



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.471 - SP (2010/0103637-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ GERALDO DE SOUZA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. PERÍODO DEPURADOR. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUMENTO SUPERIOR AO PATAMAR DE 1/6 DE FORMA INJUSTIFICADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. PEDIDO PREJUDICADO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– 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 inexistência de prova pré-constituída e sopesadas as informações das instâncias ordinárias, não foi demonstrado que a condenação definitiva anterior ao delito se enquadrava nos termos do art. 64, I, Código Penal - CP.

– O acréscimo da pena decorrente da reincidência em fração superior a 1/6 deve ser fundamentado conforme precedentes desta Corte, o que não ocorreu nos autos, motivo pelo qual foi afastado o aumento de 1/3.

– Em face da notícia de que o paciente aguarda a progressão ao regime aberto, fica prejudicado o pedido de fixação do regime inicial intermediário.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relator.

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

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.471 - SP (2010/0103637-7)

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

IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOSÉ GERALDO DE SOUZA

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 JOSÉ GERALDO DE SOUZA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da apelação criminal com revisão n. 990.08.073419-9.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal - CP, às penas de 1 ano de reclusão e 10 dias-multa (fl. 10). Em sede de apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso ministerial, para condenar o paciente como incurso nas penas do delito do art. 157, § 2º, II, CP, a 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão e 17 dias-multa, nos termos do acórdão de fls. 20/27.

Na presente impetração, alega que a condenação utilizada para fins de reincidência se enquadra no art. 64, I, do CP. Subsidiariamente, argumenta pelo exagero do acréscimo de 1/3 em razão da reincidência. Por fim, invoca a Súmula n. 440 do STJ, bem com a n. 718 do STF, para afastar o regime inicial fechado.

Requer, assim, o afastamento da reincidência e, subsidiariamente, a redução do acréscimo decorrente dela para o patamar de 1/6. Ainda, pretende a fixação do regime inicial semiaberto.

Indeferida a liminar (fls. 36/37) e prestadas as informações pelas instâncias ordinárias (fls. 81/112, 116/128 e 142/143), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 150/152).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 175.471 - SP (2010/0103637-7)

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, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, é possível a concessão da ordem de ofício (HC 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Assim, passo a analisar as alegações trazidas pelo impetrante, ante a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício. Conforme consignado, busca-se na presente impetração o afastamento da reincidência e, subsidiariamente, a redução do aumento da pena em razão desta. Ainda, pretende a fixação do regime inicial semiaberto.

Quanto ao pleito de afastamento da reincidência, nos termos do artigo 64, I, do Código Penal, observo que da documentação juntada aos autos não é possível assegurar que se encontrava ultrapassado o período depurador de 5 anos. Conquanto conquanto tenha sido demonstrada a condenação com trânsito em julgado (fl. 28), faltou comprovar a data do cumprimento ou extinção da pena para fins de cotejo com a data do delito. O documento de fls. 29 apenas informa data do cumprimento previsto da pena. Por outro lado, o documento de fls. 142/143 informa que não foi encontrada a sentença de extinção da pena da referida condenação.

Vale destacar que na via do *habeas corpus* compete ao impetrante a demonstração da flagrante ilegalidade por meio de prova pré-constituída, sob pena de não ser conhecida a impetração. No mesmo sentido, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

02/05/2014)

Assim, resta inviável o afastamento da reincidência, no caso em tela.

Em seguida, passo à análise da dosimetria no que tange ao acréscimo de 1/3 em razão da reincidência. No ponto, o acórdão consignou que:

Portanto, passo a fixar a merecida pena ao acusado José Geraldo pela prática do crime de roubo. Considerando-se as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, fixa-se a sua pena base em 04 anos de reclusão e no pagamento de 10 dias multa, calculados cada dia no piso legal mínimo. Deve ser reconhecida a reincidência do acusado José Geraldo (fls.109) a elevar a pena em razão de 1/3 a resultar em 05 anos e 04 meses de reclusão e no pagamento de 13 dias multa. Pelo fato do roubo ter sido perpetrado em concurso de agentes, incide a causa de aumento de 1/3, prevista no § 2º, inciso I, do artigo 157, a majorar a pena para 07 anos, 01 mês e 10 dias de reclusão e no pagamento de 17 dias multa. Inexistentes outras causas modificativas torno a pena definitiva no patamar fixado (fl. 25).

É certo que, embora não exista um critério legal que estipule os percentuais de aumento em razão da reincidência, esta Corte Superior tem entendido que o aumento acima de 1/6 deve ser devidamente justificado.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. MAJORANTE CONFIGURADA. CONCURSO FORMAL. CONFIGURAÇÃO. PLURALIDADE DE VÍTIMAS. INOCORRÊNCIA DE CRIME ÚNICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Embora a lei não preveja percentuais mínimo e máximo de majoração da pena pela reincidência, a jurisprudência desta Corte tem se inclinado no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, deve ser devida e concretamente fundamentada, o que não se verifica na espécie dos autos.

2. Justifica-se a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal, quando a vítima é mantida por tempo juridicamente relevante em poder do agente.

3. Praticado o crime de roubo mediante uma só ação contra vítimas distintas, no mesmo contexto fático, resta configurado o concurso formal próprio, e não a hipótese de crime único, visto que violados patrimônios distintos.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para diminuir a exasperação da pena do acusado Bruno de Olinda Andrade, pela reincidência, à fração de 1/6, tornando a reprimenda desse paciente definitiva em 8 anos e 2 meses de reclusão e pagamento de 21 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 197.684/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 29/6/2012).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO) SEM FUNDAMENTO IDÔNEO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 da jurisprudência desta Corte, o aumento, na segunda fase da dosimetria, pela agravante da reincidência, em patamar superior a 1/6 (um sexto), requer fundamento concreto e idôneo. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa.(HC 296.834/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 03/10/2014)

Na hipótese dos autos, não verifico a justificativa para o acréscimo acima de 1/6 pela reincidência específica. Logo, diante da flagrante ilegalidade, necessária nova dosimetria da pena.

Por fim, quanto ao pedido de fixação do regime inicial semiaberto, diante da notícia de que o paciente aguardava a concessão do regime aberto (fl. 142), não há como negar a perda superveniente do objeto, razão pela qual fica prejudicado o pedido no ponto em questão.

Confiram-se os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, E ART. 307, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ATRIBUIÇÃO DE NOME FICTÍCIO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. (3) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (4) CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP. LAUDO PERICIAL. SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. (5) REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO PARA O SEMIABERTO. PREJUDICADO. (6) WRIT, EM PARTE, PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. *A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que a conduta de atribuir-se falsa identidade, perante autoridade policial, para ocultar a condição de foragido, caracteriza o crime do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa.*

3. *O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime de roubo consumado para a forma tentada (Precedentes).*

4. *A utilização de arma inidônea, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza a elementar grave ameaça, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena, o qual está vinculado ao potencial lesivo do instrumento, pericialmente comprovado como ausente no caso em apreço.*

5. O paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto, sendo forçoso reconhecer que, neste ponto, o objeto do presente writ esvaiu-se.

6. *Habeas corpus prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento (art. 157, § 2.º, I, do CP) e reduzir a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 293.128/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 16/09/2014).*

Destarte, passo a refazer a dosimetria da pena para sanar a ilegalidade aqui reconhecida. A pena-base foi fixada em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda etapa, diante da reincidência, elevo a pena em 1/6, alcançando 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na terceira etapa, presente a causa de aumento de pena do concurso de agentes, acresço a pena em 1/3, resultando em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 14 dias-multa, o que torno definitiva ante a ausência de outras causas de aumento ou diminuição.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2010/0103637-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 175.471 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15512007

50070846294

990080734199

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	: MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSÉ GERALDO DE SOUZA
CORRÉU	: MARIA ROZEANE DA SILVA SOUZA
CORRÉU	: MARIA ANGÉLICA DE ALMEIDA LUIZ

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.