



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.261 - SP (2017/0030143-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CINTRA FRANCO - SP342289
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURICIO FERREIRA DO NASCIMENTO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E MAJORAÇÃO NA TERCEIRA FASE. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA. ALEGADO DECURSO DO PRAZO DE 5 ANOS PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE MANTIDA. REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades 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.

3. No caso, a pena-base foi exasperada com fundamentação idônea, em virtude das circunstâncias do caso concreto - *a vítima foi abordada por cerca de oito agentes criminosos e mantida como refém por cerca de quatro horas, sem saber se sairia com vida ou não do cativeiro*.

4. Não há se falar em *bis in idem* na exasperação da pena-base e no aumento decorrente das majorantes do delito de roubo. Não obstante a restrição da liberdade da vítima configurar causa de aumento, verifica-se, no caso dos autos, que o tempo de restrição pode ser valorado negativamente, tendo em vista que o período em que a vítima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ficou em cativeiro - 4 horas - extrapola o tipo penal do roubo majorado. Ademais, essa circunstância não foi utilizada como base para se arbitrar o patamar das majorantes, tendo a fração, na terceira fase, sido fixada no mínimo legal de 1/3.

5. A existência de condenação anterior transitada em julgado, sem o transcurso de prazo superior a 5 anos entre o cumprimento ou extinção da pena e a nova prática delitiva, configura reincidência.

6. Mantida a condenação do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, bem como a sua condição de reincidente, fica prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

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

Brasília (DF), 28 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.261 - SP (2017/0030143-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CINTRA FRANCO - SP342289
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURICIO FERREIRA DO NASCIMENTO (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MAURICIO FERREIRA DO NASCIMENTO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0068669-67.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de 1º grau, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, em razão da prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos II e V, do Código Penal.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, nos seguintes termos (fls. 25/31):

Apelação - Roubo em concurso de agentes e com restrição a liberdade da vítima - Suficiência de provas à condenação - Consistentes depoimentos da vítima e dos policiais responsáveis pela prisão - Reconhecimento pessoal pela vítima - Confissão judicial do acusado - Pena bem dosada - Exasperação da pena-base que está justificada pelas circunstâncias do crime - Vítima que permaneceu em cativeiro por várias horas - Agravante da reincidência comprovada - Folha de antecedentes criminais idônea a comprovar os antecedentes criminais — Precedentes do STF - Exasperação da pena em 1/3 em razão das causas de aumento - Regime prisional fechado mantido - Recurso de apelação desprovido.

Na presente impetração, a defesa alega haver constrangimento ilegal na exasperação da pena-base acima do mínimo legal, porquanto "o magistrado de piso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referendado pela autoridade coatora, fundamentou o aumento da pena-base por conta das circunstâncias do crime: *a vítima passou verdadeiros momentos de terror em um cativeiro, onde foi mantida por algumas horas temendo por sua integridade física, o que, a meu ver, ultrapassa o dolo normal do crime de roubo*" (fl. 3). Sustenta que a restrição da liberdade da vítima durante a execução do roubo já é causa de aumento, não podendo ter sido utilizada para aumentar a pena-base, sob pena de indevido *bis in idem*.

Insurge-se, ainda, contra a consideração de que o paciente é reincidente, pois a única condenação anterior já foi alcançada pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do CP, ante o cumprimento da pena em 2 de outubro de 2007, não podendo o registro ser considerado como reincidência ou maus antecedentes.

Dessa forma, seguindo a tese da defesa, o paciente é primário, apresenta bons antecedentes e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, a permitir a fixação do regime inicial semiaberto.

Diante disso, pede, liminarmente, a expedição de alvará de soltura, para que o paciente inicie o cumprimento da pena em regime aberto ou semiaberto e, no mérito, a fixação da pena-base no mínimo legal, o afastamento da reincidência e a confirmação do pedido liminar.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 34/36.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 85/88, pela denegação da ordem:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADMISSIBILIDADE. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E PELA RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. REVISÃO DA DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, QUE EXTRAPOLARAM AS ELEMENTARES NORMAIS DO TIPO IMPUTADO. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. CONDENAÇÃO DENTRO DO PERÍODO DEPURADOR DE 5 ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*AFASTAMENTO DA AGRAVANTE. DILAÇÃO PROBATÓRIA.
PARECER PELA EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO
DO MÉRITO OU PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.261 - SP (2017/0030143-7)

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na presente oportunidade, a declaração do constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, na indevida aplicação da reincidência, bem como na fixação do regime fechado.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante desproporcionalidade.

De início, em relação à exasperação da pena-base, a impetrante alega que a restrição da liberdade já está sendo utilizada na terceira fase, não podendo ensejar o aumento da pena-base.

Para melhor análise da questão, transcrevo o que foi consignado pelas instâncias ordinárias para exasperar a pena-base:

Provada a existência material do crime imputado, em todos os elementos do tipo penal, com as causas de aumento de pena referidas, passo à dosagem da pena, com observância ao método trifásico previsto no art. 68, do Código Penal.

Entendo que a culpabilidade - entendida não só como fundamento e limite da pena, mas também como reprovação ao agente pelo crime cometido - ultrapassou o normal desvalor do crime, vez que a vítima foi abordada por cerca de oito agentes criminosos e mantida como refém por cerca de quatro horas, sem saber se sairia com vida ou não do cativeiro.

Consideradas essas circunstâncias judiciais desfavoráveis fixo a pena-base em 1/4 acima do mínimo legal, em 05 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. (Sentença fls. 21/22)

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 05 anos e 10 dias-multa em seu mínimo unitário, o que foi bem justificado pelas circunstâncias do delito, já que a vítima passou verdadeiros momentos de terror em um cativeiro, onde foi mantida por algumas horas temendo por sua integridade física, o que, a meu ver, ultrapassa o dolo normal do crime de roubo. (Acórdão fl. 30)

De fato, entendo que não há óbice ao reconhecimento da maior reprovabilidade das circunstâncias, considerando-se, no caso, a forma como o delito foi cometido. Conforme se observou, a vítima foi abordada por oito criminosos e ficou mantida em cativeiro por quatro horas, o que gera o maior desvalor da conduta do paciente, sendo fundamentos idôneos para exasperar a pena-base.

Quanto à alegação de *bis in idem*, não vislumbro sua ocorrência. Não obstante a restrição da liberdade da vítima configurar causa de aumento, verifica-se, no caso dos autos, que o tempo de restrição pode ser valorado negativamente, tendo em vista que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

período em que a vítima ficou em cativeiro - 4 horas - extrapola o tipo penal do roubo majorado. Ademais, essa circunstância não foi utilizada como base para se arbitrar o patamar das majorantes, tendo a fração, na terceira fase, sido fixada no mínimo legal de 1/3.

Em relação à reincidência, assim se manifestou o Tribunal local:

Ademais, também não se verifica o transcurso do prazo depurador da reincidência já que, nos termos das informações da folha de antecedentes do réu, a pena anterior foi julgada extinta em 07 de abril de 2009, enquanto o crime de roubo ora apurado se deu em 04 de agosto de 2013.

Conforme se verifica nas folhas de antecedentes do paciente (fl. 15), a pena pelo crime anterior que configurou a reincidência foi julgada extinta em 7 de abril de 2009 e, tendo o paciente cometido o delito em comento em 4 de agosto de 2013. Dessa forma, não se verifica o transcurso de 5 anos, sendo possível a configuração da reincidência.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTELIONATOS EM CONTINUIDADE DELITIVA E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. REINCIDÊNCIA. ALEGADO DECURSO DO PRAZO DE 5 ANOS PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE MANTIDA. REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO E REINCIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. 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.

2. A existência de condenação anterior transitada em julgado, sem o transcurso de prazo superior a 5 anos entre o cumprimento ou extinção da pena e a nova prática delitiva, configura reincidência.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 376.180/SP, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2017, DJe 17/03/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, mantida a condenação do paciente em patamar superior a 4 anos de reclusão, bem como a sua condição de reincidente, fica prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0030143-7

HC 388.261 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00686696720148260050 14242014 20160000831379 686696720148260050

EM MESA

JULGADO: 28/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CINTRA FRANCO - SP342289
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAURICIO FERREIRA DO NASCIMENTO (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."

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