



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.288 - SP (2013/0366234-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
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 : JOSÉ FEIJÓ NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO BASEADA APENAS NO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA N. 443/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso especial.

– 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*".

– *In casu*, a exasperação em fração superior a 1/3 (um terço) foi feita tão somente em virtude do reconhecimento da incidência de três causas de aumento, o que torna imperioso seu redimensionamento.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 22 de abril de 2014(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.288 - SP (2013/0366234-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

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 : JOSÉ FEIJÓ NETO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de JOSÉ FEIJÓ NETO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação 0038890-14.2007.8.26.0050.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal, às penas de 8 (oito) de reclusão, em regime inicial fechado, e 19 (dezenove) dias-multa (fls. 13/23).

Em sede de Apelação, o Tribunal *a quo* proveu parcialmente os recursos defensivos, por acórdão assim ementado (fl. 38):

Apelação Criminal — Preliminares — Cerceamento de defesa e reconhecimento nos moldes do art. 226, do Código de Processo Penal - Rejeitadas - Autoria e materialidade devidamente comprovadas - Réus que negaram a prática delitiva — No entanto foram contrariados pelas declarações coerentes e harmônicas da vítima e pelos depoimentos dos policiais - Absolvção - Impossibilidade - Conjunto probatório suficiente a ensejar a condenação dos recorrentes - Pena-base deveras exacerbada pela gravidade do delito - Delito grave que já contém em seu bojo o aumento derivado do delito triplamente qualificado - Pena redimensionada e fixadas na base, majorada em 1/6 pela reincidência e elevada pela três qualificadores em 3/8 - Regime inicial fechado corretamente fixado, por se tratar de roubo triplamente qualificado - Periculosidade evidenciada e necessidade da fixação de regime fechado para reprovação e prevenção dessa prática delitiva - De ofício, JULGA-SE EXTINTA A PUNIBILIDADE do recorrente Fábio Soares da Silva, com relação ao delito previsto no artigo 180, do Código Penal, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, com fulcro nos artigos 107, IV (1ª figura), 109, V, e 110, todos do Código Penal, restando prejudicada a análise do mérito de seu apelo e, rejeita-se as preliminares arguidas e dá-se PARCIAL PROVIMENTO aos recursos interpostos pelas defesas de JOSÉ FEIJÓ NETO e FÁBIO SOARES DA SILVA, para reduzir a pena inicialmente imposta a 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, com relação ao delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, restando mantida, no mais, a r. decisão monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos.

No presente *writ*, o impetrante alega ausência de fundamentos na majoração da pena no patamar de 3/8 (três oitavos), invocando o enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Pleiteia, em liminar e no mérito, a reforma da dosimetria.

O pedido liminar foi indeferido, ocasião em que foram dispensadas as informações (fls. 51/53).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, pois substitutivo de recurso próprio (fls. 63/66).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.288 - SP (2013/0366234-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo do devido processo legal e da ampla defesa, 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, confira-se:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[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, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19/9/2012).

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

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos na inicial, tendo em vista a possibilidade da concessão de ordem de ofício, uma vez configurada flagrante ilegalidade a ser sanada.

No caso, pretende a Defensoria Pública Estadual seja realizada nova dosimetria da pena.

No que se refere à aplicação do § 2º do art. 157 do Código Penal, extrai-se da sentença:

*1) José Feijó Neto - o réu é reincidente e portador de maus antecedentes. Em análise aos critérios do artigo 59, do Código Penal terá sua pena fixada acima do mínimo legal em 1/3, no montante de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias multa. Não há outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Não existem causas de diminuição a serem aplicadas. **Existem as causas de aumento do concurso de agentes, emprego de arma de fogo e restrição da liberdade da vítima, razão pela qual majoro em 1/2 a pena supra, fixando-a em 8 (oito) anos e 19 (dezenove) dias multa, no valor mínimo unitário (fls. 20/21).***

O Tribunal a quo, ao reformar a sentença, assim se manifestou:

(...) o D. Magistrado considerou maus antecedentes e reincidência em um único aumento. No entanto, José é reincidente, mas não possui maus antecedentes.

Portanto, considero deveras exacerbado o aumento asseverado na r. sentença, e assim fixo a pena na base em 04 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase, observo que os réus são reincidentes (certidões em apenso), e majoro a reprimenda em 1/6, perfazendo 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Por fim, considerando a incidência de três qualificadoras, o D. Magistrado elevou-a em 1/2, e, nesse aspecto entendo que a fração deverá ser utilizada na proporção de 3/8, proporcional e adequada.

Isto porque, tratando-se de crime de roubo circunstanciado,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para se chegar a uma graduação da reprimenda mais equânime, verificando-se a distância correspondida entre o mínimo e o máximo, bem como o fato dessa majoração ter que variar em consonância com as causas especiais de aumento reconhecidas, evidente que a conduta cometida com o emprego da arma, concurso de agentes e restrição da liberdade das vítimas revela maior reprovação, ensejando a utilização da fração acima do mínimo. Não se trata, pois, de uma operação matemática, mas sim de estrita observância ao princípio da proporcionalidade.

Assim, a pena totalizou 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 156 (quinze) dias-multa.

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado, atendendo ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e também pelas circunstâncias em que o delito se deu, com demonstração de audácia e destemor dos agentes em relação à vítima, revelando periculosidade intensa.

Não bastasse isso, a reprovabilidade maior decorrente do crime de roubo triplamente qualificado tem recomendado também o regime inicial fechado para o cumprimento da pena (fls. 44/45).

Verifica-se, portanto, que o Tribunal a quo baseou-se no número de causas de aumento para a majoração da pena em 3/8 (três oitavos) e não apresentou fundamentação concreta e suficiente para o acréscimo da pena em fração superior ao mínimo, 1/3 (um terço).

Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente afirmado que o critério para a elevação da pena em função das causas de aumento no crime de roubo não é matemático, mas subjetivo, e dependente das circunstâncias evidenciadas no caso concreto, o que, no caso, não foi feito pelas instâncias ordinárias.

Eis o teor da Súmula n. 443/STJ, *in 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.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

Assim, verificando-se que o critério utilizado pelo acórdão recorrido para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elevação da pena, na terceira fase da dosimetria, fundamentou-se apenas no número de causas de aumento, necessário o seu redimensionamento para a fração mínima de 1/3 (um terço), o que faço desde já.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada no mínimo legal, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda etapa da dosimetria, fica mantido o acréscimo de 1/6 da pena, em razão da reincidência, fixada a pena em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa.

Presentes as causas de aumento de pena, em razão do emprego de arma, do concurso de agentes, com restrição da liberdade da vítima, reduzo o aumento das penas, estabelecido na condenação, ao mínimo legal de 1/3 (um terço), restando as penas definitivamente estabelecidas em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem, de ofício, apenas para que, na terceira fase da dosimetria da pena, quanto ao delito de roubo circunstanciado, seja aplicada a fração de 1/3 (um terço), reduzindo-se as penas impostas ao paciente para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 12 (doze) dias-multa, à míngua de outras causas modificativas, mantido, no mais os termos do acórdão impugnado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0366234-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.288 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0038890148260050 050070388903 38890148260050 50070388903 7172007

EM MESA

JULGADO: 22/04/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

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	: JOSÉ FEIJÓ NETO
CORRÉU	: FABIO SOARES DA SILVA

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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.