



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.386 - SP (2014/0326571-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO APARECIDO GALLO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. PENA-BASE FIXADA DE FORMA DESPROPORCIONAL. ILEGALIDADE CONFIGURADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO OCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA. CARÁTER ESPECÍFICO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO SUPERIOR A 1/6. PENA REDIMENSIONADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. A exasperação da pena-base foi baseada em circunstância concreta e não relacionada ao fato típico comum, tendo em vista que o ora paciente praticou o crime durante o cumprimento de pena por outro delito em regime aberto, o que denota maior desvalor na sua conduta. Precedente do STJ.

3. A individualização da pena na primeira fase da dosimetria não está condicionada a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador. Entretanto, na espécie, a fixação da pena-base em 2 (dois) anos acima do mínimo legal, considerando as penas mínima e máxima cominadas ao crime de roubo, afigura-se exacerbada.

4. A Corte de origem refutou a incidência da atenuante da confissão espontânea com base na inexistência de confissão, sequer parcial. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, incursão no acervo probatório, procedimento incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, ação de rito célere e de cognição sumária.

5. Predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento de que a especificidade da reincidência constitui justificativa idônea para o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria da pena.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente.

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.386 - SP (2014/0326571-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO APARECIDO GALLO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de DIEGO APARECIDO GALLO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0074818-16.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 14 (catorze) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 34 (trinta e quatro) dias-multa, no mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, c/c 71, do CP (e-STJ fls. 20/29).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte local, ao qual foi negado provimento (e-STJ fls. 47/59), em acórdão assim ementado:

Apelação - Roubo majorado pelo concurso de agentes, por duas vezes, na forma continuada - Autoria e materialidade bem comprovadas - Desclassificação de um dos roubos para furto simples - Impossibilidade, ante a superioridade numérica dos agentes - Razoabilidade na dosimetria das penas - Confissão parcial rejeitada, quando o fim é esconder a verdade processual - Precedente - Continuidade delitiva devidamente mensurada - Regime fechado que se sustenta - Detração - Matéria de competência do Juízo das Execuções Criminais - Recurso não provido.

Nas razões do presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/10), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois a pena-base foi exasperada em metade com base no fato de o delito ter sido praticado no curso do cumprimento de pena por outro crime,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o que não seria possível, tendo em vista que referida condenação teria sido utilizada na segunda fase para efeito de reincidência, caracterizando *bis in idem*. E, ainda que se entenda que há motivo para a exasperação da pena-base, o *quantum* aplicado é excessivo, pois apenas a conduta social foi considerada desfavorável. Outrossim, mesmo que se considere a segunda condenação mencionada no acórdão impugnado, não há falar em fundamento concreto suficiente para a elevação da pena-base.

Também afirma que o paciente confessou o delito, não se exigindo seja integral, o que ensejaria a compensação com a agravante da reincidência. Além disso, mesmo que não se reconheça a atenuante da confissão espontânea, merece redução o *quantum* de aumento decorrente do reconhecimento da agravante, pois aplicada a fração de 1/3 (um terço) com base exclusiva no caráter específico da reincidência.

Ao final, pede a concessão da ordem para que o acórdão impugnado seja cassado, com a redução da pena imposta.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 81/84, entendendo que não constam dos autos informações acerca da existência de duas condenações transitadas em julgado e que a reincidência não pode ser utilizada nas duas fases da dosimetria da pena, sob pena de *bis in idem*, opinou pela parcial concessão da ordem para redimensionar a pena do paciente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.386 - SP (2014/0326571-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o redimensionamento da pena do paciente em virtude das apontadas ilegalidades na fixação da pena-base, no não reconhecimento da atenuante da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão espontânea e possibilidade de compensação com a agravante da reincidência, além do desproporcional *quantum* aplicado à referida agravante.

Na fixação da pena, o Juiz de 1º grau consignou (e-STJ fl. 27/28):

O acusado foi preso cometendo crime violento, como narrado pela vítima Maralice, na presente solenidade, e o fez quando em cumprimento de pena, o que demonstra extrema desvalia de conduta social, na medida em que sua propensão à prática criminosa é evidente. Assim, fixo a pena inicial em 06 anos de reclusão, como pagamento de 15 dias-multa, unitária mínima. É reincidente específico, o que resulta em aumentar-lhe as penas em 1/3, elevando-as para 08 (oito) anos de reclusão e pagamento de 20 (vinte) dias-multa. Dada a comparsaria, elevo-as em 1/3, para atingir 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, mínimos. Dada a continuidade delitiva, na forma do artigo 71, parágrafo primeiro, cuidando-se de crimes praticados com grave ameaça contra três vítimas diferentes, cabível e necessário aumento de mais 1/3 da pena até o momento calculada, o que resulta em 14 (catorze) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 52 (cinquenta e dois) dias-multa, mínimos (artigo 72 do CP).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao manter a sentença condenatória, destacou (e-STJ fls. 55/56):

Na primeira fase, após análise da conduta social do increpado, já que praticou crime violento e o fez quando se encontrava em regime aberto, demonstrando ter propensão para a prática criminosa (maus antecedentes - apenso próprio fls. 02/8), houve o aumento das bases da metade, ficando estas em 06 anos de reclusão e 15 dias multa.

A operação está motivada e encontra amparo na lei, sucedendo que não deve ser alterada.

Na etapa seguinte, por ser o sentenciado reincidente específico (fl. 16 apenso próprio), confirma-se a majorante de mais 1/3, ficando os esgarmentos em 08 anos de reclusão e 26 dias multa.

Muito embora se entenda que a confissão parcial pode servir como causa atenuante, não se pode cogitar disso, na espécie, já que, segundo visto, o fim foi somente tentar minimizar a conduta, de modo a comprometer-se a verdade processual.

[...]

Ao depois, dada a qualificadora (comparsaria), as penas foram devidamente exasperadas em mais 1/3, atingindo 10 anos e 08 meses de reclusão e 26 dias multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Adequada a continuidade delitiva, que elevou a penalização em mais 1/3, fração escorreita, em função de se tratar de crimes violentos e sopesados os antecedentes e reincidência do agente, sem falar que a lei permite o aumento até o triplo.

Resultaram, definitivamente, as penas de 14 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, e 34 dias multa.

No que toca à apontada ilegalidade na exasperação da pena-base, verifica-se que tal incremento foi baseado em circunstância concreta e não relacionada ao fato típico comum, tendo em vista que o ora paciente praticou o crime durante o cumprimento de pena por outro delito em regime aberto, o que denota maior desvalor na sua conduta. Ressalta-se que, ao contrário do alegado na impetração, a exasperação não foi baseada em maus antecedentes nem em condenação considerada na segunda fase da dosimetria da pena. Sobre o tema, considerando constituir circunstância autônoma e desfavorável o fato de o crime ter sido cometido no curso do cumprimento de pena por crime anterior, segue julgado desta Corte:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS NO INTERIOR DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONSIDERAÇÃO DE FATOS DISTINTOS PARA O AUMENTO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. AUSÊNCIA DE CONTRARIEDADE À SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. [...]

[...]

2. O juiz sentenciante considerou, para majorar a pena-base, o fato de o Réu ter cometido o delito durante o cumprimento de pena que lhe fora imposta em razão de crime anterior, o que não confunde com o fato de o crime ter sido praticado no interior de estabelecimento prisional.

3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, visto que, na hipótese dos autos, existem dois fatos diferentes justificando a elevação da pena. O que não se admite, sob pena de bis in idem, é a valoração de um mesmo fato, em momentos diversos.

[...]

12. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, a fim de reformar o acórdão impugnado no tocante à dosimetria da pena, nos termos explicitados no voto.

(HC 275.072/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 3/2/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalta-se, ainda, que a individualização da pena na primeira fase da dosimetria não está condicionada a um critério puramente aritmético, mas à discricionariedade vinculada do julgador. Entretanto, na espécie, entendo que a fixação da pena-base em 2 (dois) anos acima do mínimo legal, tendo por base a circunstância supra, considerando as penas mínima e máxima cominadas ao crime de roubo, afigura-se exacerbada.

Dessa forma, no ponto, merece reparo o acórdão impugnado para fixar a pena-base apenas 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal.

Em relação ao pretendido reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, bem como sua compensação com a agravante da reincidência, verifico que a Corte de origem refutou a incidência da referida atenuante com base na inexistência de confissão, sequer parcial, conforme transcrição supra. Rever esse entendimento demandaria, necessariamente, incursão no acervo probatório, procedimento incompatível com a via estreita do *habeas corpus*, ação de rito célere e de cognição sumária.

Por fim, no que diz respeito ao *quantum* do aumento decorrente do reconhecimento da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena, predomina na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a especificidade da reincidência constitui justificativa idônea para o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) na segunda fase da dosimetria da pena, conforme os seguinte julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1) UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. 2) DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 JUSTIFICADO. 3) CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A agravante da reincidência específica é justificativa idônea para o acréscimo superior a 1/6 na segunda fase da dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente.

(HC 252.736/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Sexta Turma, DJe 27/3/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE EXASPERADA EM RAZÃO DA NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AUMENTO DE 1/3 NA SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE.

[...]

3. Possibilidade de agravamento da pena em 1/3, na segunda fase da dosimetria, em razão da reincidência específica.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 305.029/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 3/12/2014).

Assim, no ponto, não há falar em constrangimento ilegal.

Em virtude da ilegalidade aferida na primeira fase da dosimetria, procedo à adequação do cálculo.

Conforme fundamentação supra, a pena-base comporta redução, devendo ser fixada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 dias-multa, que corresponde a 1/6 (um sexto) de acréscimo sobre o mínimo legal.

Dessa forma, mantidos os demais parâmetros constantes do acórdão impugnado, na segunda fase da dosimetria da pena, elevo a pena em 1/3 (um terço), resultando em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 dias-multa. Na terceira fase, incidente a causa de aumento do concurso de pessoas e exasperada a pena em 1/3 (um terço), chega-se à pena de 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão e 18 dias-multa. Incidente o aumento de 1/3 (um terço) decorrente da continuidade delitiva, tem-se a pena definitiva de 11 (onze) anos e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 24 dias-multa, na fração mínima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente para 11 (onze) anos e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 24 dias-multa, na fração mínima.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0326571-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.386 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0074818162013 00748181620138260050 13232013 20140000445075 74818162013
748181620138260050

EM MESA

JULGADO: 25/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO APARECIDO GALLO

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.