



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.862 - SP (2011/0238527-2)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO CAVALCANTI TOFANO
PACIENTE : JORGE LUIZ CONTAR JUNIOR

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO QUALIFICADA. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO DE ROUBO QUALIFICADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. PERCENTUAL DE AUMENTO DA PENA PELA INCIDÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ACÓRDÃO PROFERIDO EM SENTIDO CONTRÁRIO AO DA SÚMULA/STJ 443. MERA INDICAÇÃO DO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA, E NESTA PARTE, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “*inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinária quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Não há continuidade delitiva entre os crimes de roubo e extorsão, eis que, apesar de serem delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie, possuindo elementos objetivos e subjetivos distintos. Precedentes.

V. Pedido de reconhecimento de delito único de roubo que não pode ser conhecido na via estreita do *writ*, diante da necessidade de revolvimento de matéria fático probatória.

VI. Hipótese na qual se infere flagrante ilegalidade na dosimetria das penas, vez que a sentença foi proferida em sentido contrário à Súmula nº 443 deste Superior Tribunal de Justiça.

VII. Tratando-se de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, consignando-se circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes (Precedentes).

VIII. Ordem parcialmente conhecida, e nesta extensão, parcialmente concedida para reformar o acórdão recorrido quanto à dosimetria das reprimendas, determinando ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aplique o índice de aumento de pena pela incidência de duas causas de aumento de forma motivada, mantendo-se, no mais, o teor das condenações.

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. "A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.862 - SP (2011/0238527-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em benefício de RODRIGO CAVALCANTI TOFANO e JORGE LUIZ CONGTAR JUNIOR, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Recurso da Apelação nº 993.07.063100-7.

Extraí-se dos autos que o Ministério Público estadual denunciou Rodrigo Cavalcanti Tofano, Ernesto Pereira de Oliveira, José Carlos Silva dos Santos e Maycon do Vale Barreto, como incurso no art. 159, § 1º, c.c. o art. 29, e no art. 157, § 2º, incs. I e II, também c.c. o art. 29, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A Juíza de Direito da Comarca Central de São Paulo julgou procedente a denúncia para condenar Rodrigo Cavalcanti Tofano à pena de quinze anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 50 dias-multa.

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público apelaram.

A 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para condicionar o regime inicial fechado fixado na r. sentença à disposição da Lei 11.464/07, e deu parcial provimento ao recurso defensivo, para diminuir as penas fixando-as em 14 anos e 7 meses de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença.

No presente *writ*, a Defensoria requer o reconhecimento de crime continuado, em detrimento do concurso material, bem como que seja afastada a qualificadora de quadrilha ou bando referente ao crime de extorsão mediante seqüestro e o afastamento da causa de aumento do crime de roubo.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 59/99.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 103/119, opinou pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.862 - SP (2011/0238527-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em benefício de RODRIGO CAVALCANTI TOFANO e JORGE LUIZ CONGTAR JUNIOR, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Recurso da Apelação nº 993.07.063100-7.

Extraí-se dos autos que o Ministério Público estadual denunciou Rodrigo Cavalcanti Tofano, Ernesto Pereira de Oliveira, José Carlos Silva dos Santos e Maycon do Vale Barreto, como incurso no art. 159, § 1º, c.c. o art. 29, e no art. 157, § 2º, incs. I e II, também c.c. o art. 29, ambos na forma do art. 69, todos do Código Penal.

A Juíza de Direito da Comarca Central de São Paulo julgou procedente a denúncia para condenar Rodrigo Cavalcanti Tofano à pena de quinze anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 50 dias-multa.

Inconformados, a Defesa e o Ministério Público apelaram.

A 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao recurso ministerial, apenas para condicionar o regime inicial fechado fixado na r. sentença à disposição da Lei 11.464/07, e deu parcial provimento ao recurso defensivo, para diminuir as penas fixando-as em 14 anos e 7 meses de reclusão e pagamento de 10 dias-multa, mantida, no mais, a r. sentença.

No presente *writ*, a Defensoria requer a concessão da ordem para que seja reconhecida a continuidade delitiva, sustentando que o v. acórdão deixou de reconhecer a existência de continuidade delitiva entre os delitos de roubo e extorsão mediante sequestro, afirmando que não seriam da mesma espécie, todavia “os delitos teriam sido praticados em circunstâncias idênticas de tempo e espaço, além de igual modo de execução (mesma vítima, mesmo patrimônio e mesmos agentes).” (fl. 11)

Ao final, requer que seja afastada a qualificadora de quadrilha ou bando referente ao crime de extorsão mediante sequestro, bem como, que seja reduzido o *quantum* referente às causas de aumento ao patamar de um terço.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo à análise da irresignação.

Consoante se verifica das informações prestadas pelo Tribunal de origem (fls. 61), Jorge Luiz Contar Junior não figura como parte nos autos da ação penal ora atacada, razão pela qual, em relação ao dito paciente, não se conhece do presente *writ*.

O Tribunal *a quo* informa ainda que, com o trânsito em julgado do aresto para o *Paquet*, os autos foram remetidos à Vara de origem para intimação pessoal da Defensora Pública.

Denota-se, então, que a Defesa não buscou o exame da irresignação em grau de cognição mais amplo, optando, pela via oblíqua, ao utilizar-se do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção. **No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.^a Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2.^a Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2.^a Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2.^a Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2.^a Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1.^a Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2.^a Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1.^a Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2.^a Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2.^a Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1.^a Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Quanto a absorção da extorsão pelo roubo majorado, bem como ao reconhecimento de continuidade delitiva entre o crime de roubo circunstanciado e o de extorsão, restou afastado pelo acórdão proferido em sede de apelação ao fundamento de que ambos não são crimes da mesma espécie, embora da mesma natureza, *verbis*:

"Frise-se que não há que se falar em absorção entre os crimes de extorsão mediante seqüestro e roubo qualificado, nem como no reconhecimento de crime continuado com o conseqüente afastamento do concurso material.

Trata-se de crimes da mesma natureza, porém de espécies diferentes, cada qual previsto num tipo penal.

(...)

Desta forma, na existência de pluralidade de crimes distintos e de ações dos agentes, configurado está o concurso material e não o crime único". (fls. 41/42)

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte:

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. OCORRÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. "Crimes de roubo e de extorsão - Ilícitos penais que não constituem 'crimes da mesma espécie' - Consequente impossibilidade de reconhecimento, quanto a eles, do nexó de continuidade delitiva - legitimidade da aplicação da regra pertinente ao concurso material" (STF, HC-71.174/SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 1º.12.2006).

2. A conduta dos agentes que, na mesma circunstância fática, após subtraírem os pertences das vítimas, mediante grave ameaça, exigem a entrega do cartão bancário e senha para em seguida realizarem saque em conta-corrente, se amolda aos crimes de roubo e extorsão, de forma autônoma.

3. Conforme a jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, em tais casos revela-se caracterizada a prática de ambos os delitos em concurso material, bem como entende-se afastada a tese da continuidade delitiva por não se tratar de crimes da mesma espécie.

4. Recurso especial a que se dá provimento, para reformando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em parte o acórdão recorrido, reconhecer a ocorrência do concurso material de crimes e condenar o recorrido DANIEL ANTÔNIO PINTO definitivamente às penas de 11 (onze) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa pelos crimes previstos nos arts. 157, § 2º, I, II (por duas vezes), e 158, § 1º, c/c 69 todos do Código Penal, mantido, no mais, o acórdão impugnado." (REsp 898613 / SP, Ministro OG FERNANDES, DJe 28/09/2011)

"PENAL. ROUBO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS. VIA INADEQUADA. ORDEM DENEGADA.

1. Não há continuidade delitiva entre roubo e extorsão porque não são crimes da mesma espécie. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

2. Ainda que assim não fosse, a tese da defesa de que entre os delitos (roubo e extorsão) há continuidade e não concurso material, demanda revolvimento fático-probatório, não condizente com a via do habeas corpus.

3. Habeas corpus denegado." (HC 124003 / SP, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 10/08/2011)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO E EXTORSÃO. CONCURSO MATERIAL. TENTATIVA DE EXTORSÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 96 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sem divergir da do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que configura hipótese de concurso material entre os crimes de roubo e extorsão, a conduta do autor que, após subtrair bens de propriedade da vítima, a obriga, também mediante grave ameaça, a efetuar compras de outros bens, visando a obtenção de indevida vantagem econômica.

2. No caso, os fatos tais como postos na inicial acusatória revelam que, embora sob ameaça, a vítima não efetuou as compras determinadas pelo recorrido, tampouco preencheu cheques, uma vez que houve intervenção policial em tempo, caracterizando o início da execução que restou interrompida, antes de sua consumação, por força alheia à vontade do autor e/ou da vítima – figura da tentativa.

3. Decisão que não afronta a Súmula 96 deste STJ.

4. Recurso parcialmente provido." (REsp 437157 / SP, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 09/03/2009)

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 158, § 1º (POR TRÊS VEZES), C/C O ART. 71, E ART. 157, § 2º, INCISOS I, II E V, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DELITO ÚNICO. CONCURSO MATERIAL. AUMENTO DE PENA EM RAZÃO DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

I - Na linha de precedentes desta Corte e do Pretório Excelso,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configuram-se os crimes de roubo e extorsão, em concurso material, se o agente, após subtrair alguns pertences da vítima, obriga-a a entregar o cartão do banco e fornecer a respectiva senha.

II - Todavia, para o aumento acima do patamar mínimo, em virtude de causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, incisos I, II e V do CP, é necessária a devida fundamentação baseada em circunstâncias concretas, e não simples constatação de existência de duas ou mais majorantes.

III - O mesmo se aplica ao aumento acima do patamar mínimo, em virtude de causa de aumento de pena prevista no art. 158, § 1º, do CP.

Recurso provido.

Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de reduzir o aumento da pena em razão das majorantes do concurso de agentes, do emprego de arma de fogo e da restrição da liberdade da vítima (em relação ao delito de roubo) ao mínimo legal, qual seja, 1/3, bem como para reduzir o aumento da pena em razão das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo (em relação ao delito de extorsão) ao mínimo legal, qual seja, 1/3, devendo o e. Tribunal a quo realizar nova dosimetria da pena." (REsp 982158 / SP, Ministro FELIX FISCHER, DJe 09/02/2009)

Ademais, a via eleita é imprópria para a análise das alegações trazidas pelo impetrante para sustentar a tese reconhecimento de delito único de roubo. Tal exame implicaria análise do conjunto fático-probatório, inviável em sede de writ.

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE PERÍCIA E APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. EMPREGO DO ARTEFATO DEMONSTRADO NO CONJUNTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. MAJORANTE MANTIDA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO DE ROUBO QUALIFICADO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INOVAÇÃO LEGISLATIVA. LEI N.º 12.015/09. ABSORÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

I. Hipótese na qual o magistrado singular afirmou ser o quadro probatório firme e sólido no sentido de evidenciar a responsabilidade do réu pela prática dos delitos de roubo qualificado, achando-se a utilização de armas de fogo amparada na prova oral colhida ao longo da instrução criminal.

II. Não obstante a ausência de comprovação, nos autos, de termo de apreensão e perícia nas "armas de fogo exibidas", observou-se a existência de um conjunto probatório que permitiu ao julgador formar convicção no sentido da efetiva utilização dos artefatos pelo réu, devendo ser mantida a qualificadora descrita no inciso I do § 1º do art. 157 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. A Eg. Terceira Seção, nos autos do EREsp. 961.863/RS, julgado em 13/12/2010, em que fui designado relator para acórdão, pacificou o entendimento de que para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego.

IV. Pedido de reconhecimento de delito único de roubo que não pode ser conhecido na via estreita do writ, diante da necessidade de revolvimento de matéria fático probatória.

V. A nova redação do art. 213 do Código Penal, dada pela Lei 12.015/09, absorve o ato libidinoso em progressão ao estupro - classificável como praeludia coiti - e não ato libidinoso autônomo, como o coito anal e o sexo oral (hipótese dos autos).

VI. Ordem parcialmente conhecida e denegada." (HC 153374/SP, de minha relatoria, DJe 15/04/2011)

Contudo, no caso dos autos, verifica-se flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, vez que a sentença foi proferida em sentido contrário à Súmula nº 443 deste Superior Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar o apelo ministerial, considerou:

"Quanto à dosimetria da pena, está ela a merecer pequeno reparo no tocante ao crime de roubo qualificado, para adequar a majoração concernente a caracterização das duas causas de aumento (concurso de agentes e emprego de arma de fogo) para 3/8, mantida a pena-base em seu mínimo legal e a diminuição em 1/6, pela menoridade do recorrente (art. 65, inc. I do Cód. Penal)." (fls. 46)

Tratando-se de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, não obstante a existência de duas majorantes, consignando-se circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise, conforme consolidado na Súmula n.º 443 desta Corte.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. EMPREGO DE ARMA. VALORAÇÃO. BIS IN IDEM. NÃO APREENSÃO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO.

I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

III - Na espécie, verifica-se que a r. decisão de primeiro grau apresenta vício em sua fundamentação porquanto o uso de arma de fogo foi valorado tanto na circunstância judicial circunstâncias do crime quanto na aplicação da causa de aumento, o que caracteriza *bis in idem*.

IV - É prescindível a apreensão da arma de fogo empregada no roubo para incidência da majorante do inciso I, do § 2º, do art. 157, do CP, se tal circunstância pode ser evidenciada por outro meio de prova, como no caso (Precedentes do STF e do STJ).

V - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência das mesmas, como o foi na espécie, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

VI - Atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 04 (quatro) e não excedente a 08 (oito) anos e a existência de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis, deve o réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida. Habeas corpus concedido de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda" (HC 132249/MS, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/06/2010).

Desta forma, deve ser concedido *habeas corpus* para reformar o acórdão recorrido quanto à dosimetria da reprimenda, determinando ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aplique o índice de aumento de pena pela incidência de duas causas de aumento de forma motivada, mantendo-se, no mais, o teor das condenações.

Diante do exposto, conheço parcialmente da impetração, e nesta parte, concedo parcialmente a ordem, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0238527-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 220.862 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50050491075 9092005 993070631007

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : BRUNO SHIMIZU - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO CAVALCANTI TOFANO
PACIENTE : JORGE LUIZ CONTAR JUNIOR

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Extorsão mediante seqüestro

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, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.