



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.393 - SP (2014/0237677-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DE SOUZA
PACIENTE : WELLINSON LUCAS DOS SANTOS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA SE A SUA UTILIZAÇÃO RESTAR COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA, COMO NO CASO CONCRETO. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA 440 DO STJ E SÚMULA 719 DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR AS SANÇÕES APLICADAS AOS PACIENTES E PARA ESTABELECEER O REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA UM DELES.

01. As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição aos recursos previstos nos incisos II e III do art. 105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Min. Jorge Mussi; HC n. 239.999, Min. Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Min. Maria Thereza de Assis Moura). No entanto, por força de norma cogente nela contida (art. 5º, inc. LXVIII) e também no Código de Processo Penal (art. 654, § 2º), cumpre aos tribunais “*expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*”.

02. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 443.045/DF, decidiu que “*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*” (AgRg nos EAREsp n. 443.045/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Terceira Seção, DJe 14/10/2014).

03. “*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*” (STJ, Súmula 443).

04. “*Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (STJ, Súmula 440). "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (STF, Súmula 719).

05. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas privativas de liberdade aplicadas aos pacientes e estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena de Wellinson Lucas dos Santos.

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 Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de dezembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.393 - SP (2014/0237677-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DE SOUZA
PACIENTE : WELLINSON LUCAS DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

DIEGO OLIVEIRA DE SOUZA foi condenado às penas de 07 (sete) anos, 08 (oito) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e de 42 (quarenta e dois) dias-multa; **WELLINSON LUCAS DOS SANTOS**, às penas de 06 (seis) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e de 39 (trinta e nove) dias-multa, ambos por infração ao art. 157, § 2º, incs. I e II, c/c o art. 70, ambos do Código Penal.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação por eles interposta (fls. 31/40).

Inconformados, os réus, por intermédio da Defensoria Pública daquela unidade federativa, impetraram, nesta Corte, *habeas corpus*, sustentando, em síntese, que: **a)** não houve "a apreensão da suposta arma utilizada no roubo da motocicleta e respectivo laudo pericial, que autorizasse a condenação englobando a causa de aumento de pena prevista no dispositivo penal"; **b)** "na terceira fase da dosimetria, o Juízo de primeiro grau exasperou a pena relativa ao delito de roubo com fulcro, exclusivamente, na quantidade de incisos previstos no artigo 157, §2º, do Código Penal, em descompasso com entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 443 do STJ" (fls. 01/09).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 49/53).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.393 - SP (2014/0237677-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO OLIVEIRA DE SOUZA
PACIENTE : WELLINSON LUCAS DOS SANTOS

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Na ementa do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 277.224/RS, julgado em 02.10.2014, assentei:

"As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição aos recursos previstos nos incisos II e III do art.105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Min. Jorge Mussi; HC n. 239.999, Min. Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Min. Maria Thereza de Assis Moura). No entanto, por força de norma cogente nela contida (art. 5º, inc. LXVIII) e também no Código de Processo Penal (art. 654, § 2º), cumpre aos Tribunais '*expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal*'" (DJe 14.10.2014).

O precedente se aplica ao caso em exame.

Não há como conhecer do *habeas corpus*, pois impetrado em substituição a recurso previsto na Constituição da República (art. 105). Porém, na petição inicial, é afirmado que o paciente sofre constrangimento ilegal à sua liberdade de locomoção. Deve, portanto, ser processado.

02. Está inscrito na sentença – posteriormente confirmada pelo Tribunal (fls. 31/40):

"Por outro lado, o fato das armas empregadas no delito não terem sido apreendidas não impede o reconhecimento dessa causa de aumento:

[...]

Na fase do artigo 59 do Código Penal, não observo razão que justifique a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação das penas-base, fixadas em quatro anos de reclusão e dez dias-multa para cada delito. Porém, Diego é reincidente específico, como se observa a fls. 02/09 e 20 do apenso, motivo pelo qual exaspero suas penas para quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias-multa. Inexistindo agravante a reconhecer para Wellinson, a menoridade relativa não produzirá efeitos, nos termos da Súmula 231 do STJ. **Comprovadas duas causas de aumento descritas na denúncia, majoro as penas em 3/8, atingindo cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias-multa as de Wellinson e seis anos e cinco meses de reclusão e quatorze dias-multa as de Diego, salientando que não aplico a Súmula 443 do STJ por considerar que ela viola o princípio da individualização da pena, pois parece evidente que quem pratica crime duplamente qualificado merece sanção maior do que quem o faz com apenas uma qualificadora, diante da maior probabilidade de êxito, nos termos do seguinte julgado:**

[...]

Como foram três delitos em concurso formal, aplico umas das penas com acréscimo de um quinto, atingindo seis anos, sete meses e seis dias de reclusão e trinta e nove dias-multa a de Wellinson e sete anos, oito meses e doze dias de reclusão e quarenta e dois dias-multa a de Diego, salientando que a pecuniária foi fixada na forma do artigo 72 do Código Penal. Diante da natureza dos delitos, cometidos mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, do tipo que abala severamente a ordem pública desta Comarca e causa verdadeiro pânico social, além da reincidência específica de Diego, entendo que o único regime inicial adequado para cumprimento da pena é o fechado, para ambos os réus" (fls. 16/18).

Repito: assevera a impetrante que:

a) não houve *"a apreensão da suposta arma utilizada no roubo da motocicleta e respectivo laudo pericial, que autorizasse a condenação englobando a causa de aumento de pena prevista no dispositivo pena";*

b) *"na terceira fase da dosimetria, o Juízo de primeiro grau exasperou a pena relativa ao delito de roubo com fulcro, exclusivamente, na quantidade de incisos previstos no artigo 157, §2º, do Código Penal, em descompasso com entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 443 do STJ".*

Rejeito a primeira tese valendo-me de precedente da Terceira Seção desta Corte, segundo o qual, *"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"* (EREsp n. 961.863/RS, Rel. p/ acórdão Min. Gilson Dipp, 3ª Seção, DJe de 06.04.2011)" (AgRg nos EAREsp 443.045/DF, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 14/10/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, de acordo com a Súmula 443 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”*.

Da tese enunciada destoaram a sentença e o acórdão. Destarte, impõe-se a concessão da ordem e, conseqüentemente, o redimensionamento das reprimendas impostas aos pacientes, como segue:

- **Diego Oliveira de Souza:** mantenho as penas fixadas na primeira e segunda etapas da dosimetria – 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Na terceira fase, ante o emprego de arma e o concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, incs. I e II), aumento as penas em 1/3 (um terço), resultando em 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa. Por fim, diante do concurso formal de crimes, majoro a pena privativa de liberdade em 1/5 (um quinto) e aplico distinta e integralmente a de multa por cada um dos delitos (CP, art. 72), totalizando ela, assim, 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 42 (quarenta e dois) dias-multa.

Confirmo o acórdão quanto ao regime (fechado) imposto para cumprimento inicial da pena, pois o réu é reincidente e a sanção é superior a 04 (quatro) anos.

- **Wellinson Lucas dos Santos:** mantenho as penas fixadas na primeira e segunda etapas da dosimetria – 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na terceira fase, ante o emprego de arma e o concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, incs. I e II), aumento as penas em 1/3 (um terço), resultando em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa. Por fim, diante do concurso formal de crimes, majoro a pena privativa de liberdade em 1/5 (um quinto) e aplico distinta e integralmente a de multa por cada um dos delitos (CP, art. 72), totalizando ela, assim, 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, e 39 (trinta e nove) dias-multa.

Conforme a Súmula 440 desta Corte, *“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”*; com a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, *“a imposição do regime de cumprimento*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Em suma: concedo a ordem também para, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena.

03. À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De ofício, concedo a ordem para redimensionar as penas privativas de liberdade aplicadas aos pacientes e estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena de Wellinson Lucas dos Santos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0237677-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.393 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00677009120108260050 20140000416578 5012010 677009120108260050

EM MESA

JULGADO: 02/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIEGO OLIVEIRA DE SOUZA
PACIENTE	: WELLINSON LUCAS DOS SANTOS

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 Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.