



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.008 - SP (2015/0314383-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA - RJ147350
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IURI DE JESUS ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e deste Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Este Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, o Tribunal limitou-se a assinalar que, constatadas duas majorantes previstas no art. 157, § 2º, do Código Penal – emprego de arma de fogo (inciso I) e concurso de pessoas (inciso II) –, impunha-se o aumento superior ao mínimo, uma vez que, "*quanto mais numerosas se fazem estas circunstâncias agravantes, maior periculosidade representa o crime para a vítima*". Assim, verificam-se ausentes elementos concretos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo, impondo-se a redução da fração de aumento de pena na terceira fase da dosimetria para o mínimo legal – 1/3 (um terço). Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para limitar o recrudesimento das penas do paciente, na terceira fase da dosimetria, à fração de 1/3 (um terço), redimensionando a pena, que se torna definitiva nos patamares de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 14 dias-multa, mantidos os demais parâmetros da sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.008 - SP (2015/0314383-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA - RJ147350
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IURI DE JESUS ALVES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de IURI DE JESUS ALVES contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0105361-65.2014.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o paciente foi sentenciado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (roubo circunstanciado) à pena de 8 anos e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 32 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, buscando o redimensionamento das penas. O Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, e 17 dias-multa. O acórdão foi juntado às fls. 12/20.

No presente *writ*, a defesa sustenta que a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria careceu de fundamentação idônea. Aduz que a genérica constatação de duas causas especiais de aumento de pena não autoriza o recrudesimento da reprimenda acima do mínimo legal, devendo ser concretamente justificada a majoração. Invoca a Súmula n. 443 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Pugna, assim, o redimensionamento da pena, reduzindo-se a fração de aumento de pena na terceira fase da dosimetria para 1/3 (um terço).

Às fls. 23/26, o Exmo. Ministro Gurgel de Faria não conheceu do *habeas corpus* e concedeu a ordem, de ofício, para redimensionar a pena.

Reconsiderada a decisão (fl. 47), após interposição de agravo regimental pelo Ministério público, que não fora ouvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 54/57, pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 345.008 - SP (2015/0314383-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício. Nessa esteira:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, **não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de *habeas corpus* substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJE 21/3/2016).

Discute-se a exasperação da pena na terceira fase da dosimetria.

O Tribunal de origem, em grau de apelação defensiva, redimensionou as penas do paciente, substituindo a sentença condenatória, no ponto. Consignou:

*[...] Contudo, as penas serão reduzidas. As básicas devem partir do patamar mínimo legal de quatro anos de reclusão e dez dias-multa. Na fase seguinte, o aumento a ser aplicado, referente à reincidência, deverá se ater ao índice de um sexto, que se mostra justo e proporcional, resultando suas sanções em quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias-multa. E, **em função do concurso de agentes e do emprego de arma, mantém-se o acréscimo de três oitavos, que corresponde à orientação Jurisprudencial, lembrando que quanto mais numerosas se fazem estas circunstâncias agravantes, maior periculosidade representa o crime para a vítima, assim, inviável o aumento de um terço**; desta forma, suas penas devem resultar em seis anos e cinco meses de reclusão e quinze dias-multa. Por fim, aplica-se a exasperação de um sexto, em razão do concurso formal de crimes, fazendo com que suas sanções perfaçam o total de sete anos, cinco meses e vinte e cinco dias de reclusão e dezessete dias-multa. (fls. 17/18)*

Verifica-se que as instâncias ordinárias, na terceira fase da dosimetria das penas cominadas ao primeiro paciente e ao primeiro delito do segundo paciente, elevaram a pena em 3/8 (três oitavos), patamar superior ao mínimo legal, previsto no § 2º do art. 157 do Código Penal, que é de 1/3 (um terço).

Este Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

In casu, o Tribunal limitou-se a assinalar que, constatadas duas majorantes previstas no aludido dispositivo – emprego de arma de fogo (inciso I) e concurso de pessoas (inciso II) –, impunha-se o aumento superior ao mínimo, uma vez que, *"quanto mais numerosas se fazem estas circunstâncias agravantes, maior periculosidade representa o crime para a vítima"* (fl. 18).

Assim, verificam-se ausentes elementos concretos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo, de 1/3 (um terço), conforme copiosos precedentes deste Tribunal:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 440/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

III - A Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova. No caso dos autos, o v. acórdão reprochado apoiou-se na prova oral produzida para concluir pela utilização da arma branca no crime de roubo (precedentes).

IV - O eg. Tribunal de origem, apoiado nos elementos de prova produzidos nos autos, concluiu que "as causas de aumento restaram devidamente demonstradas, pois o material probatório coligido aponta que o crime foi cometido pela Ré com mais um comparsa [...]" (fl. 46). Rever esse entendimento demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (precedentes).

V - No presente caso, verifica-se que a pena foi exasperada em 3/8 (três oitavos) considerando apenas a quantidade de majorantes. Assim, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que o aumento foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, violando o enunciado da Súmula n. 443/STJ, segundo o qual "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (precedentes).

[...] Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício para, confirmando a liminar, com fundamento nas Súmulas n. 443 e 440/STJ, reduzir a pena da paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 343.248/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/4/2016).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 5. 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 n. 443 do STJ.

6. As instâncias ordinárias, não obstante hajam particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não apontaram nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a ilegalidade na redução da pena em relação à menoridade relativa do réu, adotar o patamar de 1/3 para o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto (HC 228.310/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/3/2016).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8. CRITÉRIO QUANTITATIVO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Consoante a Súmula n. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão e fixar o regime inicial semiaberto (HC 338.514/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 23/2/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Há constrangimento ilegal quando a reprimenda é majorada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado 443 da Súmula deste Sodalício).

[...] Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa (HC 341.340/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15/2/2016).

Desse modo, impõe-se, no caso vertente, a redução da fração de aumento de pena na terceira fase da dosimetria para o mínimo legal - 1/3 (um terço).

Assim, passo ao redimensionamento das penas impostas.

Na primeira fase, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantenho a pena-base no mínimo legal de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, no piso legal. Na segunda etapa, verificada a reincidência, agravo a pena de 1/6 (um sexto), alcançando-se o patamar de 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa. Na terceira fase da dosimetria, à luz do exposto acima, elevo a pena no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar mínimo de 1/3 em razão do reconhecimento das majorantes de emprego de arma e concurso de pessoas, ficando a reprimenda definitivamente fixada em 6 anos, 2 meses e 20 dias, e 14 dias-multa.

Mantêm-se os demais parâmetros da sentença condenatória.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva nos patamares de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 14 dias-multa, mantidos os demais parâmetros da sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0314383-2

HC 345.008 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01053616520148260050 1053616520148260050 20150000770062

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA CUKIER DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA - RJ147350
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : IURI DE JESUS ALVES

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.