



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.901 - SP (2013/0252102-5)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO SILVA DE OLIVEIRA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO 443 DA SÚMULA DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ENUNCIADOS 440 DA SÚMULA DO STJ E 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR A PENA DO PACIENTE E FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

- Nos termos do disposto na Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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".

- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 seguiu o critério matemático, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

- Dispõe o Enunciado 440 da Súmula desta Corte que "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". No mesmo sentido, são os Enunciados 718 e 719 da Súmula do STF.

- No caso dos autos, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para reduzir a pena do paciente e fixar o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, em conformidade com os votos e as notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.
Brasília, 16 de outubro de 2014(data do julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.901 - SP (2013/0252102-5)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RICARDO SILVA DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de RICARDO SILVA DE OLIVEIRA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação 0002247-52.2012.8.26.0577.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa (fls. 13/15).

No julgamento da apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento aos recursos ministerial e defensivo, mantendo íntegros os termos da sentença (fls. 16/21).

No presente *writ*, requer a impetrante, em síntese, a aplicação do Enunciado 443 da Súmula do STJ, uma vez que o aumento de pena na fração de 3/8, em razão da incidência de duas causas de aumento, teria decorrido do critério meramente matemático, e a aplicação dos Enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a fim de que seja fixado o regime inicial semiaberto.

Indeferido o pedido liminar, foram dispensadas informações (fls. 28/32).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 42/44).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.901 - SP (2013/0252102-5)

VOTO

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

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi adotado por este Superior Tribunal de Justiça.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido (HC 299.261/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 18/09/2014).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. (5) REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO PARA O SEMIABERTO. PREJUDICADO. (6) WRIT, EM PARTE, PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM 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.

[...].

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).

A impetração não merece, portanto, ser conhecida, uma vez que impetrada em substituição a recurso próprio.

Todavia, passo à análise do pedido formulado na inicial, à vista da possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

No caso, pretende a Defensoria Pública Estadual seja reduzida a pena aplicada ao paciente pelo crime de roubo duplamente circunstanciado e fixado regime inicial mais brando.

No tocante à dosimetria, esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a elevação da pena em função das causas de aumento no crime de roubo não deve ser meramente matemático, mas subjetivo, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O aludido entendimento culminou a elaboração do 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 suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

2. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, fixar a pena em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto (HC 244.157/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 9/10/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. 1. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 2. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE PARA A INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. EMPREGO DO ARTEFATO ATESTADO PELA PALAVRA DA VÍTIMA 3. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA N.º 443, DESTA CORTE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais. Súmula n.º 444 do STJ.

2. No julgamento do EREsp nº 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido.

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula 443 do STJ.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir as penas dos pacientes para 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, bem assim ao pagamento de 17 (dezessete) dias-multa, mantendo-se os demais termos da condenação (HC 198.193/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 11/6/2012).

No caso dos autos, as instâncias ordinárias aplicaram a causa de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal nos seguintes termos:

Passo à dosimetria das penas.

Em atenção aos ditames do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo cominado. Não há agravantes e atenuantes. Presentes as causas de aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, majoro a reprimenda em três oitavos, visto que elevado o grau de intimidação da vítima. A pena permanecerá em definitivo nesse patamar (sentença - fl. 15).

As penas foram dosadas com critério, aplicadas no mínimo legal, bem dosadas as duas causas de aumento de pena, não merecendo qualquer reparo (acórdão - fl. 20).

As instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação concreta e suficiente para majorarem a pena em 3/8, em razão da incidência das causas de aumento de emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, porquanto não demonstraram em que medida teria ocorrido o "elevado o grau de intimidação da vítima" (fl. 15).

Assim, verificando-se que o critério utilizado para a elevação da pena fundamentou-se apenas no número de causas de majorantes, necessário o seu redimensionamento para a fração mínima de 1/3 (um terço).

Na primeira e na segunda etapa da dosimetria, ficam mantidas as penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na terceira fase, presentes as causas de aumento de pena de uso de arma de fogo e do concurso de agentes, reduzo o aumento das penas ao mínimo legal de 1/3, resultando as penas em 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa.

Quanto ao regime, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Entende-se que é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo, na primeira fase da dosimetria da pena, e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Na mesma esteira, são os Enunciados 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

As instâncias ordinárias fundamentaram a fixação do regime nos seguintes termos:

Não é o tipo penal em abstrato que define o regime prisional a ser fixado, mas as circunstâncias em que se deu a prática delitiva. Tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, com maior intimidação da vítima, o regime inicial de cumprimento de pena será o fechado (sentença - fl. 15).

Por fim, correto o regime prisional eleito, na medida em que os agentes demonstraram impulsividade e agressividade sem controles eficientes, revelando periculosidade em ação cuja finalidade era o ganho material em total desrespeito para com o semelhante, fazendo uso de arma de fogo (acórdão - fl. 20).

Constata-se que, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, o regime inicial fechado foi fixado sem fundamentação idônea, ou seja, sem a indicação das circunstâncias judiciais desfavoráveis, previstas no art. 59 do Código Penal.

A mera referência, pelo Tribunal *a quo*, à gravidade do delito de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso. Para ilustrar o referido entendimento, confira-se precedente desta Sexta Turma, aplicável à situação em tela:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 157 DO CP. PENA ESTABELECIDADA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO, ESTABELECIDO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIAS PRÓPRIAS DO CRIME DE ROUBO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ.

1. A circunstância de a arma de fogo ter sido apontada contra o rosto da vítima caracteriza grave ameaça - elemento ínsito ao crime de roubo -, consequentemente não pode ser utilizada como fundamento para agravar a situação do réu, nem ao menos para se fixar regime mais severo do que aquele previsto no art. 33, § 2º, do Código Penal.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 349.732/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/11/2013).

É certo que, na esteira da jurisprudência sedimentada no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, comungo do entendimento de que, embora ausentes as circunstâncias judiciais desfavoráveis e fixada a pena-base no mínimo legal, o emprego de arma de fogo justificaria o regime prisional mais gravoso.

Entretanto, diante do entendimento sedimentado nesta Sexta Turma desta Corte Superior, passo a aderir à referida corrente jurisprudencial.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, b, do Código Penal, e ao pagamento de 13 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0252102-5

HC 274.901 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00022475220128260577 22475220128260577 852012

EM MESA

JULGADO: 16/10/2014

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. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO SILVA DE OLIVEIRA

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.