



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.399 - AC (2010/0195083-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS RODRIGUES DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : FRANCISCO XAVIER PINHEIRO
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA NÃO APREENDIDA E PERICIADA. DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. APLICAÇÃO DO ART. 387, VI, CPP. MATÉRIA ESTRANHA AOS LIMITES DO *HABEAS CORPUS*, POIS NÃO AFETA A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. MAJORAÇÃO DE 2/5 PELA INCIDÊNCIA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA N. 443/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA IMPOSTA.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

- A eg. Terceira Seção, no julgamento dos EREsp 961.863/RS, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia de arma de fogo, para que incida a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa.

- A pena-base foi fixada nove meses acima do mínimo legal de forma concreta e fundamentada, tendo sido apontada a presença de circunstância judicial desfavorável - consequências do delito - o que autoriza a majoração da reprimenda no patamar adotado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Não há como conhecer do pedido de não aplicação do art. 387, VI do Código de Processo Penal, em sede de *habeas corpus*, pois se trata de tema que não versa sobre o direito de ir e vir do paciente, fugindo a questão aos estreitos limites do *writ*, remédio constitucional criado para combater flagrante constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.

- Não foi indicado nenhuma circunstância concreta que autorizasse o aumento da pena no patamar de 2/5 (dois quintos), decorrendo o acréscimo tão somente da presença de duas causas de aumento no crime de roubo, devendo ser reduzida majoração ao mínimo legal, observado, no ponto, o enunciado n. 443 da Súmula desta Corte Superior.

- Ordem não conhecida. Concedido *habeas corpus* de ofício para estabelecer o patamar de 1/3 (um terço) para o acréscimo decorrente das duas causas de aumento, reduzindo a pena total para 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, mais 171 (cento e sessenta e um) dias-multa.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 18 de dezembro de 2012(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.399 - AC (2010/0195083-7)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO : JOSÉ CARLOS RODRIGUES DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE : FRANCISCO XAVIER PINHEIRO
ADVOGADO : HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de FRANCISCO XAVIER PINHEIRO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Acre.

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 9 (nove) anos, 3 (três) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 210 (duzentos e dez) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, por três vezes, em concurso formal.

Interposta apelação criminal pela defesa, o Tribunal Estadual negou provimento ao recurso em acórdão que ficou assim resumido (fl. 34):

PENAL E PROCESSUAL .PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO QUALIFICADO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL E MUDANÇA DE REGIME - INADMISSIBILIDADE.

1- O conjunto probatório é firme e harmônico em demonstrar que o apelante cometeu o crime de roubo qualificado.

2-Deve permanecer inalterado o quantum das reprimendas impostas, bem como o regime inicial de cumprimento da pena, uma vez atendidos os critérios norteadores da espécie.

3- Apelo improvido. Unânime.

Contra o julgado foram opostos embargos de declaração, que a Corte a quo rejeitou nos seguintes termos (fl. 44):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
EM APELAÇÃO CRIMINAL - INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO -
IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO MÉRITO.*

1- Inexiste a omissão apontada, vez que a matéria discutida foi examinada nos limites do pedido.

2- Os embargos de declaração não se prestam ao reexame da causa.

3- Embargos rejeitados. Unânime.

Daí o presente *habeas corpus* em que a Defensoria Pública pretende o afastamento da qualificadora do uso de arma, tendo em vista que não houve a apreensão e perícia da arma de fogo. Pretende, também, a redução da pena ao argumento de que o "sentenciante não apresentou fundamento concreto e plausível para aumentar a pena-base acima do mínimo legal" (fl. 5). Alega, ainda, que os crimes ocorreram em 8 de outubro de 1999, circunstância que impede a aplicação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, vedada a aplicação retroativa da lei penal mais gravosa.

A liminar foi indeferida à fl. 58 pelo antigo Relator, Ministro Gilson Dipp.

Prestadas as informações (fls. 90/107), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem, nos termos do parecer de fls. 108/112.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.399 - AC (2010/0195083-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (RELATORA):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea 'a', da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, 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.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, considerando que o *writ* foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do habeas corpus substitutivo, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Por primeiro, quanto ao pedido de não aplicação da qualificadora do uso de arma, inexistiu constrangimento a ser reparado, pois a eg. Terceira Seção, no julgamento dos EREsp 961.863/RS, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia de arma de fogo, para que incida a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Confira a ementa do aludido julgado:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - 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. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria (EResp 961.863/RS, Terceira Seção, Rel. p/ Acórdão Min. Gilson Dipp, DJe de 6.4.2011).

Confirmando essa orientação, temos os seguintes precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal nesta Corte:

PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. PRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAJORAÇÃO DA PENA BASE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no sentido da prescindibilidade de apreensão e perícia da arma utilizada no crime de roubo para a caracterização da causa de aumento de pena contida no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal (EResp. n.º 961.863/RS).

2. *Condenação criminal transitada em julgado é motivo idônea para justificar a exasperação da pena base.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no REsp 1.248.367/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 24.10.2012).*

HABEAS CORPUS. ROUBO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÃO DIMINUÍDA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO DESTE MANDAMUS. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

1. *Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição ao recurso especial cabível.*

2. *É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.*

3. *"O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).*

4. *Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida.*

O Tribunal de origem analisou detidamente a condenação do paciente e efetuou o redimensionamento da reprimenda, inclusive no que toca a exasperação pela reincidência. Quanto o aumento pela utilização de arma de fogo, a Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, alinhando-se à posição esposada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que é prescindível a apreensão e perícia da arma para a aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, desde que comprovada a sua utilização por outros meios de prova. Ressalva do entendimento da relatora.

5. *Habeas corpus não conhecido (HC 212.705/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 19.9.2012).*

No tocante a dosimetria da pena, disse o Juiz de primeiro grau (fls. 25/26):

Analizando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, não atuando com dolo que ultrapassasse os limites da norma repressora, sendo sua conduta absorvida pelo próprio tipo penal.

Possui contra si duas sentenças condenatórias, com trânsito em julgado, a primeira pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II (fl. 103), com trânsito em julgado em 11 de dezembro de 1998 e a segunda pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cometimento do crime previsto nos arts, 12 e 18 da Lei 6.368/76, transitada em julgado em 29 de setembro de 2003 (fl. 107). Postergo a valoração da primeira, condenação definitiva para a segunda fase da dosimetria, em observância à súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça, evitando, assim, *bis in idem*. Deixo de valorar a segunda condenação, por ter sido posterior ao fato delitivo objeto destes autos. Sobre o assunto, cito "Os antecedentes apontados nas decisões não são antecedentes. São condenações posteriores, por fatos posteriores. Antecedente posterior é uma entidade do tipo do círculo quadrado, ou do triângulo de quatro pontas. Ora, sendo o peticionário rigorosamente primário, na data do delito, e referindo-se todas as condenações certificadas nos autos a fatos ocorridos depois da época dos fatos, é evidente que não tem cabimento qualquer acréscimo de pena a título de 'antecedentes'". (TACRIM-SP -Rev. 249.380-9 - Voto Vencedor, Luiz Betanho).

Não há elementos acerca da conduta social do acusado, tampouco sobre sua personalidade, motivo pelo qual deixo de valorá-las.

O motivo do crime é caracterizado pelo desejo de obter lucro fácil, o qual já é punido pelo próprio tipo penal, razão pela qual deixo de valorá-lo.

As circunstâncias da prática do delito revelam *modus operandi* agressivo, elemento já combatido pela figura típica em tela, ensejando necessidade de não valoração, sob pena de *bis in idem*.

As consequências do crime lhe são desfavoráveis uma vez que não houve total recuperação dos bens subtraídos.

As vítimas em nada influenciaram na prática do delito, nada havendo a ser valorado.

Por derradeiro, não existem nos autos elementos para se aferir a situação econômica do réu.

A vista das circunstâncias analisadas individualmente, uma delas desfavorável ao réu, fixo a pena base para os crimes de roubo, em quatro anos e nove meses de reclusão, com pagamento de 43 (quarenta e três) dias multa, cada um em valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato delituoso, observado o disposto no art. 60 do Código Penal.

Não concorrem circunstâncias atenuantes. Por sua vez, está presente a agravante prevista no art 61, do Código Penal, - relativa à reincidência - sentença condenatória, com trânsito em julgado em 11 de dezembro de 1998, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II (fl. 103), motivo pelo qual agravo a pena em duzentos e oitenta e cinco dias e sete dias-multa, passando a dosá-la em cinco anos, seis meses, quinze dias e cinquenta dias-multa.

Como visto, a pena-base foi fixada nove meses acima do mínimo legal de forma concreta e fundamentada, tendo sido apontada a presença de circunstância judicial desfavorável - consequências do delito - o que autoriza a majoração da reprimenda no patamar adotado, inexistindo, nesse ponto, qualquer reparo a ser realizado.

São precedentes nossos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PACIENTE QUE TERIA SIDO CONDENADO PELO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 1º DA LEI 2.252/1954 SEM QUE A DENÚNCIA CONTIVESSE A DESCRIÇÃO DO FATO DELITUOSO. PEÇA ACUSATÓRIA QUE NARRA A PRÁTICA DO DELITO DISPOSTO NO ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL NA COMPANHIA DE ADOLESCENTE. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA PELO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE AS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça o exame da dosimetria da pena por meio de habeas corpus somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

2. **No caso dos autos, não se constata qualquer abuso ou irregularidade na dosagem da reprimenda imposta ao paciente, pois sua pena-base foi fixada acima do mínimo legal ante a constatação de que as circunstâncias do crime de roubo seriam desfavoráveis, uma vez que teriam sido desnecessariamente arrombados os estandes de venda da loja, com o uso de ferramentas, tendo-se considerado, ainda, as graves consequências dos delitos, já que de todos os bens subtraídos apenas dois óculos teriam sido recuperados.**

3. **Ao contrário do que consignado na inicial do writ, tais elementos podem, sim, ser considerados de modo a agravar a reprimenda imposta ao paciente, uma vez que não são ínsitos ao tipo previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, evidenciando a maior reprovabilidade do fato ilícito em tese praticado.**

4. Ordem denegada. (HC 156.493/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma DJe 25/08/2011)

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONDUTA SOCIAL. PACIENTE USUÁRIO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. AFASTAMENTO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. RES FURTIVA NÃO RECUPERADA. ENORME PREJUÍZO PATRIMONIAL PARA AS VÍTIMAS. POSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO.

1. O fato de o paciente ser usuário de drogas não é de ser tido como suficiente para se concluir pela reprovabilidade de sua conduta social, circunstância que, na verdade, envolve o papel que o agente exerce na coletividade, sem dar azo a digressões de índole ética ou moral.

2. **Inexiste constrangimento ilegal se valorada negativamente as consequências do delito com base no enorme prejuízo sofrido pelas**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vítimas, que não recuperaram os objetos e quantias subtraídas (ao todo cerca de R\$ 20.000,00).

3. *Ordem parcialmente concedida.* (HC 132.708/MG, Rel. Min. HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJCE), Sexta Turma, DJe 07/12/2009)

No que diz respeito ao pedido de não aplicação do art. 387, VI do Código de Processo Penal, tenho que não há conhecer dessa parte do *habeas corpus*, pois trata-se de tema que não versa sobre a liberdade de ir e vir do paciente, fugindo a questão aos estreitos limites do remédio constitucional, uma vez que não afeta, ainda que indiretamente, a liberdade de locomoção do apenado.

Ainda que assim não fosse, entendo que se trata de norma puramente processual - de aplicação imediata - e não norma de caráter misto, como alega o impetrante, pois o dever de indenizar - parte material da norma - já estava previsto no art. 91 do Código Penal, que, desde a reforma do Código Penal de 1984, assim prevê:

Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. APLICABILIDADE À AÇÃO PENAL EM CURSO QUANDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA FOR PROFERIDA EM DATA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008.

1. A regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, aplica-se a processos em curso.

2. Inexistindo nos autos elementos que permitam a fixação do valor, mesmo que mínimo, para reparação dos danos causados pela infração, o pedido de indenização civil não pode prosperar, sob pena de cerceamento de defesa.

3. Recurso especial conhecido, mas improvido. (REsp 1176708/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 20/06/2012)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ABUSO DE CONFIANÇA. CONFIGURAÇÃO. AGRAVANTE. CRIME COMETIDO CONTRA VÍTIMA COM MAIS DE 60 ANOS. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. INCIDÊNCIA. NORMA PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL EM CURSO. SENTENÇA PROFERIDA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 11.719/2008. RECURSO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

VI. A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, publicada em 23 de junho de 2008, entrou em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

VII. No presente caso, na sentença, proferida em 10/09/2008, isto é, quando já vigente a norma em questão, o Juiz reconheceu a incidência da nova redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, fixando valor para reparação de danos causados pela infração.

VIII. A norma de Direito Processual Penal se aplica imediatamente às sentenças proferidas após a sua entrada em vigor. Sendo assim, a norma do art. 387, IV, do CPP deve ser aplicada ao presente caso, em que a sentença condenatória foi proferida quando já vigente a lei que modificou os dispositivos da lei adjetiva penal.

IX. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 1208510/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 15/06/2011)

O único ponto que merece reparo, mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício, é no que diz respeito ao acréscimo de pena em 2/5 (dois quintos) pela incidência de duas causas de aumento no crime de roubo.

Nesse ponto, disse o Juiz de primeiro grau (fl. 26):

Concorrem as causas de aumento de pena previstas nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157 do Código Penal (emprego de arma e concurso de pessoas), motivo pelo qual aumento a pena anteriormente dosada em 2/5 (dois quintos), passando a dosá-la em sete anos, nove meses, três dias e setenta dias-multa.

Considerando que não foi indicado nenhuma circunstância concreta que autorizasse o aumento da pena em patamar superior a 1/3 (um terço), decorrendo o acréscimo tão somente da presença de duas causas de aumento, devendo, assim, ser reduzida majoração ao mínimo legal, observado, no ponto, o enunciado n. 443 da Súmula desta Corte Superior, *verbis*:

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.

Dessa forma, aplicado o patamar de 1/3 (um terço) pela incidência de duas causas de aumento - concurso de agentes e uso de arma -, fica a pena-base de 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 43 (quarenta e três) dias-multa, acrescida de 1 (um)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ano e 7 (sete) meses de reclusão e 14 dias-multa, o que totaliza um pena de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 57 (cinquenta e sete) dias-multa. Aplicado o acréscimo da sentença de 1/5 (um quinto) pelo concurso formal de crimes, fica a pena definitiva estabelecida em 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, mais 171 (cento e sessenta e um) dias-multa, observado o art. 72 do Código Penal no tocante à pena de multa.

Ante o exposto, não conheço do *writ*, mas concedo *habeas corpus* de ofício para estabelecer o patamar de 1/3 (um terço) para o acréscimo decorrente das duas causas de aumento, reduzindo a pena total para 7 (sete) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, mais 171 (cento e sessenta e um) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão atacado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0195083-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 188.399 / AC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1990103324

20090033288

EM MESA

JULGADO: 18/12/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ACRE
ADVOGADO	: JOSÉ CARLOS RODRIGUES DOS SANTOS - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ACRE
PACIENTE	: FRANCISCO XAVIER PINHEIRO
ADVOGADO	: HEVERTON GISCLAN NEVES DA SILVA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.