



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.901 - SP (2013/0184911-8)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO PEREIRA ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO CONFIGURAÇÃO. EXISTÊNCIA DE 4 CONDENAÇÕES DEFINITIVAS NOS TERMOS DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Diante da constatação pelas instâncias ordinárias da existência de quatro condenações anteriores ao delito com trânsito em julgado, é cabível na dosimetria da pena a consideração de uma delas para fins de reincidência e as demais para fins de maus antecedentes.

– Na hipótese, ainda, diante da inexistência de prova pré-constituída quanto à alegação de *bis in idem*, prevalece a afirmação das instâncias ordinárias de que a pena foi elevada nas duas fases em razão de condenações diversas.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de março de 2015(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.901 - SP (2013/0184911-8)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : SERGIO PEREIRA ALVES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado em benefício de SERGIO PEREIRA ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000373-61.2012.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 4 anos, 1 mês e 23 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 10 dias-multa (fl. 12).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, em acórdão de folhas 13/17.

No presente *writ*, o impetrante alega ter ocorrido violação ao princípio do *non bis in idem*, porquanto houve dupla valoração da vida pregressa do paciente. Argumenta que uma única condenação com trânsito em julgado foi considerada duas vezes, em violação ao enunciado n. 241 da Súmula desta Corte.

Requer, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Sem pedido de liminar e não requisitadas informações às instâncias ordinárias pelo Tribunal de origem (fl. 22), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 25/30).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.901 - SP (2013/0184911-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade. Busca-se, na presente impetração, a fixação da pena-base no mínimo legal em razão da ausência de maus antecedentes, uma vez que a condenação com trânsito em julgado foi utilizada como fundamento para a reincidência.

De início, destaco o Enunciado n. 241 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que veda o *bis in idem*:

A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

No caso em tela, entretanto, não verifico a ocorrência de *bis in idem*, porquanto a mesma condenação não foi utilizada para fins de maus antecedentes e de reincidência, como quer fazer crer a impetrante. Destarte, segue trecho correlato da sentença que esclarece a dosimetria da pena:

Passo a fixar a pena.

Conforme certidões acostadas ao apenso, vê-se que o réu tem contra si quatro condenações penais definitivas, três por roubo e uma por furto, cujo trânsito em julgado da mais recente é datado de 30 de março de 2.009, portanto dentro do lapso temporal previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal. Deste modo, essa condenação mais recente incidirá como a circunstância agravante da reincidência, ao passo que as outras três, mais antigas, funcionarão como a circunstância judicial dos maus antecedentes.

Assim, considerando-se aqueles maus antecedentes, decorrentes de três condenações penais definitivas, e não menos, duas delas pelo grave delito de roubo, fixo a pena-base em 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão, e mais 13 (treze) dias-multa.

Na segunda fase, diante da circunstância agravante da reincidência, aumento aquela pena em mais 1/6 (um sexto), elevando-a a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e mais 15 (quinze) dias-multa.

Na terceira fase, diante da causa de diminuição prevista no art. 14, inciso II e § único, do Código Penal, já que o delito não passou da forma tentada, diminuo a pena em 1/3 (um terço), e não mais, pois o réu chegou a ameaçar gravemente a vítima, além de ter tomado posse da res, o que revela ter avançado consideravelmente no iter criminis, aproximando-se da consumação, reduzindo-a ao patamar de 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e mais 10 (dez) dias-multa.

Ausentes outras causas modificadoras, torno essa pena definitiva.

Atento à situação econômica do réu (fls. 15), fixo o dia-multa em seu valor unitário mínimo.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva, para o fim de CONDENAR SÉRGIO PEREIRA ALVES, Rg. n°. 26.777.470-SSP/SP, filho de Célio Alves e Izilda Pereira Alves, como incurso nas sanções do art. 157, caput, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 04 (quatro) anos, 01 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, e mais 10 (dez) dias-multa, fixado o dia-multa em seu valor unitário mínimo (fls. 11/12).

Em seu turno, o acórdão proferido pelo Tribunal de origem consignou inocorrência de *bis in idem*, nos seguintes termos:

3. De outro giro, o escarmento foi estabelecido a partir da rigorosa observância do sistema trifásico e das pertinentes reflexões que circunstâncias deste caso específico aconselhavam.

Não se vislumbra *bis in idem*, uma vez que os maus antecedentes e a reincidência encontram suporte, em condenações distintas (vide apenso Antecedentes - folhas não numeradas) (fl. 16).

Assim, demonstrado que condenações distintas foram utilizadas para fundamentar o aumento da pena-base pelos maus antecedentes e para agravar a pena na segunda fase diante da reincidência, mostra-se escoreita a dosimetria da pena.

No mesmo sentido, cito precedentes:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. APREENSÃO E CONSEQUENTE PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA PARA ATESTAR O SEU EFETIVO EMPREGO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. REITERAÇÃO DELITIVA. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

3. É possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência. Verificada a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça entende que "condenações com trânsito em julgado, há mais de cinco anos, não ensejam reincidência, mas fundamentam maus antecedentes." (HC n. 172.565/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 24.4.2013).

5. Não se pode utilizar a mesma circunstância (maus antecedentes) e distribuí-la para valorar três circunstâncias judiciais desfavoravelmente ao paciente (antecedentes, personalidade e conduta social), sob pena de incidir-se na vedação ao bis in idem.

6. Súmula n.º 443/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."

7. O Superior Tribunal de Justiça entende que a gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea para legitimar a fixação de regime prisional mais rigoroso do que o permitido por lei, nos termos da Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça: "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". Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado nos enunciados n.º 718 e n.º 719.

8. No caso concreto, o juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente, qual seja, a reiteração delitiva e a reincidência.

9. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, bem como para reduzir para 1/3 o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, para tornar a reprimenda do paciente definitiva em 6 anos, 8 meses e 26 dias, mantido o regime fechado, mais 16 dias-multa. (HC 269.634/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 20/06/2014)

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I e II, POR DUAS VEZES, E ART. 157, § 2.º, I e II, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. MAIS DE UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. (3) AUSÊNCIA APREENSÃO DA ARMA DE FOGO UTILIZADA. IRRELEVÂNCIA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há falar em bis in idem, diante da consideração negativa dos antecedentes, bem como pela aplicação da agravante da reincidência, se existe mais de uma condenação com trânsito em julgado.

3. A Terceira Seção pacificou o entendimento no sentido da desnecessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para que seja configurada a causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, desde que os demais elementos probatórios demonstrem sua utilização na prática do delito. Ressalva de entendimento da relatora.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC 272.815/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 24/04/2014).

Ademais, a impetrante não trouxe aos autos nenhum elemento de prova que pudesse infirmar as constatações realizadas pelas instâncias ordinárias. Logo, considerando que na via do *habeas corpus* compete ao impetrante a demonstração da flagrante ilegalidade por meio de prova pré-constituída, é forçoso, também por este



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivo, afastar o alegado *bis in idem*.

Do mesmo modo, segue precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, II E V, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) MAUS ANTECEDENTES. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DA PROVA OBJETIVO. (3) PENA-BASE. EXASPERADA. ANTECEDENTES E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INCREMENTO JUSTIFICADO. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

2. **Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no mandamus, já que não foi juntada aos autos a certidão de antecedentes criminais, deve prevalecer a exasperação da pena-base pelos maus antecedentes, bem como a incidência da agravante da reincidência. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de habeas corpus incumbe ao impetrante.**

3. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, considerar as circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes e às consequências do crime como desfavoráveis. Todavia, notabiliza-se que, com relação à culpabilidade, à personalidade, aos motivos, às circunstâncias do crime e ao comportamento da vítima, não foram arrolados elementos concretos, sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório, de 1/4 (um quarto) para 1/8 (um oitavo).

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, no tocante à Ação Penal n.º 1818829-1/2008, da 3.ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, mais 5 (cinco) dias-multa, mantendo os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 268.039/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014)

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0184911-8

HC 271.901 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000373612012 00003736120128260050 20130000000160 373612012 3736120128260050
5312

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO PEREIRA ALVES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.