



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.298 - RS (2013/0192705-0)

RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE
IMPETRANTE : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTROS
ADVOGADO : FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : VANDERLEI LUCIANO MACHADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ante a ausência de fundamentação idônea, deverá a pena-base ser reduzida ao mínimo legal. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.298 - RS (2013/0192705-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Vanderlei Luciano Machado, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática da conduta descrita no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem assim ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Contra essa decisão insurgiu-se a defesa.

No entanto, a Sétima Câmara Criminal, à unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de apelação.

No Superior Tribunal de Justiça, busca o impetrante seja declarado nulo o acórdão estadual no tocante à dosimetria da pena, tendo em vista a errônea "valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, havendo ofensa ao direito penal do fato pela reprovabilidade da personalidade, bem como da conduta social do agente, pelos motivos do crime, circunstâncias e consequências do delito e ausência de fundamentação quanto ao recrudesimento perpetrado em face da culpabilidade do agente (fl. 16). Pede, também, seja reconhecida a nulidade da decisão apontada como coatora, ante a "ausência de fundamentação da decisão no momento da aplicação da pena no que tange à reincidência" (fl. 16). Por derradeiro, busca o reconhecimento da ilegalidade relativa à aplicação da fração de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria.

Não houve pedido liminar.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 66/71).

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 272.298 - RS (2013/0192705-0)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do **mandamus**, destacando-se que o **habeas corpus** é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: **Habeas Corpus** n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; **Habeas Corpus** n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; **Habeas Corpus** n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux e **Habeas Corpus** n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do **writ**, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se, desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Como vimos do relatório, busca o impetrante, inicialmente, rever a primeira fase da dosimetria da pena – redução da pena-base para o mínimo legal – relativa à condenação do paciente pelo crime de roubo circunstanciado.

Para melhor exame da questão, faz-se necessário transcrever o cálculo da pena elaborado pelas instâncias ordinárias.

Colhe-se da sentença (fls. 34/44):

A culpabilidade é manifesta, sendo acentuada a reprovabilidade de sua conduta. Os antecedentes criminais serão valorados na segunda fase de aplicação da pena. Personalidade voltada ao delito, vez que tramita outros processos criminais contra ele, nos termos das certidões de fls. 190/201. Conduta social desregrada. O motivo foi a obtenção de lucro fácil. As circunstâncias depõem contra o réu, vez que praticou o delito com uso de arma de fogo. As consequências foram de monta, eis que a res furtiva não foi recuperada. As vítimas não contribuíram para o evento. Ponderadas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 4 anos e 6 meses de reclusão. Face a incidência da agravante da reincidência (fl. 190/194), aumento a pena em 6 meses, restando a pena provisória em 5 anos de reclusão. Aumento a pena em 1/3, em face da majorante prevista no inciso II do parágrafo 2º do artigo 157, restando a pena definitiva em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão. Fixo cumulativamente pena de multa em 20 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, ante as condições econômicas do réu.

Disse o Tribunal de Justiça, por sua vez (fls. 48/51):

Em relação ao apenamento não há qualquer reparo a ser feito, o afastamento do patamar mínimo deveu-se ao fato de terem sido valorados negativamente os elementos acima mencionados e como o foram. Diante da reincidência foi elevada em 06 (seis) meses a sanção carcerária, e estando presente a majorante do concurso de pessoas, aumentou-se em 1/3 (um terço), tornando-a assim como definitiva.

Ao ensejo da leitura das referidas passagens, tem-se que a decisão condenatória considerou, dentre as oito circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, seis delas desfavoráveis, a saber: culpabilidade, personalidade, motivo, conduta social, consequências e circunstâncias do crime.

Diante disso, entendeu a instância de origem que a pena-base deveria ser fixada em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, quando a mínima, nesse caso, é de 4 (quatro) e a máxima é de 10 (dez) anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sabemos todos que a aplicação da pena é o momento em que o juiz realiza, em cada caso concreto, a força do Direito, impondo, após o édito condenatório, a sanção jurídica ao condenado. Trata-se de poder discricionário dado ao magistrado pela Constituição Federal e pela Lei – Código Penal. Mas, muito embora discricionário, não é um poder arbitrário, na medida em que ao juiz cabe aplicar a pena justa ao caso, com a necessária motivação e fundamentação, à luz do método trifásico.

Trata-se, dúvida não há, de crime grave, porém entendo impróprias as considerações feitas pelo magistrado, procedendo ao cálculo da pena-base.

Segundo a doutrina, a culpabilidade passa por duplo exame no direito penal. No primeiro, é aferida no sentido estrito, no momento em que se conclui pela prática do delito, por ser elemento do conceito tripartido de crime; no segundo, no sentido lato, quando da aplicação da pena, na qual é realizada a análise das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), oportunidade em que deve ser aferida a censurabilidade do ato praticado.

Veja-se, a propósito, o seguinte julgado desta Turma:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II E V, E ART. 288, § ÚNICO, C/C O ART. 29, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXASPERAÇÃO NÃO JUSTIFICADA.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Dessa maneira, considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda (Precedentes do STF e STJ).

II - In casu, verifica-se que a r. sentença de primeiro grau e o v. acórdão recorrido apresentam em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, utilizando-se, entre outras, de expressões como: 'culpabilidade dos réus, que se revela intensa, reprovabilidade de suas condutas, amplamente censuradas pela sociedade organizada; suas personalidades desajustadas e desagregadas, revelando aptidão para o crime contra o patrimônio; aos motivos egoísticos do crime; que visa vantagem ilícita sem o sacrifício do trabalho; às conseqüências do crime, que causaram transtornos e desequilíbrio à comunidade, ao comportamento das vítimas, que em nada contribuiu para o crime'. Dessa forma, não existem argumentos suficientes a justificar, no caso concreto, a exacerbação da reprimenda para os delitos de roubo circunstanciado e formação de quadrilha.

Ordem concedida. (HC n.º 110.300/MS, Relator o Ministro **Felix Fischer**, DJe de 16/2/2009.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entendo que a argumentação do magistrado de que a "culpabilidade é manifesta, sendo acentuada a reprovabilidade da conduta", não justifica, por si só, a valoração negativa da circunstância judicial, motivo pelo qual não pode ser considerada desfavorável ao réu, pois não aponta a maior reprovabilidade da conduta, sendo inerente à prática de qualquer ato que caracterize o tipo penal.

Por oportuno, colaciono julgados nesse sentido:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME COMO DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. NOTÍCIA DE SEIS CONDENAÇÕES. AUMENTO JUSTIFICADO.

[...].

2. O fato de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta, de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito, não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base como culpabilidade.

[...]

(HC 155.250/RS, Ministra Relatora **Laurita Vaz**, DJe de 5/3/2012.)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ELEMENTO INTEGRANTE DA PRÓPRIA ESTRUTURA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. PERSONALIDADE VOLTADA PARA O CRIME. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS PENAS EM ANDAMENTO. MOTIVOS DO CRIME. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. ARGUMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONSIDERÁVEL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Argumentos inerentes à culpabilidade em sentido estrito – elemento integrante da estrutura do crime, em sua concepção tripartida – não autorizam a exasperação da pena-base, a pretexto de culpabilidade desfavorável.

[...]

7. Ordem concedida para reduzir a pena-base imposta ao paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 1 ano e 4 meses de reclusão e pagamento de 14 dias-multa. De ofício, declarada extinta a punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, ex vi dos arts. 107, IV, c/c o art. 110, caput e § 1º, e 109, V, todos do Código Penal. (HC 169.685/MG, Ministro Relator **Sebastião Reis Júnior**, DJe 29/2/2012.)

Outra circunstância judicial inoportuna diz respeito à personalidade "voltada ao delito, vez que tramitam outros processos criminais contra ela". No pormenor, ofendeu o sentenciante o enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da mesma forma, o motivo considerado pelo juiz, o lucro fácil, não traz nenhuma vinculação a dado concreto que desborde do próprio tipo penal. Com efeito, é elemento genérico inábil à demonstração da motivação do delito.

Já as consequências, considerando-se "que a **res furtiva** não foi recuperada", também não são elementos idôneos à majoração, haja vista já estar no desdobramento lógico do tipo penal em tela.

Ao ensejo:

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. DOSIMETRIA. PENA-BASE. COMETIMENTO DO CRIME NO GOZO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ARREPENDIMENTO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. NÃO RECUPERAÇÃO DA RES FURTIVA. ELEMENTO DO TIPO. CIRCUNSTÂNCIAS DO ILÍCITO. REPROVABILIDADE. MODUS OPERANDI. EXECUÇÃO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E GRAVIDADE CONCRETA. IMPOSIÇÃO DA FORMA MAIS GRAVOSA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

5. O fato de a vítima não ter tido restituída inteiramente a res furtiva não autoriza a exasperação da pena-base pelas consequências do delito, visto que a subtração de coisa alheia móvel constitui elementar do próprio tipo penal violado, de natureza patrimonial.

[...]

8. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 4 anos e 6 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa. (HC n.º 219.582/SP, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 1º/2/2013.)

Por derradeiro, verificando-se que não foram assinalados quaisquer dados concretos que justificassem a conclusão pela negatividade das circunstâncias do crime, bem como da conduta social, mostra-se evidenciado o constrangimento ilegal apontado na inicial.

Assim, claro está que a motivação constante na sentença relativamente às circunstâncias judiciais acima mencionadas não se apresenta suficientemente idônea para se apenar tal como ali se apenou – seis meses acima do mínimo legal.

Mostra-se razoável, portanto, que, uma vez afastadas as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, a pena-base seja fixada em 4 (quatro) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, mais 10 (dez) dias-multa.

As demais alegações do impetrante – ilegalidade da fração de aumento aplicada em razão da reincidência e exclusão da causa de aumento relativa ao concurso de agentes – não foram levadas ao conhecimento das instâncias anteriores, não sendo possível a esta Corte Superior aferir eventual ilegalidade perpetrada, porquanto estar-se-ia atuando em manifesta afronta à competência constitucional reconhecida ao Superior Tribunal de Justiça.

Não se pode descurar, a propósito, que admitir a análise direta por esta Corte de eventual ilegalidade não submetida ao crivo do Tribunal de origem denotaria patente desprestígio às instâncias ordinárias e inequívoco intento de desvirtuamento do ordenamento recursal ordinário, o que efetivamente tem se buscado coibir. Nos termos do que bem elucidou a Ministra Rosa Weber, "ação constitucional que é, não pode ser o **writ** amesquinçado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico" (HC n.º 106.377, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgado em 21/8/2012).

Diante dessas considerações, reduzo a pena-base para 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Como se fez na sentença, aumento a pena em 6 (seis) meses face a incidência da agravante da reincidência. Por fim, exacerbo a reprimenda em 1/3 (um terço), nos termos do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, tornando-a definitiva em 6 (seis) anos de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do **mandamus**.

No entanto, concedo **habeas corpus** de ofício a fim de reduzir a pena imposta ao paciente na ação penal de que se cuida para 6 (seis) anos de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0192705-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.298 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03620300015240 20300015240 3620300015240 70012985040

EM MESA

JULGADO: 21/11/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTROS
ADVOGADO	: FERNANDA TRAJANO DE CRISTO E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: VANDERLEI LUCIANO MACHADO (PRESO)
CORRÉU	: MAURO JOSÉ RODRIGUES

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.