



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.509 - SP (2013/0344327-6)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE CAMARGO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. NULIDADE PROCESSUAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO BASEADA APENAS NO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA N. 443/STJ. CONCURSO FORMAL. ART. 70 DO CP. PREVISÃO DE MAJORAÇÃO DA PENA ENTRE 1/6 E 1/2. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais se admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, sobretudo à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial, verificando-se eventual constrangimento ilegal, a ensejar o deferimento da ordem de ofício.

– Nos termos do disposto na Enunciado 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"*.

– *In casu*, a exasperação em fração superior a 1/3 (um terço) foi feita tão somente em virtude do reconhecimento da incidência de três causas de aumento, o que torna imperioso seu redimensionamento.

– O art. 70 do Código Penal prevê que, em razão do concurso formal de crimes, o aumento de pena deve se ocorrer de um sexto até a metade. Entretanto, as instâncias ordinárias aplicaram a fração de 2/3 (dois terços), a merecer a reparo a dosimetria da pena, também nesse ponto.

Habeas Corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas impostas ao paciente, para 16 (dezesesseis) anos e 38 (trinta e oito) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2014(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.509 - SP (2013/0344327-6)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DIEGO DE CAMARGO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de DIEGO DE CAMARGO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação 990.09.071799-8.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I, II e V, por oito vezes, na forma do art. 70, e art. 158, § 1º, por oito vezes, na forma do art. 70, ambos combinados com o art. 69, todos do Código Penal, às penas de 18 (dezoito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 45 (dezesseis) dias-multa (fls. 11/23).

Em sede de Apelação, o Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso defensivo, apenas para aplicar a fração de 5/12 (cinco doze avos), em razão da incidência de três causas de aumento de pena no delito de roubo circunstanciado, fixando as penas do paciente, em relação a ambos os crimes, em 18 (dezoito) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e 44 (quarenta e quatro) dias-multa (fls. 24/31).

No presente *writ*, a Defensoria Pública Estadual aponta constrangimento ilegal, decorrente da inobservância do disposto na Súmula 443/STJ e da violação ao art. 70 do Código Penal, uma vez que o aludido artigo menciona a fração máxima de 1/2 (um meio), para majoração da pena, mas as instâncias ordinárias aplicaram a fração de 2/3 (dois terços), em razão do concurso formal de crimes.

Indeferido o pedido de liminar (fl. 38/39), as informações foram prestadas (fls. 49/70).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 73/79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.509 - SP (2013/0344327-6)

VOTO

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

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19/9/2012).

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

Todavia, passo à análise dos pedidos deduzidos na inicial, tendo em vista a possibilidade da concessão de ordem de ofício, uma vez configurada flagrante ilegalidade a ser sanada.

No que se refere à incidência do § 2º do art. 157 do Código Penal, as instâncias ordinárias assim se manifestaram:

Atento aos critérios norteadores do art. 59 do Código Penal, fixo a pena base no mínimo legal, pois se trata de réu menor de vinte e um anos e suas eventuais condenações não foram comprovadas por certidões atualizadas, sendo-lhe favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ficando estas penas fixadas em quatro anos de reclusão e dez dias-multa para cada um dos delitos.

Tais penas ainda devem ser acrescidas em um terço para a extorsão, face à qualificadora do emprego de armas e concurso de agentes, ficando fixada em cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa.

Já para o roubo, o acréscimo deve ser de 1/2, em razão da existência de três qualificadoras, pelo número considerável de agentes e pelo emprego de potente arma de fogo (critério subjetivo – cf. RJTACRIM 43/210, 45/259, 46/224), ficando esta pena fixada em seis anos de reclusão e quinze dias-multa.

Como tais delitos foram cometidos em concurso formal de delitos, cada um deles merece acréscimo de 2/3, verificando-se o número de vítimas, ficando as penas elevadas para oito anos, dez meses de reclusão e vinte dias-multa para as extorsões e dez anos e 15 dias-multa para os roubos.

Assim, ficam as penas totalizadas em dezoito anos e dez meses de reclusão e quarenta e cinco dias-multa, o unitário no mínimo legal, ou seja, 1/30 do maior salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente desde a data do fato até o efetivo pagamento (sentença - fls. 21/22).

Finalmente, resta analisar a dosagem das penas.

A pena-base foi fixada no mínimo, considerando a menoridade e as circunstâncias favoráveis do artigo 59 do Código Penal, já que suas eventuais condenações não foram comprovadas por certidões atualizadas. Na extorsão, comprovadas as qualificadoras de emprego de armas e concurso de agentes, a pena-base foi aumentada de 1/3, resultando em cinco anos e quatro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão e treze dias-multa.

No roubo, sendo três as qualificadoras, a pena-base foi aumentada de $1/2$, resultando em seis anos de reclusão e quinze dias-multa. Aqui, cabe um pequeno ajuste no cálculo. Com o advento da Lei nº 9.426/96, que inseriu duas novas causas de aumento de pena no § 2º, do artigo 157, do CP, as frações que podem servir de parâmetro ao aplicador da lei para tal majoração, em situações normais, devem ser redimensionadas, podendo-se, para tanto, adotar, apenas a título de referência, conforme o número de qualificadoras incidentes, a escala crescente seguinte: aumento de um terço ($1/3$), se presente uma qualificadora; de três oitavos ($3/8$), se presentes duas; de cinco doze avos ($5/12$), se presente três; de onze vinte e quatro avos ($11/24$), se presentes quatro; e de metade ($1/2$), se presentes todas. Amplia-se, dessa forma, o espectro de frações possíveis de serem utilizadas pelo julgador, haja vista a existência atual de cinco causas de aumento. No caso, com o aumento de $5/12$, a pena resulta em cinco anos e oito meses de reclusão e 14 dias-multa.

O aumento de $2/3$ na pena atribuída a cada delito, em razão do número elevado de vítimas (oito), está correto e deve ser mantido.

Para a extorsão, a pena ficaria em oito anos, dez meses e vinte dias de reclusão e 21 dias-multa, mas como o cálculo feito pelo Juiz foi equivocadamente a menor e não houve recurso ministerial, fica mantido (oito anos e dez meses de reclusão e vinte dias-multa). Para o roubo, a pena é de nove anos, cinco meses e dez dias de reclusão e 23 dias-multa.

Finalmente, considerado o concurso material, a pena resulta em 18 (dezoito) anos e 3 (três) meses de reclusão e 44 dias-multa, no mínimo (acórdão - fls. 30/31).

Verifica-se, portanto, que as instâncias ordinárias aplicaram o critério meramente matemático para a majoração da pena, para o delito de roubo, em razão da incidência de três causas de aumento de pena, quais sejam, emprego de arma de fogo, em concurso de agentes, com restrição da liberdade da vítima.

Tal entendimento está em dissonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior, que tem considerado indevida a exasperação da pena acima da fração mínima de $1/3$ (um terço), na terceira fase da dosimetria da pena, fundamentando-se unicamente no número de causas de aumento de pena existentes.

Eis o teor da Súmula n. 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.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 443 DESTE TRIBUNAL. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

2. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso.

Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus concedido para, mantida a condenação, fixar a pena em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto. (HC 244.157/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 9/10/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. 1. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 2. 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 PELA PALAVRA DA VÍTIMA 3. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 2/5 (DOIS QUINTOS) SEM A NECESSÁRIA FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO ENUNCIADO DE SÚMULA N.º 443, DESTA CORTE. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais. Súmula n.º 444 do STJ.

2. 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorantes. Súmula 443 do STJ.

4. Habeas corpus parcialmente concedido para reduzir as penas dos pacientes para 8 (oito) anos, 2 (dois) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, bem assim ao pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, mantendo-se os demais termos da condenação. (HC 198.193/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 11/6/2012).

Assim, verificando-se que o critério utilizado para a elevação da pena, na terceira fase da dosimetria, foi unicamente matemático, ou seja, fundamentou-se apenas no número de causas de majorantes, necessário o seu redimensionamento para a fração mínima de 1/3 (um terço).

Ademais, ressalta a Defensoria Pública Estadual a violação ao art. 70 do Código Penal, que prevê, em razão do concurso formal de crimes, o aumento de pena em um sexto até a metade. Entretanto, conforme consta do trecho transcrito, as instâncias ordinárias aplicaram a fração de 2/3 (dois terços), a merecer reparo a dosimetria da pena, também quanto ao ponto.

Na primeira e na segunda fase da dosimetria, ficam mantidas as penas estabelecidas pela Corte local, em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, para os delitos de roubo e extorsão.

No roubo, presentes as causas de aumento de pena de uso de arma de fogo, de concurso de agentes e de privação de liberdade das vítimas, reduzo o aumento das penas, estabelecido na condenação, ao mínimo legal de 1/3 (um terço), restando definitivamente estabelecidas em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.

Em razão da incidência do disposto no art. 70 do Código Penal, aplicando-se a fração de 1/2 (um meio), fixo a pena, para cada um dos delitos, em 8 anos de reclusão, e 19 (dezenove) dias-multa.

Finalmente, considerando-se o concurso material entre os delitos de roubo e extorsão, a pena definitiva resulta em 16 (dezesesseis) anos e 38 (trinta e oito) dias-multa.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem, de ofício, para reduzir as penas impostas ao paciente, fixando-as em 16 (dezesesseis) anos e 38 (trinta e oito) dias-multa, mantido, no mais o acórdão impugnado.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0344327-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 279.509 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 66102 6612002 990090717998

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIEGO DE CAMARGO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.