



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.092 - SP (2013/0363465-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
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 : WESLEY SOARES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 5/12. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTES TRIBUNAL. REGIME INICIAL FECHADO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. 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.

4. Caso em que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecida a primariedade do réu, o regime fechado foi estabelecido porque a vítima foi atingida com coronhadas na cabeça, a demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

5. Inexiste violação à Súmula n.º 440 desta Corte Superior quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta da conduta delituosa, a evidenciar que a pena-base deixou de ser exasperada tão-somente em razão da benevolência das instâncias ordinárias.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, tão-somente para, mantida a condenação, fixar a pena do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paciente em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.092 - SP (2013/0363465-0)

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 : WESLEY SOARES DA SILVA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de WESLEY SOARES DA SILVA, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Criminal n.º 0011355-42.2011.8.26.0577.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 05 anos e 08 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 14 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I, II, e V, do Código Penal.

Interposta apelação pela Defesa do Paciente, o recurso foi desprovido.

Daí o presente *writ*, no qual se sustenta a ocorrência de ilegalidade na aplicação da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, do Código Penal e na fixação do regime prisional fechado.

Requer-se, liminarmente e no mérito, a diminuição da pena em razão da causa de aumento aplicada e o estabelecimento de regime inicial semiaberto.

A medida liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 50/51.

As judiciosas informações foram acostadas às fls. 60/71.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 75/76, opinando pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.092 - SP (2013/0363465-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 5/12. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTES TRIBUNAL. REGIME INICIAL FECHADO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. 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.

4. Caso em que, fixada a pena-base no mínimo legal e reconhecida a primariedade do réu, o regime fechado foi estabelecido porque a vítima foi atingida com coronhadas na cabeça, a demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

5. Inexiste violação à Súmula n.º 440 desta Corte Superior quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta da conduta delituosa, a evidenciar que a pena-base deixou de ser exasperada tão-somente em razão da benevolência das instâncias ordinárias.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, tão-somente para, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Não se desconhece que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque a competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal trata-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, não tem admitido a extensão desse entendimento aos casos de *writ* substitutivo de recurso especial (HC 115715, Rel. Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe-179 PUBLIC 12-09-2013; RHC 117845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe-197 PUBLIC 07-10-2013; HC 113690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, DJe-197 PUBLIC 08-10-2012).

Diante disso, embora reconheça a ocorrência de abuso na utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, vinha persistindo no conhecimento do *writ* em tais casos, por cautela, até o final posicionamento da Suprema Corte.

Porém, fiquei vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão pela qual me curvo ao entendimento majoritário, para, ressalvado meu posicionamento pessoal, não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso dos autos, o Juízo sentenciante, no que foi ratificado pelo Tribunal *a quo*, majorou a pena na 3.^a etapa da dosimetria com base nos seguintes argumentos:

"Passo à dosimetria das penas. Em atenção aos ditames do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo cominado. A atenuante da menoridade não produziu efeitos, eis que a pena-base já se encontra no piso. à mingua de causas de diminuição da pena, majoro a reprimenda em 5/12 (cinco doze avos), em razão da presença das causas de aumento descritas nos incisos I, II e V do § 2.º do artigo 157 do CP, tornando-a definitiva nesse patamar." (fl. 36)

Com efeito, levou-se em conta tão-somente o critério matemático para majorar a pena acima do patamar mínimo, em razão da configuração de duas circunstâncias. Porém, a presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em razão acima da mínima prevista, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de motivos idôneos que indiquem a necessidade da exasperação.

Conclui-se que as instâncias ordinárias contrariaram o entendimento pacificado neste Tribunal Superior no sentido de que o aumento acima do mínimo, na terceira fase da dosimetria da pena, deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem uma maior elevação, utilizando-se o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5.º, inciso XLVI, da Constituição da República). A propósito: HC 102.447/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, 5.ª TURMA, DJ de 19/12/2008; HC 97.134/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 5.ª TURMA, DJ de 19/12/2008.

Incide, na hipótese, portanto, a Súmula n.º 443 deste Superior Tribunal de Justiça: *"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."*

Ou seja: a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.

Desse modo, diante da ausência de justificativa concreta acerca da adoção de fração maior que o mínimo na exacerbação da pena, deve, portanto, ser reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar legal mínimo, equivalente a 1/3, excluindo-se a majoração considerada ilegal, de 5/12.

Assim, a pena-base de 04 anos de reclusão, mantida ante a ausência de atenuantes ou agravantes, fica aumentada em 1/3, ao invés de 5/12, pelo reconhecimento de três majorantes, o que resulta em 05 anos e 04 meses de reclusão.

No que diz respeito ao regime prisional, o Magistrado *a quo* fixou o regime inicial fechado para o cumprimento da pena sob a seguinte fundamentação:

"O regime inicial de cumprimento das penas será o fechado, único adequado à espécie, levando-se em conta o emprego de arma de fogo, a prática do crime em concurso de agentes, a restrição da liberdade da vítima e, ainda, o acentuado dolo da conduta, porque a vítima foi atingida com coronhadas na cabeça." (fl. 36)

O Tribunal de origem, por sua vez, ao manter a sentença *in totum*, justificou-se sob o fundamento de que *"Por fim, correto o regime prisional eleito, na medida em que os*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, considerando-se, também, a ação violenta, tendo a vítima sofrido agressão física e moral" (fl. 42).

As transcrições acima revelam que o regime fechado foi estabelecido por conta da **gravidade concreta do crime**, nomeadamente porque a vítima do crime foi golpeada por meio de coronhadas na cabeça. O fato de esse argumento não ter sido utilizado para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ. Este, ao contrário, é muito claro em vedar a fixação de regime mais gravoso quando realizado com base na **gravidade abstrata** do delito, o que, como visto, não foi o caso.

Exemplificativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. REFERÊNCIA A ELEMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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.

2. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Por mais que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, bem como o quantum da pena ser inferior a oito anos de reclusão, havendo menção a elemento concreto para o estabelecimento de regime inicial mais severo, não há falar em constrangimento ilegal. In casu, foi apontada significativa particularidade fática (não se podem equiparar, para efeito de valoração do injusto-típico, condutas como as descritas neste processo com outros delitos, nos quais, a despeito do concurso de agentes e emprego de armas, não são realizados disparos ou atos de violência pessoal contra os ofendidos. Houve maior desvalor do resultado nos delitos ora examinados e, portanto, é justo que, para reafirmação da norma penal violada, a resposta seja mais intensa, proporcional à gravidade concreta do crime, demonstrada no processo) a evidenciar modus operandi com plus de reprovabilidade, autorizando, assim, a aplicação do regime fechado.

3. Habeas corpus não conhecido". (HC 196.030/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013.)

Ressalte-se, ainda, que a questão em apreço é **de todo diversa** da hipótese em que o regime inicial mais gravoso é justificado exclusivamente no emprego de arma de fogo ou no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso de agentes. Ressalvada minha divergência, a Quinta Turma deste Sodalício tem decidido que essas majorantes, *de per si*, permitem a agravação do aspecto qualitativo da reprimenda (regime prisional) independentemente do aspecto quantitativo (*quantum* de pena fixado na primeira fase da dosimetria). Exemplificativamente: HC 274149/SP; HC 268570/SP; REsp 1330978/SP.

Com relação a isso, tenho sustentado que o princípio da legalidade inviabiliza que **causas de aumento de pena** sejam consideradas como fundamentos exclusivos para a apreciação do regime prisional adequado ao caso concreto, já que o Código Penal não deixa nenhuma dúvida de que, para além da reincidência e do *quantum* de pena aplicado (art. 33, §2.º), os únicos argumentos autênticos para a agravação do regime prisional devem guardar relação com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo código. Como dito anteriormente, todavia, o caso destes autos é diverso, pois a gravidade concreta do crime não levou em consideração somente as precitadas majorantes, mas sim circunstância que deixou de ser desvalorada na primeira etapa da dosimetria por nítida benevolência do magistrado.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO ordem de *habeas corpus*, de ofício, tão-somente para, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0363465-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.092 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0011355422011820577 11355422011820577 3012011

EM MESA

JULGADO: 18/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

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	: WESLEY SOARES DA SILVA
CORRÉU	: GEILSON SANTOS SOARES

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.