



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.895 - SP (2016/0073631-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO FRANCISCO DO NASCIMENTO FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. PENA-BASE. ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS UTILIZADAS PARA FINS DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUMENTO SUPERIOR À FRAÇÃO MÍNIMA PELAS DUAS MAJORANTES RECONHECIDAS. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE APENAS NO CRITÉRIO NUMÉRICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. CRIME CONTINUADO ESPECÍFICO. FRAÇÃO DE 1/3 FUNDAMENTADA NA QUANTIDADE DE CRIMES (TRÊS), NOS ANTECEDENTES E NA REINCIDÊNCIA DO ACUSADO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

– Inexiste ofensa ao princípio do *ne bis in idem* quando, para a valoração dos maus antecedentes, foi utilizada condenação definitiva distinta daquela considerada na segunda etapa da dosimetria, para fins de reincidência.

– Nos termos da Súmula n. 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.*

– Hipótese em que não houve fundamentação concreta para o aumento da pena acima da fração mínima de 1/3, na terceira fase, pelo reconhecimento das majorantes do emprego de arma e do concurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de agentes, pois as instâncias ordinárias mencionaram apenas o aspecto quantitativo.

– A fração de aumento pela continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, pressupõe a análise de requisitos objetivos (quantidade de crimes praticados) e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime.

– Inexiste constrangimento ilegal quando o Tribunal de origem estabeleceu a fração de 1/3 pela continuidade delitiva específica, com base na quantidade de infrações (3 delitos), na reincidência e nos maus antecedentes do acusado.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, para reduzir a pena do paciente para 8 anos e 22 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

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

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.895 - SP (2016/0073631-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO FRANCISCO DO NASCIMENTO FILHO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de ANTONIO FRANCISCO DO NASCIMENTO FILHO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0002786-22.2013.8.26.0338.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo singular, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do CP, por três vezes, em continuidade delitiva, às penas de 9 anos, 4 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 19 dias-multa (fls. 26/37).

Irresignada, apelou a defesa, tendo o Tribunal de origem provido parcialmente o recurso para reduzir as penas aplicadas ao paciente para 8 anos, 3 meses e 23 dias de reclusão, e 19 dias-multa, mantida, no mais, a sentença.

A Defensoria Pública sustenta, no presente *writ*, a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base acima do mínimo legal, ao fundamento de que o paciente apresentaria maus antecedentes. Entretanto, aponta a defesa que foram consideradas condenações geradoras de reincidência na primeira e na segunda fase, o que viola o método trifásico e a vedação do *bis in idem*.

Aduz a defesa, ainda, ausência de fundamentação idônea para a elevação da pena em 3/8 na terceira fase, feita exclusivamente com base na quantidade de majorantes, em desacordo com o entendimento firmado no verbete n. 443 da Súmula desta Corte.

Por fim, insurge-se contra a fração utilizada para aumentar a pena em razão da continuidade delitiva, pois o aumento foi indevido, não acompanhando, proporcionalmente, o número de patrimônios reconhecidos, 03, o que enseja a incidência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da fração de 1/5.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a realização de nova dosimetria da pena, reduzindo-a em razão dos fundamentos acima expendidos.

Pedido liminar indeferido (fls. 47/48).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, apenas para fixar o patamar de 1/3, na terceira etapa da dosimetria (fls. 56/58).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.895 - SP (2016/0073631-7)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução da pena-base, a aplicação da Súmula n. 443/STJ ao caso e a redução da fração pelo crime continuado para 1/5, ante o número de infrações.

É cediço que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas 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.

No caso, o sentenciante condenou o paciente como incurso no art. 157, § 2º, I e II, por três vezes, nos termos do parágrafo único do art. 71, todos do Código Penal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecendo as penas nos seguintes moldes (fls. 34/36):

Na primeira fase, tendo em vista as circunstâncias judiciais contidas no art. 59 daquele estatuto, observo que o réu ostenta maus antecedentes (fls. 111), sendo que o apoderamento do patrimônio alheio, somado à ausência de comprovação de ocupação lícita, permite afirmar que faz do crime seu modus vivendo. Por estes motivos, fixo a pena-base em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa (...).

Na segunda fase, pesa em desfavor do réu a agravante da reincidência (fls. 115/116), motivo por que aumento sua pena em 1/6, a qual passa a 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa (...). Em razão da confissão do réu, aplico o redutor de 1/6, que leva a pena a 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 13 (treze) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na última fase, em razão das duas causas de aumento, a pena será majorada em 3/8. Deveras, a incidência destas duas causas de aumento enseja o incremento da pena, nesta terceira fase da dosimetria, acima do mínimo legal (1/3). Com respeito a opiniões em contrário, entendo que o agente que pratica o roubo com duas causas de aumento apresenta culpabilidade maior do que aquele que comete roubo com apenas uma. Sua conduta é mais censurável sob a óptica do Direito Penal. O aumento de 1/3, na hipótese de roubo com duas causas de aumento, implica o tratamento igual de situações diversas, num quadro a arranhar o princípio da igualdade, desaguando numa solução injusta (...). Assim, passa a pena a 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Ainda na última fase, com relação à pena privativa de liberdade, deve incidir a causa de aumento decorrente da continuidade delitiva. No presente caso, inobstante o número de crimes praticados (três), tem-se que o réu praticou crimes dolosos, cometidos com grave ameaça à pessoa, possui maus antecedentes e, ainda, é reincidente, o que denota reprovável comportamento pessoal, aumento a pena na fração da metade - 1/2 - nos termos do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, a qual torno definitiva em 09 (nove) anos, 04 (quatro) meses e 07 (sete) dias de reclusão e 19 (dezenove) dias-multa.

O voto condutor do acórdão recorrido, por sua vez, ao julgar o apelo defensivo, deu provimento parcial ao recurso, reduzindo a pena corporal do paciente com base na seguinte fundamentação (fl. 42):

As básicas foram corretamente fixadas acima do mínimo legal, ante os maus antecedentes do acusado (fls. 111), resultando em 04 anos e 08 meses de reclusão, e 11 dias-multa. Na segunda fase, foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novamente majoradas em 1/6, diante da reincidência (fls. 115/116), reduzida, ainda, de 1/6 pela confissão espontânea, somando 04 anos, 06 meses e 13 dias de reclusão, e 10 dias-multa.

Em seguida, foram majorados de 3/8, ante a maior culpabilidade da conduta, o que deve ser mantido, derivando 06 anos, 02 meses e 25 dias de reclusão, e 13 dias-multa.

Diante da continuidade delitiva, tendo sido os crimes dolosos, cometidos com grave ameaça à pessoa, considerando, ainda, os maus antecedentes e reincidência do acusado, a fração foi majorada de 1/2, com fundamento no artigo 71, parágrafo único, do Código Penal. Em que pese correta a aplicação do referido artigo, o d. Magistrado agiu com rigor excessivo, e por se tratar de três roubos, cometidos em concurso com um adolescente, suficiente a majoração de 1/3, resultando a sanção final em 08 anos, 03 meses e 23 dias de reclusão.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se, de pronto, que inexistiu a alegada ofensa ao princípio do *ne bis in idem* na fixação da pena-base, pois, quanto aos maus antecedentes, foi utilizada condenação definitiva distinta daquela considerada na segunda etapa da dosimetria, para fins de reincidência, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte.

A propósito:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES ANTERIORES NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA ETAPAS DA DOSIMETRIA QUANDO SE TRATAM DE PROCESSOS DISTINTOS.

1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou-se no sentido de que não há óbice em se considerar, na primeira fase da dosimetria, anotações diversas daquelas sopesadas como reincidência, razão pela qual é descabida a alegação de ocorrência de bis in idem, ou mesmo de ofensa ao enunciado sumular 241 deste Sodalício, uma vez que os fatos utilizados para a exasperação de pena-base não são os mesmos que autorizaram a majoração na etapa seguinte.

(...)

2. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas para reduzir a pena-base do paciente para 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa. (HC 334.643/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016) - grifei.

Por outro lado, sabe-se que, nos termos da Súmula n. 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.*

No caso, as instâncias ordinárias, como visto pela leitura dos trechos da sentença e do acórdão recorrido acima transcritos, majoraram a pena em fração superior à mínima com base apenas no critério numérico, deixando de evidenciar de que forma a conduta do paciente desbordou para um comportamento mais grave, mediante fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena na fração de 3/8.

Dessa forma, inexistindo fundamentação concreta para o aumento acima do mínimo, na terceira fase, pelo reconhecimento das majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes, impõe-se a aplicação da Súmula n. 443/STJ ao caso.

Quanto à continuidade delitiva específica, dispõe o Código Penal:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Percebe-se que a fração de aumento pela continuidade delitiva específica,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, pressupõe a análise de requisitos objetivos (quantidade de crimes praticados) e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime.

No caso, considerando a prática de três delitos de roubo, os maus antecedentes e a reincidência do paciente, o sentenciante aumentou a pena em 1/2. O Tribunal de origem, contudo, entendeu exacerbada a fração aplicada em primeiro grau e reduziu-a para 1/3.

Assim, observa-se que inexistente o alegado constrangimento ilegal sustentado pela defesa, pois, em se tratando de crime continuado específico, não se utiliza apenas o critério objetivo da quantidade de crimes, devendo o julgador sopesar, também, as circunstâncias judiciais do acusado.

Nesse sentido:

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. FRAÇÃO DE AUMENTO. LEGALIDADE. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROGRESSÃO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 471 DO STJ. APLICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

(...)

2. Conforme orientação firmada nesta Corte, a majoração da pena pela aplicação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, deve se pautar por critérios objetivos (número de infrações cometidas) e subjetivos (circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal).

3. Admitido o acréscimo da pena no patamar de 1/3 pela continuidade delitiva específica quando, cometidas apenas duas infrações (duplo latrocínio), as circunstâncias judiciais se mostrarem desfavoráveis ao réu, como no caso.

(...)

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, respeitado o regime inicial fechado, determinar ao Juízo das Execuções Penais que examine o cabimento da progressão, observada a fração de 1/6, nos termos do art. 112 da LEP. (HC 187.617/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com essas considerações, **redimensiono a pena corporal do paciente nos seguintes moldes:**

Na primeira fase, mantenho a pena-base de 4 anos e 8 meses de reclusão fixada pelo juízo de origem e mantida pelo Tribunal local.

Na segunda fase, presentes a confissão e a reincidência, ambas preponderantes, a compensação entre ambas seria de rigor. Contudo, tendo o sentenciante agravado a pena em 1/6 e, em seguida, atenuado também em 1/6, alcançando a pena 4 anos, 6 meses e 13 dias de reclusão, entendo que, para não incorrer no vedado *reformatio in pejus*, deve ser mantido o patamar estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Por fim, na terceira fase, aumento a pena provisória na fração mínima de 1/3, ante as majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma, alcançando a pena o patamar de 6 anos e 17 dias. Por fim, ante a regra do art. 71, § único, do CP, mantenho a fração de 1/3 estabelecida pelo acórdão recorrido, fixando a pena definitivamente em 8 anos e 22 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem *ex officio*, reduzindo a pena do paciente nos termos acima expendidos, mantida, no mais, a condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0073631-7

HC 351.895 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00027862220168260338 20140000397781 27862220168260338 9582013

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO FRANCISCO DO NASCIMENTO FILHO

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