



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.280 - SP (2014/0066399-0)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : **JOÃO CARLOS PEREIRA FILHO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **PAULO JOSÉ FERNANDES (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO. ANTECEDENTES VALORADOS COM BASE EM AÇÕES EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. 3. CAUSAS DE AUMENTO DO ART. 157, § 2º, I, II E IV DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO DA PENA, NA TERCEIRA FASE, ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE 1/3 (UM TERÇO). MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OFENSA À SÚMULA N. 443 DESTA CORTE. 4. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. De acordo com o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça – verbete n. 444 –, os inquéritos e as ações penais em andamento não podem ser considerados como circunstâncias judiciais desfavoráveis.

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/STJ).

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de maio de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.280 - SP (2014/0066399-0)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Paulo José Fernandes, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente e os corréus José Roberto Gonçalves Jesus, Mick Manoel Xambre e José Agnaldo de Carvalho – denunciados pela suposta prática das condutas descritas no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal – foram condenados, cada um, às penas de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridas inicialmente no regime fechado, bem como ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa (AP n. 355.01.2005.0019595).

Contra a sentença insurgiram-se o Ministério Público e a defesa do paciente. A Décima Primeira Câmara de Direito Criminal, em julgamento realizado aos 12/2/2009, por unanimidade, rejeitou o recurso da defesa e deu provimento ao ministerial para agravar as penas dos réus em 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 28 (vinte e oito) dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória.

O impetrante alega, no presente *habeas corpus*, ofensa ao enunciado n. 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, porque, à época da sentença, o paciente não ostentava condenação com trânsito em julgado, informação consignada expressamente pelo Juiz sentenciante, razão pela qual a pena-base deve ser readequada.

Afirma que o paciente confessou o crime na fase inquisitorial, ato que contribuiu para a condenação, sendo imperioso o reconhecimento da atenuante em seu favor, na segunda fase da dosimetria.

Sustenta, ainda, ser injustificado o aumento acima do mínimo de 1/3 (um terço) na terceira fase do procedimento de individualização da pena, em razão da incidência de mais de uma majorante do crime de roubo, por ter violado o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte Superior.

Ressalta, ainda, que o paciente apresenta as mesmas condições subjetivas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do corréu Mick Manoel Xambre, razão pela qual faz jus a igual dosimetria e aos mesmos benefícios deferidos no HC n. 215.857/SP.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, seja reduzida a pena do paciente para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 150/151.

O Ministério Público Federal manifestou-se "pelo não conhecimento do habeas corpus, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, para reconhecer a ofensa às Súmulas 443 e 444 do Superior Tribunal de Justiça e a necessidade de readequação da penalidade imposta ao paciente" (fl. 167).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 291.280 - SP (2014/0066399-0)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

Busca-se, no presente *habeas corpus*, em síntese, a revisão da primeira e terceira fases do procedimento de individualização da pena, com o consequente redimensionamento.

A inicial da presente impetração foi protocolizada nesta Corte no dia 25/3/2014.

Em consulta realizada no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo e que ora faço juntar aos autos, observa-se o registro do seguinte andamento processual: "28/3/2014 - Recebidos os Autos do Tribunal de Justiça FOI PARA REVISÃO CRIMINAL".

Como se vê, a defesa valeu-se do meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico, qual seja, a revisão criminal, para que então esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Tribunal Superior pela via restrita do *habeas corpus*, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Como dito anteriormente, o *habeas corpus*, é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico, de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo de cidadão, com reflexo direto em sua liberdade, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substitutivo de recursos ordinários, especial ou extraordinário.

No caso, tem-se claro que o impetrante, em vez de fazer uso do meio recursal cabível, com grau de cognição mais amplo, preferiu se valer da via excepcional do *writ*, desvirtuando-o de sua nobre função, razão pela qual não deve ser conhecida a impetração também nesse ponto.

Contudo, vislumbro flagrante ilegalidade na dosimetria da pena apta a ensejar a concessão da ordem de ofício.

O Juiz sentenciante individualizou a pena da seguinte forma (fls. 25/26):

Passo à fixação da pena.

Embora existam diversos feitos criminais instaurados contra os acusados (fls. 408/503, 517/519, 521, 528 e 529), não há notícia de sentença condenatória transitada em julgado, de modo que conforme



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o princípio da presunção da inocência, tais processos não podem ser considerados para fins de fixação da pena. No mais, as circunstâncias que reputo aumentarem a reprovabilidade da conduta em questão, quais sejam, o emprego de arma de fogo, o concurso de agentes e a restrição da liberdade da vítima, serão consideradas na terceira fase da dosimetria, porquanto previstas como causas de aumento da pena. Por conseguinte, com fulcro no art. 59 do Código Pena, fixo a pena base no mínimo legal, qual seja, 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria da pena, no tocante ao réu Mick, considero que não se aplica a atenuante consistente na confissão espontânea da autoria do crime, porquanto, em juízo, o acusado negou a perpetração do delito. Ademais, ainda que fosse o caso de incidência, consoante a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, as circunstâncias atenuantes não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Assim, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas, de modo que mantenho a pena em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Por fim, no terceiro estágio, foram reconhecidas as causas de aumento de pena consistente no concurso de agentes, no emprego de arma e na restrição da liberdade da vítima, o que determina o aumento da reprimenda em 5/12, culminando na pena de 05 (cinco) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais 14 (quatorze) dias-multa.

Ausentes causas modificadoras, torno tal pena definitiva.

Estes foram os motivos apresentados pelo Tribunal revisor para majorar as penas, ao dar provimento ao recurso da acusação (fls. 41/42):

As penas merecem majoração.

Os réus respondem a vários outros processos criminais, tendo sido já condenados em pelo menos dois deles. Também o valor do caminhão e da carga roubada são consideráveis, não havendo notícia de terem sido recuperados.

Por tais razões, fixo a pena-base em seis anos de reclusão, mais quinze dias-multa.

Na seqüência, incidente o aumento devido pelas qualificadoras, elevo as penas para oito anos e seis meses de reclusão, mais vinte e oito dias-multa.

Evidente o constrangimento ilegal suportado pelo paciente no que se refere à valoração negativa dos antecedentes, ante a inexistência de sentença condenatória definitiva apta a ser sopesada em seu desfavor, conforme demonstram as informações constantes da sua folha de antecedentes. Assim, há que ser afastada a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, na forma que disciplina o enunciado de Súmula n. 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como observa Damásio Evangelista, "circunstância deriva de *circum stare*, estar em redor. Tratando-se de crime, circunstância é todo fato ou dado que se encontre em redor do delito. É um dado eventual, que pode existir ou não, sem que o crime seja excluído" (EVANGELISTA, D. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001). O prejuízo, dessa forma, por si só, não constitui circunstância, mas elemento componente do crime.

Entretanto, na espécie, o Tribunal bandeirante destacou que as consequências da conduta imputada ao réu desbordam do resultado típico, tendo em vista que "o valor do caminhão e da carga roubada são consideráveis, não havendo notícias de terem sido recuperados" (fl. 133), razão pela qual não se infere, no pormenor, flagrante ilegalidade na exasperação da pena base.

Nesse sentido:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PENA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE FORMA FUNDAMENTADA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXPRESSIVO CAUSADO À VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da 'inadequação da via do *habeas corpus* para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal'.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV. O reexame da dosimetria em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Não obstante reconhecer-se a existência de certa discricionariedade, pelo Julgador, na fixação da pena base, necessária se faz a pertinente fundamentação do aumento em eventuais circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal.

VI. Em que pese o dolo do crime de roubo consistir na subtração de coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, as consequências da conduta imputada ao réu desbordam do resultado típico, considerando o maior o prejuízo à vítima, razão pela qual não se infere flagrante ilegalidade na exasperação da pena base.

VII. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que as consequências do crime podem ser consideradas desfavoráveis, se o prejuízo causado pelo crime restar concretamente demonstrado, como na espécie dos autos (Precedente).

VIII. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

(HC n. 226.402/DF, Relator o Ministro **Gilson Dipp**, DJe 14/08/2012)

Melhor sorte não assiste à defesa no que diz respeito à aplicação da atenuante da confissão espontânea, Isso porque, segundo consta da sentença, "ouvidos em juízo, todos os acusados negaram a perpetração do delito de roubo que lhes foi imputado (fls. 216/223). Por outro lado, na fase extrajudicial, José Roberto, Paulo José e José Agnaldo preferiram falar apenas em juízo" (fl. 23).

Verifico, ainda, haver flagrante ilegalidade na terceira etapa do cálculo da reprimenda. Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que a exasperação no crime de roubo, acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em fatos concretos, não servindo de justificativa tão só a quantidade de majorantes.

A propósito, confira-se o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO MAJORADO. NULIDADE. REITERAÇÃO DE PEDIDO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. VÍTIMAS DIVERSAS. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VÍTIMAS AGREDIDAS DURANTE O ASSALTO. VALORAÇÃO EM DESFAVOR DO APENADO. DUAS MAJORANTES DO DELITO DE ROUBO (EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS). AUMENTO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. WRIT



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCEDIDO, DE OFÍCIO, NESSE PONTO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

8. '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.' Enunciado da Súmula n.º 443 desta Corte Superior. Writ concedido, de ofício, nesse ponto.

(HC n. 196.093/GO, Relatora a Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 3/11/2011)

Trata-se, inclusive, de tema objeto do verbete 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.

Feitas essas considerações, passo a refazer a dosimetria da pena do paciente Paulo José Fernandes .

Afastada a valoração negativa dos maus antecedentes, deve ser fixada a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão. A pena deve ser aumentada de 1/3 (um terço), nos termos do art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, o que a torna definitiva em 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão.

Na primeira fase, afastada a valoração negativa dos maus antecedentes, deve ser fixada a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, valores que permanecem inalterados na fase intermediária do procedimento de individualização.

Na terceira etapa, aumento em 1/3 (um terço) decorrente da aplicação das três causas de aumento da pena – concurso de agentes, emprego de arma e restrição da liberdade da vítima – e fixo a reprimenda, em definitivo, em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa.

Diante do exposto, não conheço da impetração. No entanto, concedo *habeas corpus*, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0066399-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 291.280 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01205498390000000 1205498390000000 3550120050019595 602005 734394
993080279993

EM MESA

JULGADO: 15/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOÃO CARLOS PEREIRA FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO JOSÉ FERNANDES (PRESO)
CORRÉU	: JOSÉ ROBERTO GONÇALVES DE JESUS
CORRÉU	: MICK MANOEL XAMBRE
CORRÉU	: JOSÉ AGNALDO DE CARVALHO

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.