o advento da Lei 9.426, de 24.12.96, que introduziu duas novas causas de aumento no art. 157 do Código Penal, entende-se que, com o ingresso dos incisos IV e V do aludido dispositivo, as frações de acréscimo devem ser remodeladas, tendo em vista que a elevação de 1/3 até a metade deverá ser dividida por cinco.

Assim, presente uma qualificadora, a majoração deve ser de 1/3; de duas, será de 3/8; de três, será de 5/12; de quatro, será de 11/24; e, na hipótese de concorrência das cinco, a exacerbação deve se suceder no patamar máximo 1/2 (metade). Embora não se deva trabalhar com tais números como se fossem uma tabela fixa, é deste critério de graduação axiológica que se deve partir. Um roubo cometido com uma qualificadora não é igual a um perpetrado com duas ou mais.

Estabelecidas essas premissas, o Tribunal estadual realizou a seguinte dosimetria da pena:

Na terceira fase, verifico a incidência das causas de aumento concernentes ao emprego de arma de fogo, ao concurso de pessoas e à restrição à liberdade das vítimas, motivo por que exaspero a reprimenda em 5/12 - fração esta que se justi-

fica pela quantidade das majorantes -, a qual denota a maior periculosidade e audácia dos acusados, uma vez que mais de dois agentes participaram do roubo e, inclusive, restringiram a liberdade das vítimas [...].

A jurisprudência assente nesta Corte, contudo, tem entendimento contrário a fundamentações assim adotadas, como se verifica dos seguintes julgados:

Ementa: *Habeas corpus*. Roubo. Aumento da pena em face das qualificadoras: Uso de arma e concurso de pessoas. Art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

1. O Juiz fixou na sentença a pena-base em seis anos de reclusão em face da reincidência e dos antecedentes e aplicou o aumento máximo por se tratar de duas qualificadoras.

2. O Tribunal coator, em grau de apelação, reduziu o aumento da pena pelas duas qualificadoras para 2/5 (dois quintos), considerando-se a média aproximada entre o mínimo de 1/3 e o máximo da metade; em grau de revisão criminal, ratificou este critério de agravar a pena em 1/3 para uma, de 2/5 para duas e de metade para três ou mais qualificadoras.

3. A jurisprudência deste Tribunal não acolhe critérios como o adotado, de se estabelecer uma tabela, optando por dar ênfase à efetiva fundamentação da causa especial de aumento da pena, dentro dos limites previstos, com base em dados concretos. Precedentes (HC 73.070/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Ementa: I - Roubo: Consumação [...]. II - Roubo. Pena. Concorrência de duas causas especiais de aumento. Critério de exacerbação da pena-base. - A ocorrência de duas das causas de aumento especial da pena do roubo - o emprego de armas e o concurso de agentes - só por si não basta para exacerbar a sanção ao máximo do acréscimo percentual autorizado em lei: a graduação há de decorrer de circunstâncias do caso concreto, declinada na motivação da sentença (HC 69.753/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Isso posto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para, afastado o *bis in idem* acima referido e tendo em conta as causas de aumento de pena verificadas, determinar ao Juízo da Segunda Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Conselheiro Lafaiete/MG que proceda à nova dosimetria da pena, sem observância da gradação (tabela) estabelecida pelo Tribunal de Justiça no voto proferido na Apelação Criminal nº 1.0183.08.150107-8/001.

É como voto.

Extrato de ata

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu parcial provimento para, afastado o *bis in idem* e tendo em conta as causas de aumento de pena verificadas, determinar ao Juízo da Segunda Vara Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Conselheiro Lafaiete/MG que proceda à nova dosimetria da pena, sem observância da gradação (tabela) estabelecida pelo Tribunal de Justiça no voto proferido na Apelação Criminal nº 1.0183.08.150107-8/001, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 20.08.2013.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Brasília, 20 de agosto de 2013. - *Ravena Siqueira* - Secretária Substituta.

(Publicado no DJe de 04.09.2013.)

...