



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.313 - SP (2015/0076290-6)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON LOMBARDI TOBIAS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. SÚMULA N. 443/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça – STJ, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante ilegalidade.

– A fundamentação utilizada para elevação da pena na terceira fase de sua aplicação foi unicamente matemática, em razão apenas do número de causas de aumento de pena, ofendendo o enunciado n. 443 da Súmula do STJ. Ressalvado o entendimento pessoal do relator quanto à questão.

– *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento referente às majorantes do § 2º do art. 157 do Código Penal, redimensionando a pena para esse delito ao patamar de 2 anos, 5 meses e 1 dia de reclusão, mais o pagamento de 5 dias-multa.

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 do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, 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, 16 de junho de 2015(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.313 - SP (2015/0076290-6)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JEFFERSON LOMBARDI TOBIAS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JEFFERSON LOMBARDI TOBIAS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo da 9ª Vara Criminal de São Paulo condenou o paciente à pena de 2 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 6 dias-multa, como incurso nas sanções previstas no art. 157, § 2º, I e II, na forma do art. 14, II; e art. 329, *caput*; c/c art. 69, *caput*, todos do Código Penal (Ação Penal n. 0000067-92.2012.8.26.0050).

A defesa interpôs apelação, julgada parcialmente procedente para reduzir a reprimenda ao patamar de 2 anos, 5 meses e 28 dias de reclusão, nos termos do acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - roubo MAJORADO pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo E RESISTÊNCIA - Pretendida absolvição por insuficiência probatória - Impossibilidade - Materialidade e autoria delitivas sobejamente comprovadas nos autos ~ Reconhecimento efetivado pela vítima, aliado aos demais elementos de convicção que dão a certeza do cometimento do delito pelo apelante - Ademais, depoimentos seguros dos policiais responsáveis pela prisão do apelante que confirmam a resistência à execução de ato legal - Condenação mantida - Ajuste na dosimetria - Necessidade - Penas majoradas em virtude dos maus antecedentes (sendo de rigor, neste aspecto, o afastamento de uma condenação considerada pela juíza sentenciante, ante a inexistência de trânsito em julgado para a defesa) e reincidência do acusado - Aumentos baseados em condenações distintas, não havendo que se falar em 'bis in idem' - Regime fechado que se revelou o mais adequado à espécie, haja vista a gravidade concreta do delito, praticado mediante utilização de arma de fogo e comparsaria. Recurso parcialmente provido (fl. 25).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A impetrante sustenta que o aumento da pena do paciente, na terceira fase, deve ser reduzido ao mínimo legal (1/3), uma vez que a fração adotada pelas instâncias ordinárias (3/8) foi fundamentada, apenas, no número de majorantes, em ofensa ao enunciado n. 443 da Súmula do STJ.

Nesses termos, requer a concessão da ordem, inclusive em sede de liminar.

Indeferida a medida de urgência e dispensadas as informações, os autos foram encaminhados ao Ministério Público Federal, oportunidade em que o *Parquet* manifestou-se pelo não conhecimento do pedido, concedendo-se a ordem de ofício (fls. 43/44 e 55/57).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 320.313 - SP (2015/0076290-6)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109.956, Rel. 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.

Em primeiro grau, a pena foi fixada nos seguintes termos:

(...)

Caracterizadas, portanto, a infração penal a condenação é medida que se impõe. Dessa forma, passo a dosar a pena.

Do crime de roubo:

O réu é reincidente, conforme de sua 2ª execução, do apenso de F.A., o que será devidamente analisado na segunda fase.

Além disso, possui outros antecedentes atestados, estando no cumprimento de sua 04 execução criminal, desfavorecendo-lhe as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código de Penal, devendo a pena base ser fixada em seu mínimo legal, e aumentada cm 1/5, ou seja, 04 anos e 09 meses e 18 dias de reclusão, e 12 dias multa.

Na segunda fase, há que se reconhecer a agravante referida e a pena ser aumentada em mais 1/6, com total de 05 anos, 7 meses e 06 dias de reclusão, e 14 dias multa. Não foram reconhecidas atenuantes.

*Na terceira fase, há duas circunstâncias que agravam o crime, tipificadas no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II, devendo ser aumentada a pena. **Na terceira fase, aumento a pena em 3/8 pela existência de duas causas de aumento de pena (concurso de pessoas e emprego de arma), conforme, aliás, já vem entendendo a jurisprudência pátria,** conforme se pode ver na Apelação n. 1.116.609/5, da 7ª. Câmara Criminal do E. TACRIM-SP e Apelação nº 1.050.713/9, da Sexta Câmara daquela mesma Corte, obtendo-se a pena de 7 anos, 8 meses e 12 dias de reclusão e 19 dias-multa.*

(...)

O crime foi tentado, assim sendo, tendo em vista o iter criminis percorrido pelo réu a pena ser diminuída em 2/3, ou seja, 02 anos, 06 meses e 24 dias de reclusão, e 06 dias multa (fls. 18/20, sem destaque no original)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sede de apelação da defesa, o Tribunal *a quo* reduziu a reprimenda, destacando:

As penas, contudo, merecem pequeno ajuste.

Senão vejamos.

Para o delito de roubo:

A pena-base foi fixada em 1/5 acima do mínimo legal, haja vista os maus antecedentes ostentados pelo acusado, os quais se comprovam apenas pela condenação definitiva proferida nos autos do processo-crime nº 39938/2000, oriundo da 22ª Vara Criminal da Capital (execução 1), com trânsito em julgado ocorrido em 27/07/2011, tendo o término do cumprimento de pena transcorrido em 21/06/2005 (conf. certidão de execução criminal acostada no segundo apenso).

Contudo, a douta magistrada, em relação aos antecedentes, também fez menção à execução 04, a qual não pode ser considerada para majorar a pena-base, haja vista não haver trânsito em julgado para a defesa. Destarte, a teor da Súmula 444 do STJ, referida condenação deve ser afastada nesta fase, aumentando-se, assim, a pena-base em 1/6, o que perfaz, nesta fase, um total de 04 anos e 08 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

Na segunda fase do cálculo de penas, faz-se presente a reincidência, comprovada pela condenação definitiva, proferida nos autos do processo-crime nº 827/99, oriundo da 8ª Vara Criminal da Capital (execução 2), transitada em julgado para a defesa em 12/02/2001, cujo término de cumprimento de pena adveio em 21/02/2008 (conforme certidão supracitada), estando correto, portanto, um novo acréscimo de 1/6, totalizando 05 anos, 05 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 12 dias-multa.

Como se vê, não há se falar em bis in idem, pois não se está utilizando uma mesma condenação para maus antecedentes e reincidência. Não há simultaneidade na consideração das condenações anteriores. Tratam-se de condenações distintas, constituindo fatos geradores diferentes.

(...)

Na derradeira etapa do itinerário trifásico, pelas duas causas de aumento, correta a exasperação de 3/8, já que reconhecido o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo.

(...)

Mantido, portanto, o quantum de 3/8, fica a pena em relação ao delito de roubo fixada em 07 anos, 05 meses e 25 dias de reclusão e pagamento de 16 dias-multa.

Derradeiramente, reconhecida a conatus e respeitados os parâmetros de redução estabelecidos na r. sentença (2/3), tem-se como definitiva a pena de 02 anos, 05 meses e 28 dias de reclusão e pagamento de 05 dias-multa, calculados no mínimo legal (fls. 33/37, grifei).

O entendimento das instâncias ordinárias está em dissonância com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência dominante desta Corte Superior, que tem considerado indevida a exasperação da pena acima do mínimo, na terceira fase, com base unicamente no número de majorantes. Esse é o teor 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 mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRESENÇA DE TRÊS MAJORANTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO, MAIS GRAVOSO, COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE ROUBO MAJORADO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Nos termos do entendimento cristalizado na Súmula 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".

3. Na espécie, foi aumentada a pena de metade, tão só pela existência de 3 (três) majorantes - critério matemático -, sem qualquer fundamento concreto capaz de justificar a maior exasperação, o que não se admite.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantida a condenação, reduzir o aumento das penas, na terceira fase, a 1/3 (um terço), e fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(HC 286.162/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 07/08/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONFISSÃO QUALIFICADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE READEQUAÇÃO DA PENA. AUMENTO DA REPRIMENDA, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA N.º 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

[...]

4. Os Pacientes sofrem constrangimento ilegal, consistente no aumento de 3/8 (três oitavos) na terceira fase de majoração da pena, unicamente fixado no número de majorantes do delito de roubo agravado. Evidente afronta à Súmula n.º 443 desta Corte Superior. Precedentes.

[...]

7. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar a pena dos Pacientes, e restabelecer o regime semiaberto para início de cumprimento de pena, nos termos explicitados no voto.

(HC 288.930/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 28/08/2014)

Não obstante, ressalvo meu entendimento pessoal quanto à questão.

A elevação progressiva da pena em razão da presença de maior ou menor número de circunstâncias majorantes é a que melhor representa o critério da proporcionalidade na retribuição penal. O delito no qual incide uma única causa de aumento de pena não pode ser apenado da mesma maneira que aquele no qual incidem duas.

Há que se ponderar que a ausência de reflexão, na dosimetria, a respeito do número de circunstâncias presentes pode servir como estímulo à prática de delitos mais graves, uma vez que os roubos praticados sob tais circunstâncias – em concurso de agentes, com arma de fogo ou com restrição da liberdade das vítimas, por exemplo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

– têm maior chance de não serem frustrados durante sua execução.

Por outro lado, a adoção de um critério que aprecie as majorantes de forma quantitativa não impede que o julgador realize a dosimetria, também, pelo prisma qualitativo. Assim, acaso presente uma circunstância de especial gravidade, o magistrado pode exasperar a pena de modo conforme. Sempre em atenção ao princípio da proporcionalidade, é possível que um crime praticado com uma única causa de aumento de pena seja tão reprovável quanto um praticado com a presença de todas. É justo que a majoração da pena incida em nível máximo em ambos os casos, e não apenas no primeiro.

A despeito de tais ponderações, com ressalva de meu entendimento pessoal, acolho o posicionamento da maioria para reduzir a exasperação da pena para o patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento referente às majorantes do § 2º do art. 157 do Código Penal, redimensionando a pena para esse delito ao patamar de 2 anos, 5 meses e 1 dia de reclusão, mais o pagamento de 5 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0076290-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 320313 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000679220128260050 679220128260050 7562011

EM MESA

JULGADO: 16/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA ELIANE MENEZES DE FARIA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : JULIANA PASCUTTI FERREIRA DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON LOMBARDI TOBIAS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, 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.