



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.392 - SP (2014/0150873-4)

RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO GOMES DA ROCHA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUMENTO NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea são igualmente preponderantes.

3. O aumento da pena acima do mínimo, na terceira fase da dosimetria, em razão do número de majorantes no crime de roubo, exige fundamentação concreta. Súmula nº 443 do Superior Tribunal de Justiça.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente, na Apelação Criminal nº 0444085-60.2010.8.26.0000, a 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) 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, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de outubro de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.392 - SP (2014/0150873-4)

**RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO GOMES DA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDUARDO GOMES DA ROCHA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 9 (nove) anos, 11 (onze) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime fechado, e multa.

Dessa decisão a defesa recorreu, tendo o Tribunal estadual dado parcial provimento ao apelo para reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, mantendo-se, no mais, os termos da sentença. (e-STJ fl. 34)

A impetrante alega, no presente *habeas corpus*, que não houve a compensação entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, sendo certo que "atualmente a jurisprudência da Terceira Seção, a propósito da interpretação/aplicação da norma do art. 67 do CP, fixou-se no sentido da compensação da atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes." (e-STJ fl. 7)

Outrossim, assevera que o aumento aplicado na terceira fase de fixação da pena, na razão de 3/8 (três oitavos), ocorreu com base somente no número de majorantes, o que se contrapõe ao disposto no enunciado nº 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, seja redimensionada a pena do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, compensando-se a agravante e atenuante e fazendo incidir o aumento de 1/3 em razão das duas majorantes do crime de roubo.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 58/59). Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial do pedido, tão somente para que se aplique a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea (e-STJ fl. 70).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.392 - SP (2014/0150873-4)

VOTO

**O SENHOR MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (RELATOR):**

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a impetração em substituição ao recurso próprio – seja apelação, agravo em execução, recurso especial ou mesmo revisão criminal –, salvo nos casos de flagrante ilegalidade que exija a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

EMENTA HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ 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 do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

[...]. (STF, HC nº 113890, Relatora a Ministra. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, Publicado em 28/02/2014)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

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.

[...](STJ, HC 258.815/MG, Relator o Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 15/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. DESOBEDIÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEVIDENTE. PARECER ACOLHIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não deve ser utilizado em substituição a recursos processuais penais. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

[...]. (STJ, HC nº 287.417/MS, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, a despeito de o impetrante não ter escolhido a via processual adequada, para evitar eventuais prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, passo à análise das questões formuladas na inicial e à verificação de constrangimento ilegal que enseje a concessão da ordem de ofício.

No presente *habeas corpus*, busca-se, inicialmente, a compensação integral entre a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Sobre o tema, cumpre asseverar que a Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência no REsp 1.154.752/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a agravante da reincidência não prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual devem ser compensadas.

A propósito, confira-se a ementa do acórdão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. NOTÓRIO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MITIGAÇÃO DOS REQUISITOS FORMAIS DE ADMISSIBILIDADE. ROUBO. CÁLCULO DA PENA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

1. Quando se trata de notório dissídio jurisprudencial, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça diz que devem ser mitigados os requisitos formais de admissibilidade concernentes aos embargos de divergência. Precedentes.

2. É possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. Embargos de divergência acolhidos para restabelecer, no ponto, o acórdão proferido pelo Tribunal local.

(EREsp nº 1154752/RS, Relator o Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 04/09/2012)

Destaco, ainda, que "Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante." (HC nº 301.220/RJ, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 23/09/2014, DJe 09/10/2014). Em igual sentido, confira-se o seguinte precedente:

[...] REPRIMENDA. CONFISSÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL VERIFICADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial, ou se houve retratação posterior em juízo.

2. O novo entendimento da Terceira Seção desta Corte Superior é de que a agravante da reincidência pode ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto (EResp-1.154.752/RS).

[...]

(HC nº 176.405/RO, Relator o Ministro Jorge Mussi, DJe 03/05/2013)

No presente caso, o Tribunal revisor, ao readequar a reprimenda, deixou de realizar a compensação entre as duas circunstâncias modificativas da pena já reconhecidas na sentença. Confira-se o seguinte excerto do acórdão:

Mantém-se, a seguir, o aumento em 1/6, pela reincidência, agora com base no teor da certidão de fl. 164, não havendo que se falar em compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, pois, além de o artigo 67, do Código Penal, determinar que a reincidência prevalece sobre a atenuante referida, tal confissão não se deu de forma plena.

Como se vê, o Tribunal revisor embora tenha reconhecido a presença da atenuante da confissão espontânea deixou de realizar a devida compensação com a agravante da reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entendo, porém, que a contribuição oferecida pelo réu para o esclarecimento dos fatos investigados não pode ser totalmente descartada como entendeu o Tribunal *a quo*, razão pela qual, a pena imposta deve ser revisada para fazer prevalecer o entendimento desta Corte.

A Defensoria Pública postula, ainda, a redução da fração de aumento, aplicada na terceira fase da dosimetria, para o mínimo de 1/3 (um terço).

Sobre este aspecto, colhe-se da sentença (e-STJ fl. 29):

Incidem duas causas de aumento; ter o roubo (art. 157 do CP) sido praticado com violência exercida mediante emprego de arma (§2º, I) e concurso de agentes (§2º, II), o que autoriza, conforme preceitua jurisprudência consolidada, o acréscimo de 3/8.

O Tribunal, no julgamento do recurso de apelação, disse o seguinte: "Preserva-se também o aumento de 3/8, pela incidência de duas qualificadoras, uso de arma e concurso de dois agentes."

Neste ponto, ressalvo o meu entendimento, no sentido de que a pena não comportaria correções.

Explico:

A existência de duas ou mais majorantes revela que o agente é dotado de maior perigosidade e a isso não se pode deixar de conferir o devido significado. Assim, não é lícito reprová-lo da mesma forma que àquele que comete o crime com apenas uma causa de aumento, sob pena de lesão ao princípio constitucional da individualização da sanção.

O legislador, ao especificar as causas especiais de aumento da pena para o crime de roubo, deu maior destaque a determinadas situações, bastando que o agente incorra em apenas uma para que a reprimenda seja exasperada em, pelo menos, 1/3 (um terço). Se incorrer em duas delas obviamente sua conduta será mais gravosa e estará sujeita a maior reprovabilidade, e assim sucessivamente.

Roubar, mediante emprego de arma e em comparsaria, inibe em escala mais alta, ou reduz drasticamente, a reação da vítima, tomando-se como parâmetro a hipótese em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o agente emprega apenas uma delas, justificando, pois, a elevação da pena.

Por isso, em tema de majorantes, adoto a corrente jurisprudencial que, levando em conta o número delas, procede a acréscimo em quantidade fixa, a saber, $1/3$ (um terço) para uma, $3/8$ (três oitavos) para duas, $5/12$ (cinco doze avos) para três, $11/24$ (onze vinte e quatro avos) para quatro e $1/2$ (um meio) para cinco.

Entendo que a menção ao número de causas de aumento traduz-se em fundamento válido e, sim, concreto, pois se invoca particularidade da conduta praticada, no que se atende ao disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal.

Ademais, o acréscimo diferenciado às penas do agente que pratica roubo com maior número de causas de aumento, em comparação ao que pratica com número menor, atende ao viés material do princípio da igualdade, que determina sejam situações desiguais tratadas desigualmente. Consequência natural do critério adotado é o atendimento aos princípios da proporcionalidade, porque reduz a margem de subjetividade; da estrita legalidade; porque fixado o acréscimo dentro dos limites estabelecidos pelo legislador; e, em última análise, da individualização das penas, com adequada resposta estatal à conduta típica praticada.

Por estas razões, entendo que o aumento aplicado pelas instâncias ordinárias deveria ser mantido.

Todavia, para que não haja decisões conflitantes, me curvo ao entendimento firmado nesta Corte, no sentido de que *"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"* (Súmula nº 443).

Passo à revisão da pena.

Mantenho a pena-base no patamar estabelecido pelo Tribunal revisor, qual seja, $1/6$ (um sexto) acima do mínimo legal – ficando em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão – que se mantém inalterada no segundo estágio, em razão da compensação entre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Na última fase, aplico a fração mínima de 1/3 (um terço) em razão da incidência das duas causas de aumento – emprego de arma e concurso de agentes – e fixo a pena em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reduzir a pena imposta ao paciente, na Apelação Criminal nº 0444085-60.2010.8.26.0000, a 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 14 (catorze) dias-multa.

É o voto.

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0150873-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.392 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 04440856020108260000 050100182879 4440856020108260000 990104440858

EM MESA

JULGADO: 21/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. PAULO DE TARSO BRAZ LUCAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLY SALVIANO PEREIRA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDUARDO GOMES DA ROCHA (PRESO)
CORRÉU	: DIEGO CONCEIÇÃO

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.