



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.275 - SP (2016/0025653-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARLIN DUARTE DA FONSECA
PACIENTE : JULIO CESAR FERNANDES MOREIRA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA 443/STJ. **WRIT** 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 alinharam-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 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.

III - As penas, na terceira fase da dosimetria, foram exasperadas 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 ofício para, com fundamento na Súmula n. 443/STJ, reduzir as penas dos pacientes para **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de abril de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.275 - SP (2016/0025653-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de DARLIN DUARTE DA FONSECA e JULIO CESAR FERNANDES MOREIRA, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação n. 3046493-40.2013.8.26.0224.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, às penas de **6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão**, em regime inicialmente fechado, como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e do art. 244-B da Lei n. 8.069/90, na forma do art. 70 do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, em que o eg. Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do v. acórdão cuja ementa transcrevo a seguir:

"APELAÇÃO - Roubo circunstanciado e corrupção de menores em concurso formal - Artigo 157, § 2º, incisos I e II do CP e artigo 244-B do ECA, na forma do artigo 70 do CP - Acervo probatório que justifica a procedência da ação penal - Autoria e Materialidade comprovadas - Palavra das vítimas e dos policiais militares - Validade - Precedentes - Réus detidos na posse da res furtivae - Incabível a alegação de insuficiência probatória - Corrupção de menores - Artigo 244-B do ECA - Delito de natureza formal - Prescindível a prova da efetiva e posterior corrupção do menor - Crime configurado apenas com a participação do inimputável na empreitada criminosa juntamente com maior de 18 anos - Precedentes - Pena - Dosimetria - Reprimendas mantidas face à impossibilidade de reformatio in pejus - Não obstante a r. sentença tenha reconhecido o concurso formal de crimes, fato é que há concurso material entre os delitos de roubo circunstanciado e corrupção de menores - Regime prisional inicial fechado - Adequado à espécie - APELO NÃO PROVIDO" (fl. 80).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante, em síntese, que os pacientes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estão sofrendo constrangimento ilegal, uma vez que a r. sentença de primeiro grau, confirmada pelo eg. Tribunal de origem, exasperou a pena em 3/8 (três oitavos), na terceira fase da dosimetria, tão somente em razão do reconhecimento de duas majorantes.

Assevera que a mera indicação do número de majorantes não é suficiente para fundamentar a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos), pois contraria a Súmula de n. 443 desta Corte.

Desse modo, requer a concessão da ordem de **habeas corpus** para "*[...] reconhecer a ausência de fundamentação concreta para a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal, com a consequente readequação da pena (aplicação da exasperação no mínimo legal de 1/3)*" (fl. 6).

Informações prestadas (fls. 67-106).

O d. Ministério Público Federal, às fls. 110-116, manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus**, entretanto, pela **concessão** da ordem **de ofício**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 348.275 - SP (2016/0025653-5)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA 443/STJ. WRIT 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 alinharam-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 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.

III - As penas, na terceira fase da dosimetria, foram exasperadas em 3/8 (três oitavos), considerando apenas a quantidade de majorantes. Assim, forçoso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ofício para, com fundamento na Súmula n. 443/STJ, reduzir as penas dos pacientes para **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 alinharam-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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Busca-se, com a presente impetração, a redução das penas impostas aos sentenciados, ora pacientes, mediante a aplicação da fração de 1/3 (um terço) para as majorantes do concurso de agentes e emprego de arma de fogo.

Transcrevo, a fim de delimitar a **quaestio**, o seguinte excerto da r. sentença condenatória, no **punctum saliens**:

"[...] Quanto ao crime de roubo, na dosagem das penas, temos que os réu são primários e de bons antecedentes, podendo ter as penas-base fixadas no mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, observados os critérios do artigo 59.

Conquanto presente a atenuante da menoridade relativa, deixo de reduzir as penas, em razão de tê-las fixado no mínimo legal.

Não há agravantes nem causas de diminuição de pena a serem consideradas.

Presentes, por outra vertente, as causas de aumento dos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, assim, acresço as penas fixadas de três oitavos (TACRIM, Apelações nº 1.102.907-9; 1.071245; 1.077527; 1078217), já que além do uso de arma, os réus agira em concurso de agentes, circunstâncias autorizadoras da exacerbação mencionada, caso contrário seria tratado de maneira igual réu em situação distinta, como, por exemplo, aquele que age armado, porém sozinho, fixando a reprimenda em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa para cada um dos réus.

Por fim, quanto ao delito de corrupção de menores, verifico que os acusados são primários e não ostenta antecedentes, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 1 (um) ano de reclusão.

Conquanto presente a atenuante da menoridade relativa, deixo de reduzir as penas, em razão de tê-las fixado no mínimo legal.

Não há agravantes, causas de aumento ou de diminuição de penas, assim, fixo em definitivo as penas em 1 (um) ano de reclusão para o delito tipificado no artigo 244-B do ECA para ambos os réus.

*Os delitos foram praticados em **concurso formal**, assim tomo as penas privativas de liberdade do delito de roubo, uma vez que maiores **(5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão)** e acresço de 1/6 (um sexto), conforme acima exposto, fixando em definitivo a reprimenda em 6 anos e 5 meses de reclusão. As penas de multa deverão ser somadas, nos termos do artigo 72 do CP, fixando em 13 (treze) dias-multa para cada um dos réus. [...]" (fl. 76).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O eg. Tribunal **a quo**, por sua vez, negou provimento ao apelo defensivo, mantendo inalterada a r. sentença de primeiro grau, **verbis**:

"[...] A MM Juíza a quo, em relação a ambos os apelantes e no que tange ao delito de roubo circunstanciado, manteve as penas basilares no patamar mínimo legal, qual seja em 04 (quatro) anos de reclusão, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, haja vista a ausência de circunstâncias desabonadoras. Após, na segunda fase, consignou a impossibilidade de redução da pena aquém do piso mínimo, face à atenuante da menoridade relativa (corrêu Darlin fls. 13). Na terceira fase, majorou as reprimendas em 3/8, face ao emprego de arma e concurso de agentes (art. 157, §2º, I e II do CP), totalizando 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa.

No que tange ao delito de corrupção de menores, a d. Magistrada, em relação a ambos os réus, fixou as penas basilares no patamar mínimo, ou seja, em 01 (um) ano de reclusão, face à ausência de circunstâncias desabonadoras. Após, na segunda fase, consignou a impossibilidade de redução da pena aquém do piso mínimo, face à atenuante da menoridade relativa (corrêu Darlin fls. 13). Na terceira fase, ausentes causas de aumento ou diminuição, tornou as penas definitivas.

*Após, considerando a ocorrência de **concurso formal** de crimes, a MM Juíza a quo considerou a pena do delito mais grave, qual seja 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito de roubo circunstanciado, e majorou-a em 1/6, nos termos do artigo 70 do Código Penal, alcançando 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa destacando-se que as penas de multa restaram somadas em virtude da aplicação do artigo 72 do referido códex.*

[...]

E, havendo 02 (duas) causas de aumento concorrentes no caso, o emprego de arma e o concurso de agentes (art. 157, §2º, I e II do CP), necessário que a majoração da pena se dê a maior do que se presente apenas uma das causas inscritas no artigo 157, §2º do Código Penal, como bem procedeu a MM Juíza a quo. [...]" (fls. 79-98, grifei).

Insta consignar, por oportuno, que, na terceira fase da dosimetria da pena, a majoração da reprimenda acima do patamar mínimo é legitimada não pela quantidade de causas de aumento de pena, mas pela fundamentação emitida pelo órgão julgador com base em dados concretos extraídos dos autos.

No presente caso, verifica-se que a **causa de aumento acima do patamar mínimo careceu de motivação**, pois decorreu, tão somente, da presença de **duas majorantes**.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma vez que o aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação.

Neste sentido:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. ROUBO. DUAS MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Inteligência da Súmula n. 443 do STJ.

*2. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de diminuir para 1/3 o aumento procedido na terceira etapa da dosimetria do crime de roubo" (HC n. 301.849/SP, Sexta Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 13/10/2014).*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA EM 3/8. NÚMERO DE QUALIFICADORAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. FRAÇÃO DE AUMENTO REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. [...]

IV - A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto em lei, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

V - A aplicação da fração de 3/8 (três oitavos) apenas com base na quantidade de majorantes contraria o entendimento desta Corte consolidado em sua Súmula 443.

VI - Fração de aumento reduzida ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), restando a sanção definitiva fixada em 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

[...]

*VI - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena, nos termos da fundamentação" (HC n. 292.606/SP, Quinta Turma, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

29/8/2014).

Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado, consoante o disposto no enunciado n. **443** da Súmula/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 a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."*

Dessarte, aplicado o aumento em seu patamar mínimo, as penas dos pacientes pelos delitos previstos no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, e artigo 244-B, da Lei n. 8.069/90, na forma do artigo 70 do Código Penal, devem ser **redimensionadas** para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e, aplicando as regras do concurso formal de crime, mantida na fração mínima de 1/6 (um sexto), a pena final dos pacientes será de **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.**

Em suma, a fundamentação utilizada pelo eg. Tribunal de origem para justificar o aumento da pena em razão do número de majorantes não se revela idônea e malfez a sistemática estabelecida pela legislação.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício** para, com fundamento na Súmula n. 443/STJ, reduzir as penas dos pacientes para **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0025653-5

HC 348.275 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 28722013 30464934020138260224

EM MESA

JULGADO: 26/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: FERNANDA COSTA TEIXEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DARLIN DUARTE DA FONSECA
PACIENTE	: JULIO CESAR FERNANDES MOREIRA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.