



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 297.184 - SP (2014/0147197-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ADILSON DA SILVA ABREU

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. PERCENTUAL DA CAUSA DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. **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. Ministra **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. Ministra **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. Ministra **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 - Nos termos do **Enunciado Sumular nº 443/STJ**: "*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.*"

**Habeas corpus** não conhecido.

**Ordem concedida de ofício** para reduzir o percentual de aumento pela ocorrência das majorantes do delito de roubo.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

### **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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.184 - SP (2014/0147197-0)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de ADILSON DA SILVA ABREU, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos autos do Recurso de Apelação nº 0056556-57.2009.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de **6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa**, a serem cumpridas em regime inicial fechado.

Irresignada a defesa interpôs recurso de Apelação. O eg. Tribunal **a quo**, por maioria, deu parcial provimento ao apelo defensivo, reduzindo a pena imposta a **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa**, em regime inicial semiaberto.

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante sustenta que a exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, não poderia dar-se acima do mínimo legal com fundamento apenas no número das majorantes.

Requer, assim, a exasperação da pena em seu patamar mínimo, qual seja, de 1/3 (um terço), em razão da presença das majorantes e a fixação do regime inicial semiaberto.

Liminar concedida às fls. 126-127.

Informações prestadas às fls. 136-165.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 169-172, manifestou-se pela **concessão da ordem de ofício**.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.184 - SP (2014/0147197-0)

### EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. PERCENTUAL DA CAUSA DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. 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. Ministra 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. Ministra 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. Ministra 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 - Nos termos do **Enunciado Sumular nº 443/STJ**: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."*

**Habeas corpus** não conhecido.

**Ordem concedida de ofício** para reduzir o percentual de aumento pela ocorrência das majorantes do delito de roubo.

### 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. Ministra **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. Ministra **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. Ministra **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 ordem de ofício.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente **writ**, aduz o impetrante que a exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, não poderia dar-se acima do mínimo legal com fundamento apenas no número das majorantes.

### **A ordem merece ser concedida de ofício.**

Insta consignar, inicialmente, que, na terceira fase da dosimetria, a majoração da reprimenda acima do patamar mínimo é legitimada não pela quantidade de causas de aumento de pena que incidem ao caso e sim pela fundamentação emitida pelo órgão julgador. É perfeitamente admissível, desde que motivado o decisório que, diante de uma única causa de aumento de pena, exacerbe a reprimenda acima do mínimo legal, bem como aquele que, ante a ocorrência de mais de uma majorante, determine o acréscimo da pena no patamar mínimo.

Assim, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada. Isso porque o Código Penal dispõe, no §2º do art. 157, que a pena "*aumenta-se de 1/3 até a 1/2*", indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima.

Dessarte, verifica-se que, na r. sentença condenatória, a pena foi exasperada em 3/8 em virtude da incidência de duas causas de aumento de pena, **in verbis**:

*"Sobre a pena provisória incidirá, ainda, o aumento de pena do emprego de arma e concurso de uma ou mais pessoas previstas nos incisos I e II do § 2º, do artigo 157 do Código Penal, de sorte será majorada em 3/8, alcançando, finalmente 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão mais pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa (o acréscimo advindo das causas de aumento de pena dos dois incisos do § 2º do artigo 157, do Código Penal se deu à razão de 1/24 por hipótese, de modo que uma "qualificadora" ensejaria a majoração de 1/3 ou 8/24; duas implicaria majoração de 9/24; três implicaria majoração de 5/12 ou 10/24; quatro implicaria majoração de 11/24 e cinco - máximo previsto em lei - implicaria majoração de 1/2 ou 12/24)" (fl. 53).*

**Na espécie**, portanto, verifica-se que o aumento acima do patamar mínimo em razão da existência de duas causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, careceu de motivação, pois decorreu, tão-somente, do fato de estarem presentes **duas majorantes**.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eis que o aumento de pena em 3/8 foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação.

Colaciono, acerca do tema, alguns precedentes **desta Corte**:

*"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. 301849/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.*

*[...]*

*III - A despeito da impossibilidade de conhecimento do writ, convencionou-se analisar as alegações apresentadas, de forma fundamentada, a fim de apreciar a necessidade de concessão da ordem, de ofício.*

*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.*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (dezesete) dias-multa.*

[...]

VI - *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena, nos termos da fundamentação" (HC n. 292606/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014).*

Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado, por meio do enunciado sumular nº **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 a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.*"

Na hipótese, verifica-se que o aumento em razão da incidência das majorantes deve ser estabelecido no seu patamar mínimo, qual seja, 1/3 (um terço). Sendo assim, passo a redimensionar as penas do paciente, e as fixo, mantidos os demais termos da dosimetria realizada na origem, em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa.**

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

**Concedo a ordem de ofício** para, considerando o patamar de 1/3 na terceira fase da dosimetria da pena, com fundamento na Súmula n. 443/STJ, reduzir as penas do paciente a **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa.**

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0147197-0

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 297.184 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00565565720098260050 02186471620108260000 050090565568 11642009  
20110000002696 20140000140929 2186471620108260000 50090565568  
565565720098260050 990102186474

EM MESA

JULGADO: 16/10/2014

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : PAULO RICARDO DE DIVITIIS FILHO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ADILSON DA SILVA ABREU

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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.