



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 282.228 - SP (2013/0377637-2)

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 : WELLINGTON SANTOS BARBOSA SILVA

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. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL. SÚMULA N. 440 DO STJ E SÚMULAS NS. 718 E 719 DO STF.

– 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 duas causas de aumento, o que torna imperioso seu redimensionamento.

– O regime inicial de cumprimento da pena do paciente deve ser o semiaberto, pois a pena-base foi estabelecida no mínimo legal ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. De outro lado, não foi apresentada fundamentação concreta a amparar a fixação de regime mais gravoso. Súmula n. 440/STJ e Súmulas ns. 718 e 719/STF.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 (treze) 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 25 de fevereiro de 2014(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 282.228 - SP (2013/0377637-2)

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 : WELLINGTON SANTOS BARBOSA SILVA

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 WELLINGTON SANTOS BARBOSA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação 0334547-47.2010.8.26.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, II e V, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa (fls. 13/21).

Em sede de Apelação, o Tribunal *a quo* negou provimento aos recursos defensivo e ministerial (fls. 22/27).

No presente *writ*, requer a impetrante a aplicação ao caso da Súmula 443/STJ, uma vez que o aumento de pena na fração de 3/8 (três oitavos), em razão da incidência de duas causas de aumento, teria decorrido do critério meramente matemático.

Sem pedido de liminar, foram dispensadas informações (fl. 33).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, pois substitutivo de recurso próprio (fls. 36/40).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 282.228 - SP (2013/0377637-2)

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, as instâncias ordinárias assim se manifestaram:

Bem sopesados os elementos norteadores do art. 59, do Código Penal, fixo a pena base no mínimo legal, consistente em 4 anos de reclusão, considerando a primariedade do réu.

Não há circunstâncias agravantes e resta prejudicada a atenuante de menoridade, ante a fixação da pena no mínimo legal. A individualização da pena ocorre em diversas etapas e mediante emprego de vários critérios, prescindindo da afronta à sistemática legal de dosimetria, nesta fase, mediante redução aquém do mínimo legal.

Em decorrência do número de qualificadoras (restrição da liberdade da vítima e concurso de agentes), aumento a pena em 3/8, nos termos do par. 2º, incisos II e V, do art. 157, do CP, resultando na reprimenda de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e treze dias-multa (sentença - fls. 19/20).

A pena não comporta reparos: base fixada no mínimo legal, acrescida de 3/8 (três oitavos) pelas duas qualificadoras (percentual adotado por esta Câmara e tido pela jurisprudência como o mais adequado ao caso). Anoto que a atenuante da menoridade relativa do apelante Wellington não tem o condão de reduzir a pena-base aquém do mínimo legal - Súmula 231 do STJ (acórdão - fls. 25/26).

Verifica-se, portanto, que as instâncias ordinárias basearam-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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 DESTES 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 e na segunda etapa da dosimetria, ficam mantidas as penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Presentes as causas de aumento de pena, em razão do concurso de agentes e 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 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, à míngua de outras causas modificativas.

Ademais, compulsando os autos, verifica-se que o regime foi fixado, na sentença, nos seguintes termos:

O regime de cumprimento deverá ser, inicialmente, o fechado, tendo em vista a gravidade do delito, as qualificadoras, a ação ousada e premeditada dos acusados e as consequências para a vítima. Na fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo de execução da pena deve ser considerada, também, a resposta penal justa e proporcional à conduta. Pelas mesmas razões, inviável a aplicação da reprimenda alternativa ou de 'sursis' (sentença - fl. 20).

O Tribunal a quo, por sua vez, assim se manifestou sobre o tema:

Por fim, quanto ao regime prisional inicial fixado, a r. Sentença não comporta alteração, haja vista que se trata de roubo duplamente qualificado, pelo concurso de agentes e restrição da liberdade da vítima, delito grave que cada vez mais vem atormentando a sociedade em geral e desvela a periculosidade de seus agentes (acórdão - fl. 26).

No caso, ao réu primário, após fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal – mantida no mesmo patamar na segunda fase da dosimetria –, o regime inicial fechado, em verdade, foi fixado sem qualquer fundamentação concreta.

A mera referência pelas instâncias ordinárias à gravidade do delito de roubo circunstanciado não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Com efeito, figura-se necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, por ser contraditória a fixação da pena-base no mínimo, na primeira fase da dosimetria da pena, e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Nesse sentido, a Súmula n. 440/STJ, segundo a qual *"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"*.

Aplicáveis, ainda, as Súmulas ns. 718 e 719, ambas do Supremo Tribunal Federal, as quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo circunstanciado, seja aplicada a fração de 1/3 (um terço), reduzindo-se as penas impostas ao paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, b, do Código Penal, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0377637-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 282.228 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0334547472010826 050090080998 2032009 334547472010826 50090080998

EM MESA

JULGADO: 25/02/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

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 : WELLINGTON SANTOS BARBOSA 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 Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.