



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.389 - SP (2012/0119726-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI ANTÔNIO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA EM 3/8. CRITÉRIO ARITMÉTICO. IMPOSSIBILIDADE.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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: HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– A exarcebação de pena acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas causas de aumento, deve ser motivada não apenas pelo critério aritmético, mas com base em dados concretos extraídos dos autos. Súmula 443/STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar em 1/3 o aumento da pena na terceira fase da dosimetria.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.
Brasília, 06 de novembro de 2012(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.389 - SP (2012/0119726-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI ANTÔNIO DA SILVA

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado em benefício de SIDNEI ANTÔNIO DA SILVA, em face de acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na apelação nº 990.08.020251-0.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, nos autos da ação penal nº 050.07.065440-9, da 31ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, por infração ao art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 65, inciso III, alínea "d", do CP.

Irresignada a defesa interpôs apelação. Em 30/04/2011 o Tribunal de origem, por votação unânime, negou provimento ao reclamo (fls. 24/35).

No presente *mandamus*, a impetrante assevera a ocorrência de constrangimento ilegal, consubstanciado no aumento da pena em 3/8 na terceira fase da dosimetria tendo em vista a simples existência de duas majorantes, o que não constitui motivação idônea para o acréscimo da reprimenda acima do mínimo legal.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

**DIREITO PENAL. ROUBO. EXASPERAÇÃO DA PENA.
CAUSAS DE AUMENTO.**

- Exasperação da pena com base em critério aritmético relacionado ao número de causas. Impossibilidade. Súmula 443/STJ.
- Pela concessão da ordem (fl. 94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 245.389 - SP (2012/0119726-0)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Impende consignar, de início, a inadequação da via eleita.

Segundo dispõe o art. 105 da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça tão-somente julgar, originariamente, o *habeas corpus* quando o coator ou paciente for os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

No entanto, possivelmente com a intenção de proteger o cidadão contra abusos e arbitrariedades do Estado, o cabimento do *habeas corpus* foi sendo, paulatinamente, ampliado pela jurisprudência, passando a substituir outros recursos constitucionais.

Assim, notadamente por se tratar de um remédio heróico despidido de quaisquer requisitos processuais, a impetração do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário e do recurso especial passou a ser a regra.

Ocorre que, recentemente, o e. Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso ordinário. Confira-se:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do habeas corpus. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012)

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser 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 ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso ordinário.

Contudo, considerando que o remédio heróico foi impetrado anteriormente a esta nova orientação jurisprudencial, passo ao enfrentamento, em homenagem ao princípio da ampla defesa, das teses jurídicas sustentadas.

Consoante o art. 68 e art. 157, § 2º, ambos do Código Penal, o aumento da pena na terceira fase da dosimetria há de ser sempre fundamentado.

Este é o entendimento pacificado nesta e. Corte, segundo o qual, a exarcebação de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas causas de aumento de pena, deve ser motivada não apenas pela quantidade das mesmas, mas com base em dados concretos extraídos dos autos.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1. 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 PELAS TESTEMUNHAS. 2. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OFENSA AO ENUNCIADO Nº 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. 3. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPROPRIEDADE DA VIA DO WRIT. 4. ROUBO CONSUMADO. DESNECESSIDADE DA POSSE MANSA E PACÍFICA DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COISA SUBTRAÍDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. 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.

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" (Súmula 443/STJ).

3. O reconhecimento da continuidade delitiva depende da verificação da presença dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à sua aplicação, o que implica no reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, providência essa incompatível com a estreita via do mandamus.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da res furtiva, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

5. Habeas corpus parcialmente concedido tão somente a fim de reduzir as reprimendas para 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnado. (HC 184.371/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 19.9.2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) COM BASE UNICAMENTE NO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. FIXAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

1. A presença de duas majorantes no crime de roubo (concurso de agentes e emprego de arma), por si só, não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto.

2. No caso, houve a exasperação em 3/8 (três oitavos) com base tão somente no número de causas de aumento, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte.

3. Considerando a quantidade de pena corporal imposta, as circunstâncias judiciais favoráveis - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, bem como a primariedade do paciente, cabível a imposição do regime semiaberto para início da expiação, a teor do que disciplina o art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

4. Ordem concedida para, de um lado, diminuindo a 1/3 (um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terço) o aumento decorrente do emprego de arma e concurso de agentes, reduzir a pena recaída sobre o paciente, e de outro, fixar o regime semiaberto para cumprimento de pena. (HC 224.335/SP, SEXTA TURMA, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe de 24.9.2012).

Transcrevo, por oportuno, o teor da Súmula 443/STJ, 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 dos autos, o cálculo da dosimetria da pena realizado pelo Juiz de primeiro grau, mantido no acórdão atacado, disse:

Sopesados os critérios estabelecidos nos artigos 59 e 60 do Código Penal, a primariedade do réu Sidinei, o resultado e consequências do delito roubo, normais se comparados com casos semelhantes, fixo a pena-base em quatro (4) anos de reclusão e pagamento de dez (10) dias-multa.

"As atenuantes, ao contrário das minorantes, nunca podem levar a pena privativa da liberdade para nível aquém do mínimo legal que é, até aí, a reprovação mínima estabelecida no tipo (cf. precedentes do Pretório Excelso e Súmula n. 231 - STJ) (..) (RSTJ 161/494). Súmula 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Posição esta que, majoritariamente, prevalece no Estado de São Paulo: cf. RT 795/623, 755/6 15, 735/5 88, apenas para ilustrar. Logo, a confissão não influi na pena.

Além disso, "presente apenas uma qualificadora o acréscimo será de 1/3; duas implicam em aumento de 3/8; três qualificadoras elevarão a pena em 5/12; quatro - 11/24 e nos casos em que concorrerem cinco qualificadora, deve ser empregado o percentual máximo de 1/2" (Apelação Criminal nº 1. 112.299-3- Osasco, TACrim - Rel. Juiz Wilson Barreira - Acórdão de 21.9.98, D.O.E. de 30 .1. 1999, p. 48).

Dessa forma, a pena é aumentada de 3/8, atentando-se a necessidade de equilibrarem-se os antecedentes do acusado, com o planejamento mais eficaz, além da repressão e prevenção criminal, sem perder de vista o intuito ressocializante da pena, perfazendo cinco (5) anos e seis (6) meses de reclusão e treze (13) dias-multa.

A pena é definitiva, pois mais nada a altera. (fls. 18/19).

Como visto, o aumento da pena em virtude da existência das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, decorreu apenas do critério aritmético, o que vai de encontro com a jurisprudência desta e. Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Portanto, diante da falta da devida motivação, faz-se imperiosa a anulação da dosimetria neste ponto, aplicando-se o aumento mínimo de 1/3 na terceira fase.

Ante o exposto, não conheço a ordem, mas concedo *habeas corpus* de ofício para redimensionar a pena do paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0119726-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 245.389 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13742007 50070654409 990080202510

EM MESA

JULGADO: 06/11/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GENIVAL TORRES DANTAS JÚNIOR - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIDNEI ANTÔNIO DA SILVA
CORRÉU : CARLOS ALBERTO ALVES CRUZ
CORRÉU : CARLOS ALBERTO ALVES DA CRUZ

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.