



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.790 - SP (2017/0161980-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MONSEF DE CASTRO - SP0265820
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALLACE KAUAN SIMOES REBOUCAS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO PARA 1/3. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. DUPLO AUMENTO. *BIS IN IDEM*. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Nos termos do disposto no 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".

3. 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.

4. Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a ocorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva, pelo número total de infrações. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

ACÓRDÃO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.790 - SP (2017/0161980-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MONSEF DE CASTRO - SP0265820
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALLACE KAUAN SIMOES REBOUCAS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de WALLACE KAUAN SIMÕES REBOUÇAS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0036048-46.2016.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, n/f dos arts. 70 e 71, todos do Código Penal, à pena de 14 anos, 3 meses e 26 dias de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso da defesa para redimensionar a pena em 10 anos, 8 meses e 10 dias de reclusão, e ao pagamento de 23 dias-multa, mantendo os demais termos da condenação (fls. 53/60).

No presente *writ*, a defesa alega que o paciente sofre constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção porque sua pena foi majorada, na terceira fase, em 3/8, apenas com fundamento no número de majorantes, o que contraria a Súmula 443 desta Corte.

Dessa forma, requer, liminarmente e no mérito, a redução da pena em razão das causas de aumento do roubo para a fração mínima de 1/3.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 64/66.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 106/11, pela denegação da ordem:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA QUESTÃO DE FUNDO, PORÉM, PARA VERIFICAR SE HÁ ILEGALIDADE FLAGRANTE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA - NO CASO, AUSENTES. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II DO CP). ALEGADA AUSÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE FUNDAMENTAÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (3/8). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA EM RAZÃO DO USO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSOS DE AGENTES. AUMENTO DO RISCO À INCOLUMIDADE DA VÍTIMA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 406.790 - SP (2017/0161980-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A Defensoria Pública busca a redução da fração de 3/8 para o mínimo de 1/3 em razão da incidência de duas majorantes – concurso de agentes e emprego de arma.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, 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.

Em relação às majorantes do roubo, as instâncias ordinárias fixaram o aumento das penas nos seguintes termos:

(...) Duas foram as causas de aumento de pena, pelo que acresço 3/8 (três oitavos) à pena fixada, o que perfaz 7 anos, 7 meses e 20 dias e 17 dias-multa. (Sentença fl. 31)

Na terceira fase dosimétrica mostrou-se correto o acréscimo de 3/8 (três oitavos) ante a coexistência de duas causas de aumento de pena (emprego de arma e concurso de pessoas), consoante entendimento jurisprudencial consagrado nesta E. Corte, em observância a critério de cônica proporcionalidade. (Acórdão fl. 59)

Conforme se observa das transcrições acima, as instâncias ordinárias aumentaram a pena, na terceira fase da dosimetria, considerando apenas a quantidade de majorantes imputadas ao paciente, deixando de evidenciar de que forma as condutas desbordaram para um comportamento mais grave, o que justificaria a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.

Ademais, limitar-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo não é suficiente para fundamentar a reprimenda em 3/8.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Inteligência da Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Com efeito, limitaram-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, o que não consubstancia fundamentação idônea para a majoração da reprimenda em 3/8 (três oitavos). Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 321.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016).

Dessa forma, a fração da majorante deve ser redimensionada para 1/3.

Além do constrangimento ilegal verificado na terceira fase da dosimetria, vislumbro outra ilegalidade que não foi alegada pela defesa no que tange ao aumento da pena em razão do reconhecimento do concurso formal e da continuidade delitiva.

No caso, a Corte local reconheceu o concurso formal em relação ao primeiro fato, uma vez que o crime de roubo majorado foi praticado mediante única ação contra três vítimas, aumentando a pena em 1/5. Houve, ainda, um segundo evento, que se refere ao cometimento do crime de roubo majorado contra outra vítima, tendo a Corte de origem reconhecido, entre os dois eventos, a continuidade delitiva, majorando a pena em 1/6, conforme se verifica das transcrições abaixo (fls. 59/60):

Após, pelo concurso formal (roubo praticado contra Marta, Carlos Alexandre e João Gabriel) a nobre sentenciante exasperou as penas em 1/2 (metade). No entanto, mais adequado que o incremento se dê na fração de 1/5 (um quinto).

Por fim, por conta da continuidade delitiva (roubo praticado contra Sidney), a douta Magistrada aumentou as sanções em 1/4 (um quarto). Porém, mais acertada a majoração no patamar de 1/6 (um sexto), repousando o esgarçamento, definitivamente, em 10 (dez) anos, 8 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pecuniária de 23 (vinte e três) unidades raras de cálculo.

Contudo, tal entendimento está em desacordo com a jurisprudência deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Superior. É cediço que, nas situações em que constatadas as hipóteses de aumento de pena relativas ao concurso formal e à continuidade delitiva, aumenta-se a reprimenda somente em razão do crime continuado, pelo número de infrações.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ARTIGO 70, CAPUT, E NO ARTIGO 157, § 2º, I E II, C.C. ART. 14, II, NA FORMA DO ARTIGO 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. CONCURSO FORMAL. APLICADO. PRIMEIRO FATO (PRATICADO EM ÚNICA AÇÃO CONTRA DUAS VÍTIMAS). CONTINUIDADE DELITIVA. APLICADA. SEGUNDO FATO. TERCEIRA VÍTIMA. PRATICADO NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. BIS IN IDEM. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO APENAS DA CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO EM 1/5. TRÊS INFRAÇÕES. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Diante da ocorrência de dois fatos (roubo circunstanciado contra duas vítimas e roubo circunstanciado tentado contra uma terceira vítima), a aplicação de concurso formal, quanto à primeira situação, e continuidade delitiva, no tocante à segunda, revela constrangimento ilegal identificado pela incidência de bis in idem.

De rigor o reconhecimento apenas da continuidade delitiva, cujo acréscimo do quantum de pena resulta na fração de 1/5 (um quinto) por serem consideradas três infrações, conforme entendimento pacificado por esta Corte.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, mais 17 (dezesete) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 357.746/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 01/08/2016)

Dessa forma, deve ser afastado o aumento da pena decorrente do concurso formal de crimes, aplicando a regra do crime continuado, sobre o número total de infrações.

Passo a refazer a dosimetria.

Na primeira e segunda fase, mantenho a pena fixada pelas instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias em 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão e multa.

Na terceira fase, em razão das majorantes previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, redimensiono a fração de aumento para 1/3, ficando a pena de cada roubo em 7 anos, 4 meses e 26 dias de reclusão e multa.

Por fim, tendo em vista o reconhecimento apenas da continuidade delitiva e considerando as 4 infrações praticadas, deve ser realizado o acréscimo de 1/4, conforme entendimento pacificado por esta Corte, ficando a pena final arbitrada em 9 anos, 3 meses e 2 dias de reclusão e multa.

Ante o exposto, **não conheço** o *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para aplicar a fração de 1/3 na terceira fase da dosimetria e afastar o aumento decorrente do concurso formal, redimensionando a pena para **9 anos, 3 meses e 2 dias de reclusão e multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0161980-2

HC 406.790 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0036048462016 00360484620168260050 20170000208557 36048462016
360484620168260050 48462016 5272016 7522016

EM MESA

JULGADO: 05/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MONSEF DE CASTRO - SP0265820
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALLACE KAUAN SIMOES REBOUCAS

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.