



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.837 - SP (2015/0138043-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA ANGELICA ABUD CHINAGLIA BEMPENSANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO FERNANDO LUCAS

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS. PACIENTE REINCENTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, como na espécie.

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" - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

4. Na hipótese, o aumento da pena ocorreu em fração superior a 1/3, em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. No caso dos autos, não há se falar em regime diverso do fechado, tendo em vista que o paciente é reincidente e a pena ficou acima de 4 anos de reclusão.

6. *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, 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), 16 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.837 - SP (2015/0138043-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA ANGELICA ABUD CHINAGLIA BEMPENSANTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO FERNANDO LUCAS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de PAULO FERNANDO LUCAS, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0071054-56.2012.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, n/f do art. 70, ambos do Código Penal, à pena de 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso, nos seguintes termos (fls. 17/25):

ROUBOS MAJORADOS. Cômputo formal. Emprego de arma e concurso de pessoas. Sólidas provas. Declarações dos ofendidos e depoimentos de policiais militares que são de consideração. Condenação correspondente que é de rigor. Pena corretamente dosada e individualizada. Sentença que se mantém, ainda, pelo respectivo conteúdo. Logo, recurso improvido.

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porquanto sustenta que para a configuração da causa de aumento pelo emprego de arma é necessária a apreensão e a realização de perícia para constatação da real potencialidade lesiva, não podendo tal fato ser suprida por prova testemunhal.

Assevera, ainda, que a majoração em 3/8, referentes as causas de aumento do roubo, foram fixadas sem fundamentação para tanto, devendo, por isso, ser arbitrada no mínimo de 1/3. Por fim, alega ilegalidade também na fixação do regime fechado.

Dessa forma, requer, na liminar, a fixação de regime menos gravoso. No



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mérito, pugna pelo redimensionamento da pena, bem como ratificada a decisão liminar para fixar o regime mais brando.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 29/30.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 62/70, pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.837 - SP (2015/0138043-5)

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, em princípio, 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, tendo em vista a majoração pelo uso de arma sem apreensão e perícia desta, a fixação da fração de 3/8 na terceira fase sem fundamentação e a fixação do regime fechado.

De início, o paciente alega, que a majoração do delito do art. 157, § 2^a, inciso I, do Código Penal, não deveria ter sido aplicada, haja vista a ausência de perícia para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovar a potencialidade do referido objeto. Contudo, é assente nesta Corte Superior que para a incidência da causa de aumento da pena, basta que outras provas atestem a utilização da arma pelo agente. No caso, a palavra das vítimas do fato evidenciou o seu emprego.

A propósito:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVAS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO MOTIVADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS N. 718 E 719 DO STF E SÚMULA N. 440 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1- (...). 2- A ausência de perícia no artefato utilizado no crime não afasta a incidência da majorante de emprego de arma quando existentes outros meios comprobatórios de sua utilização. Precedentes. 3- (...) - 4- (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 250.543/SP, Relatora a Ministra **MARILZA MAYNARD** (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), DJe 28/06/2013)*

No caso, o Tribunal local, ao repelir o pleito de exclusão da majorante da arma de fogo, assim se manifestou (fls. 21/22):

Aliás, de somenos a não apreensão das armas utilizadas nessa empreitada criminoso e conseqüente submissão à perícia, posto que, a esse respeito, suficiente o declarado por esses sujeitos passivos.

Como se verifica, o acórdão impugnado manteve a majorante relativa ao uso de arma de fogo, tendo em vista que ficou devidamente comprovada a utilização do artefato na empreitada criminoso. Dessume-se, portanto, que o acórdão recorrido não merece reforma, haja vista a sua consonância com a jurisprudência desta Corte.

Em relação às majorantes, 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 referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, o juízo de primeiro grau fixou o aumento da pena nos seguintes termos:

Reconhecidas as causas de aumento de pena de emprego de arma de fogo e concurso de agentes, elevo a pena em 3/8 (três oitavos). (Sentença fl. 15)

Na terceira etapa desse cálculo incidem, como supradito, as majorantes referentes ao emprego de armas e ao concurso de pessoas. Por conseguinte, mantém-se o aumento de três oitavos (3/8) havido em primeiro grau de jurisdição.

A propósito, "no crime de roubo, sendo cinco as qualificadoras previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, a majoração da pena deve obedecer ao seguinte critério: 1/3, se presente uma causa; 3/8, se presentes duas causas; 5/12, se presentes três; 7/16, se quatro e de 1/2, se presentes as cinco causas especiais de aumento (RJDTACrim 63/64)". (Acórdão fls. 23/24)

Conforme se extrai do trecho acima transcrito, 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 sua conduta desbordou para um comportamento mais grave, mediante fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.

Assim, necessária a realização de nova dosimetria.

Na primeira e na segunda etapas, fica mantida a pena estabelecida pelas instâncias ordinárias - 4 anos e 8 meses de reclusão.

Na terceira fase, aplico a fração mínima de 1/3 (um terço) em razão da incidência de duas causas de aumento – emprego de arma e concurso de agentes – e fixo a pena em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tendo em vista a presença do concurso formal, a pena fica acrescida de 1/6, perfazendo o total de 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão.

Ademais, busca-se a fixação do regime inicial semiaberto. Contudo, tendo em vista que o paciente é reincidente, não há se falar em outro regime, senão o fechado, conforme dispõe o art. 33, § 2º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, concedo, de ofício, a ordem para redimensionar a pena do paciente para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, mantido o regime fechado.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0138043-5

HC 326.837 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00710545620128260050 20150000220034 710545620128260050

EM MESA

JULGADO: 16/06/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARIA ANGELICA ABUD CHINAGLIA BEMPENSANTE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO FERNANDO LUCAS

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.