



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.830 - MS (2015/0313640-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WESLEY MICHAEL DO NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUMENTO EM FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. "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" (Sumula 443/STJ).

3. Na espécie, embora as instâncias ordinárias tenham afirmado que a majoração da pena em fração superior à mínima legal apoiou-se em circunstâncias concretas, a motivação apresentada apenas descreve o uso de arma de fogo para intimidação, por dois agentes em concurso.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

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 "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.830 - MS (2015/0313640-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WESLLEY MICHAEL DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de WESLLEY MICHAEL DO NASCIMENTO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0039052-62.2014.8.26.0050 e respectivos embargos infringentes.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (e-STJ fls. 37/55).

Irresignados, acusação e defesa interpuseram apelações, sendo ambos os recursos improvidos (e-STJ fls. 92/103), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO – PENAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS QUANTO A UM DOS ACUSADOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – FALTA DE PROVAS EM RELAÇÃO AO CORRÉU – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE – EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES COMPROVADO – MAJORANTES CORRETAMENTE APLICADAS – CONFISSÃO E MENORIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL – NÃO PROVIMENTO.

Comprovadas autoria e materialidade do crime de roubo circunstanciado é de se manter a condenação contra o acusado.

De outro turno, em havendo prova insuficiente acerca do envolvimento do corréu na prática delitiva resta incabível o pedido de condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Caracterizado o emprego de arma na consecução da prática delitiva perpetrada, também, por mais de um agente, têm incidência as majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Incabível a redução da pena-base pela confissão e menoridade abaixo do mínimo legal. Aplicação da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação defensiva e do "Parquet" a que se nega provimento com base no acervo probatório e correta aplicação da pena.

Sobre a parte não unânime do acórdão, foram opostos embargos infringentes, que foram parcialmente acolhidos para afastar a incidência da agravante prevista no art. 62, IV, do CP, sem repercussão na dosimetria da pena, por incidência do óbice da Súmula 231/STJ (e-STJ fls. 134/142). Segue a ementa do acórdão:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – PENA – AGRAVANTE DA PROMESSA DE RECOMPENSA – ART. 62, IV, DO CP – EXCLUSÃO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – DIMINUIÇÃO DA PENA EM PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA – IMPOSSIBILIDADE – SUMULA 231 DO STJ – USO DA ARMA – AUSÊNCIA DO TERMO DE APREENSÃO E PERÍCIA – PRESCINDIBILIDADE – CONCURSO DE PESSOAS – CONFIGURAÇÃO – EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

I – O delito de roubo conserva, em sua essência típica, a ideia da lucratividade. Diante disso, não se aplica a agravante estampada no art. 62, IV, do Código Penal, cuja incidência restringe-se a delitos que não contemplam o objetivo de lucro ou a recompensa.

II – A teor do Enunciado da Súmula 231 do STJ, a pena não pode ser reduzida para aquém do mínimo legal na segunda fase da dosimetria em razão da presença de atenuantes genéricas.

III - O reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal dispensa a apreensão e realização de perícia se comprovado por outros elementos o efetivo emprego da arma na prática do crime de roubo.

IV - Comprovado que o crime ocorreu com a participação de mais de um agente, impõe-se a manutenção da causa de aumento do concurso de pessoas (art. 157, § 2º, II, do CP).

V - Embargos parcialmente acolhidos. De acordo com o parecer.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/15), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois a Corte local manteve condenação que majorou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena em 2/5 na terceira fase da dosimetria com base na indicação do número de majorantes.

Ao final, pede a concessão da ordem para que a pena do paciente seja majorada em apenas 1/3 na terceira fase da dosimetria.

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 152/202.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 206/212, opinou pelo não conhecimento do *writ*, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS COM PEDIDO DE LIMINAR. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA.

- 1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus em substituição a recursos próprios. Precedentes do STJ.*
- 2. O aumento na terceira fase da aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, o que ocorreu na presente hipótese. Súmula 443/STJ.*
- 3. Parecer pelo não conhecimento do writ.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.830 - MS (2015/0313640-0)

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] 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.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal no aumento da pena, que teria ocorrido com base exclusiva no número de majorantes, na terceira fase da dosimetria.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o critério para a majoração da pena, em razão da incidência de causas de aumento no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. Esse entendimento foi consolidado no enunciado da Súmula 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.

No caso, seguem os fundamentos utilizados pelo Juízo sentenciante para majorar a pena em 2/5 (e-STJ fls. 51/52):

Presentes causas de aumento de pena em razão do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes, nos moldes do art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Na forma da Súmula 443 do STJ, considero que o aumento de pena não se dá apenas pela mera indicação do número de majorantes, mas pela gravidade concreta da conduta, em que o réu, juntamente a comparsa não identificado, praticou o crime de roubo de motocicleta, utilizando-se de arma de fogo para amedrontar a vítima e facilitar a subtração do veículo.

Nos termos da fundamentação, está clara a gravidade da utilização de arma de fogo, que fez com que a vítima entregasse com facilidade a motocicleta, e do concurso de pessoas, uma vez que o outro agente criminoso estava transportando WESLLEY numa motocicleta, auxiliando na consumação do crime.

Fixo, pois, o aumento de pena em 2/5 (dois quintos).

Na mesma esteira, consignou o Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 102):

Por fim, resta justificada a exasperação da pena pelas majorantes em 2/5 (dois quintos) eis que o julgador singelo amparou-se na "gravidade concreta da conduta, em que o réu, juntamente a comparsa não identificado, praticou o crime de roubo de motocicleta, utilizando-se de arma de fogo para amedrontar a vítima e facilitar a subtração do veículo" (f. 222).

Dessa forma, embora as instâncias ordinárias tenham afirmado que a majoração da pena em fração superior à mínima legal apoiou-se em circunstâncias concretas, a motivação apresentada apenas descreve o uso de arma de fogo para intimidação, por dois agentes em concurso, razão pela qual revela-se inidôneo o acréscimo na fração de 2/5.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, passo ao redimensionamento da pena do paciente.

Mantidos os critérios utilizados pela Corte local na primeira e segunda fases da dosimetria, com pena provisória de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa (e-STJ fls. 50/52), reduzo a fração de aumento decorrente da incidência das circunstâncias majorantes para 1/3, razão pela qual redimensiono a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 dias-multa.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0313640-0

HC 344.830 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00210684220138120001 210684220138120001 43742013

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: WESLEY MICHAEL DO NASCIMENTO
CORRÉU	: NILZETE RODRIGUES MENEZES
CORRÉU	: DAMIÃO BEZERRA DA SILVA

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, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.