



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.978 - SP (2014/0280719-6)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDO CATAACHE BORIAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO HENRIQUE SCHIAVONI (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DOS ANTECEDENTES. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DESTA CORTE. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP N. 1.154.752/RS. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

– 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.

– Aplica-se ao caso o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, segundo o qual é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

– A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência.

– "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" -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

enunciado n. 443 da Súmula desta Corte. Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas 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), 18 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.978 - SP (2014/0280719-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDO CATAACHE BORIAN
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO HENRIQUE SCHIAVONI (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de LEANDRO HENRIQUE SCHIAVONI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0000293-20.2012.8.26.0302.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo singular, como incurso nas penas do artigo 157, § 2º, I e II, do CP (roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma de fogo), às penas de 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, em regime fechado, e 16 dias-multa (e-STJ fls. 16/29).

O Tribunal de origem negou provimento aos recursos da defesa e do Ministério Público (e-STJ fls. 31/46).

No presente *writ*, a Defensoria Pública sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da exasperação da pena-base, efetivada com base em processos ainda em andamento, contrariando a Súmula 444/STJ; da ausência de compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante de reincidência e da elevação da pena, na terceira fase, em fração superior ao mínimo de 1/3, feita exclusivamente com base na quantidade de majorantes.

Diante disso, requer, liminamente e no mérito, a redução da pena-base ao mínimo legal; a compensação entre a confissão e a reincidência e a aplicação da fração de 1/3, na terceira fase de dosimetria.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício (e-STJ fl. 158).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 307.978 - SP (2014/0280719-6)

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, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª 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.

Busca-se o redimensionamento da pena imposta, em razão da alegada incidência ao caso do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, da possibilidade de compensação da atenuante de confissão com a agravante de reincidência e da redução da fração de aumento de pena para o mínimo de 1/3, na terceira fase de dosimetria.

Na fixação da pena, o Juiz de 1º grau consignou:

Atentando para as diretrizes traçadas pelo artigo 59 do Código Penal, verifico na certidão de fls. 85 que o réu ostenta condenação criminal ainda não transitada em julgado por crime de roubo. Malgrado esta não possa ser considerada como Maus antecedentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revela conduta social inadequada. Por certo, uma pessoa que nunca esteve envolvida em qualquer processo-crime não pode ter o mesmo tratamento de quem ostenta no mínimo uma condenação criminal. Esta, ainda que não definitiva, demonstra que ao menos um magistrado já entendeu que o réu cometeu um delito, o que certamente deve repercutir na fixação da pena, sobretudo para conferir tratamento diverso daquele que nunca sofreu semelhante reprovação. Assim, majoro a pena-base em 1/6, fixando-a em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda fase, reconheço a atenuante da confissão e a agravante da reincidência (fls. 86). Assim, e considerando o disposto no artigo 67 do Código Penal, majoro a reprimenda em 1/6 para 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e 12 dias-multa.

Na terceira fase, considerando-se a quantidade e a qualidade das majorantes, que denotam maior temibilidade e reprovabilidade da conduta dos assaltantes, aumento a pena em 3/8 para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e 16 dias-multa, tornando-a definitiva. (e-STJ fls. 23/24)

O Tribunal de origem, por sua vez, ao manter os termos da sentença condenatória, destacou:

Que busca, inicialmente, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Sem qualquer razão, entretanto.

Isto porque, muito embora a condenação ostentada pelo acusado não possa ser considerada para majoração das penas por maus antecedentes, é certo que seu registro constitui a prova mais eficaz de que dispõe o Juízo para analisar sua conduta social e personalidade - circunstâncias que, conforme determina o art. 59 do Cód. Penal, devem ser consideradas pelo Juiz na dosimetria da pena.

[...]

A defesa busca ainda a redução das penas, com a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão.

Novamente, não lhe assiste razão.

A uma porque tal compensação já foi feita pelo d. Juízo de origem, embora parcialmente, o que resulta na adoção de uma menor fração de aumento pela reincidência.

E, a duas, porque o disposto pelo art. 67 do Cód. Penal determina a preponderância da reincidência - dentre outras circunstâncias - sobre as demais.

E assim se deve proceder, por aqui.

Adotar o entendimento contrário configurar-se-ia hipótese



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verdadeiramente "contra legem".

[...]

Finalmente, a defesa do acusado Leandro busca ainda a adoção de menor fração de majoração das penas pelas qualificadoras.

Porém, a fração empregada pela origem mostra-se adequada ao caso e igualmente justificada.

Forte no princípio de que se a lei escalona e gradua a majoração, é porque considera a existência de diferentes cometimentos c qualificadoras, como aqui.

E o entendimento não contraria a Súmula n. 443 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "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".

Ao reverso, vai ao seu encontro, vez que nitidamente mais grave e, portanto - como deve ser - de maior reprovabilidade a conduta do acusado. (e-STJ fls. 42/43)

Após a análise dos trechos destacados, verifica-se que existe manifesto constrangimento ilegal, inicialmente no tocante à exasperação da pena-base, porquanto inquéritos e feitos criminais em curso não podem ser considerados para valorar negativamente os antecedentes criminais, a conduta social ou a personalidade do agente, sob pena de violação do princípio constitucional da não-culpabilidade.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. REVISÃO CRIMINAL. SONEGAÇÃO FISCAL. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO APLICABILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. VIOLAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A sentença condenatória, ao contrário do que defende a impetrante, fundamenta exaustivamente o agravamento da pena imposta ao paciente, ponderando adequadamente as circunstâncias judiciais para justificar a fixação de pena-base significativamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superior ao mínimo legal (com exceção dos maus antecedentes).

3. Esta Quinta Turma entende ser desnecessária a menção expressa às circunstâncias judiciais na inicial acusatória para que o juiz possa conhecê-las e quantificá-las na dosimetria da pena. Não há que se falar em ofensa ao princípio da congruência entre acusação e sentença.

4. As instâncias ordinárias, ao fixarem a pena-base acima do mínimo legal, valoraram negativamente como circunstância judicial desfavorável ao paciente a existência de processo criminal ainda não definitivamente julgado, em manifesto confronto à Súmula 444 do STJ, que dispõe ser "vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base", sendo certo que, ao tempo da não admissão do recurso especial, já havia sido editada o referido verbete.

5. O redimensionamento da pena-base deve desconsiderar tão somente os processos criminais existentes contra o paciente pendentes de julgamento ao tempo da condenação atacada. Isso porque inexistem óbices ao cômputo de condenação prescrita como circunstância judicial desfavorável, conforme precedentes.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais. (HC 245.963/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 12/5/2015, DJe 28/5/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 155, § 4º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE, REFORMANDO, EM PARTE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, EXCLUIU A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA À CULPABILIDADE. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM FACE DOS MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DO APONTADO BIS IN IDEM, NO TOCANTE AO AUMENTO DA PENA-BASE, PELOS MAUS ANTECEDENTES, E À APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DELITUOSA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTO INIDÔNICO. SÚMULA 444/STJ. PENA DE RECLUSÃO INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em Habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. O habeas corpus, em regra, constitui meio impróprio para o reexame da dosimetria da pena fixada pelas instâncias ordinárias, uma vez que não comporta ele a análise do conjunto fático-probatório produzido nos autos. Em hipóteses excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido reapreciar a reprimenda que se mostre, inequivocamente, ofensiva aos critérios previstos nos arts. 59 e 68 do Código Penal. Precedentes do STJ.

VI. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, considerou, como circunstâncias judiciais desfavoráveis, os antecedentes e a personalidade do paciente, afastando a elevação da pena-base, a título de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culpabilidade, ao considerar inidôneo o seu fundamento, e, por conseguinte, reduziu a reprimenda básica - fixada, pelo Juízo de 1º Grau, em 05 anos e 06 meses de reclusão e 180 dias-multa - para 05 anos e 03 meses de reclusão e 160 dias-multa.

VII. Não há como concluir, de forma incontroversa, se procede a alegação de bis in idem, ao argumento de que as duas condenações, transitadas em julgado, que teriam sido utilizadas para aumentar a pena-base, a título de antecedentes, e, posteriormente, para fins de reincidência, referem-se ao mesmo fato criminoso.

VIII. Não havendo prova inequívoca de que, na hipótese, estar-se-ia considerando, por duas vezes, o mesmo fato criminoso, não há como, na via estreita do habeas corpus, proceder à ampla dilação probatória, já que deve o remédio constitucional vir instruído com todas as provas capazes de comprovar o quanto alegado na impetração, o que não ocorreu, na hipótese.

IX. A jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula 444/STJ, tem entendido que "inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade" (STJ, HC 206.442/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 02/04/2013).

X. A utilização de registros criminais, sem notícia de condenação com trânsito em julgado, para exasperar a pena-base, pela valoração negativa de qualquer circunstância judicial - tais como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, tal como ocorreu, na terceira hipótese -, constitui afronta à Súmula 444 do STJ.

XI. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula 269/STJ).

XII. Tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque desfavorável a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, não faz jus o paciente, em face de sua reincidência, ao regime inicial semiaberto, a despeito de a sanção final ter sido estabelecida, neste writ, em 03 anos e 06 meses de reclusão.

XIII. Habeas corpus não conhecido.

XIV. Ordem concedida, de ofício, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 03 anos e 06 meses de reclusão - a ser cumprida em regime inicial fechado, em face de circunstância judicial negativa, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e da reincidência -, além do pagamento de 90



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal. (HC 215.095/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe 28/2/2014)

Aplico, assim, ao caso o disposto no enunciado n. 444 da Súmula desta Corte para reduzir a pena-base ao mínimo legal.

Na segunda fase, verifica-se que as instâncias ordinárias consideraram a agravante de reincidência preponderante em relação à atenuante de confissão espontânea.

A Terceira Seção desta Corte, porém, no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, ao reconhecer que as causas devem ser igualmente valoradas.

Acerca do tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ERESP 1.154.752/RS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- No julgamento EREsp n. 1.154.752/RS, a Terceira Seção desta Corte Superior uniformizou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea deve ser compensada com a agravante da reincidência, reconhecendo que ambas as causas devem ser igualmente valoradas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para que seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena imposta ao paciente para 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 7 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão. (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

275.896/SP, Relatora Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Sexta Turma, DJe 14/3/2014)

HABEAS CORPUS. ART. 155, CAPUT, E ART. 155, § 4.º, I, C.C. ART. 69, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) COMPENSAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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. In casu, há manifesta ilegalidade no tocante à incidência da qualificadora de rompimento de obstáculos, dada a ausência de laudo pericial, não se justificando que seja suprido pela prova testemunhal sem motivação idônea. (Precedentes).

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes, pelo que devem ser compensadas.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a qualificadora e compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a reprimenda do paciente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 23 (vinte e três) dias-multa, no tocante a Ação Penal n.º 30/2011, Código 26473, da 1.ª Vara da Comarca de Canarana/MT, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão. (HC n. 234.153/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 24/3/2014)

Quanto ao aumento da pena na terceira fase da dosimetria, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Conforme se observou do trecho destacado da sentença, confirmada pelo Tribunal *a quo*, na terceira fase da dosimetria da pena foi aplicado o acréscimo em fração superior a 1/3 considerando apenas a quantidade de majorantes imputadas, deixando de evidenciar de que forma a conduta do paciente desbordou para um comportamento mais grave, fundamentação concreta que justificaria a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.

Assim, necessária a realização de nova dosimetria.

Na primeira etapa, em razão da aplicação do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, fixo a pena-base no mínimo legal, mantida no mesmo patamar na segunda etapa, em razão da compensação entre confissão e reincidência.

Na terceira fase, aplico a fração mínima de 1/3 em razão da incidência das duas causas de aumento – emprego de arma e concurso de agentes – e fixo a pena em 5 anos, 4 meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas impostas ao paciente, nos termos da fundamentação acima expendida.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0280719-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 307.978 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002932020128260302 132012 2932020128260302

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDO CATACHE BORIAN
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEANDRO HENRIQUE SCHIAVONI (PRESO)
CORRÉU	: CELSO HENRIQUE NAZZI
CORRÉU	: ROBSON ARIANO DA SILVA
CORRÉU	: EMERSON RODRIGO DALMAZO
CORRÉU	: ELITON FERNANDO DALMAZO

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.