



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.804 - RJ (2016/0291242-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCO AURÉLIO DAMIÃO FALCH HEIENEN
PACIENTE : RONI DA SILVA MACIEL

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (QUATRO VEZES). PACIENTES CONDENADOS À PENA CORPORAL TOTAL DE 8 ANOS, 6 MESES E 22 DIAS DE RECLUSÃO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PENA CORPORAL INALTERADA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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 *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

– Nos termos do disposto no 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.*

– É de ser mantida a fração de aumento de 3/8, ante as majorantes do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pois o Tribunal local



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentou a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do delito – o emprego de um revólver e de uma faca no momento da empreitada –, circunstância que justifica o emprego da fração escolhida, ante a gravidade concreta do do delito. Precedentes.

– Inalterada a pena corporal aplicada aos pacientes, inviável o abrandamento do regime, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do CP.

– *Habeas corpus* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.804 - RJ (2016/0291242-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCO AURÉLIO DAMIÃO FALCH HEIENEN
PACIENTE : RONI DA SILVA MACIEL

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de MARCO AURÉLIO DAMIÃO FALCH HEIENEN e RONI DA SILVA MACIEL contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar a Apelação n. 0029944-04.2009.8.19.0042.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 7 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 23 dias-multa, como incursos no art. 157, § 2º, I e II, na forma do art. 70, todos do Código Penal (fls. 45/50).

Inconformadas, apelaram ambas as partes e o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e proveu parcialmente o recurso do representante do *Parquet*, aumentando as pena aplicadas aos pacientes para 8 anos, 6 meses e 1 dia de reclusão, em regime inicial fechado, e 20 dias-multa nos termos do acórdão juntado às fls. 6/31.

Neste *writ*, sustenta a impetrante haver constrangimento ilegal na fixação da pena, na terceira fase da dosimetria, em fração superior a 1/3, baseada a fundamentação em critério meramente matemático, referente ao número de majorantes presentes no caso, sem a indicação de circunstâncias concretas a justificarem a exasperação acima do patamar mínimo, o que está em desacordo com o disposto no enunciado sumular n. 443/STJ.

Por fim, tendo em vista a necessária redução da pena, aponta constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial mais gravoso.

Requer, liminarmente, a aplicação de regime inicial mais brando e, no mérito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que se promova o aumento da pena do crime de roubo, na terceira fase, no mínimo legal de 1/3, bem como a confirmação do regime inicial mais brando.

Pedido liminar indeferido (fls. 53/54).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem (fls. 62/64).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.804 - RJ (2016/0291242-6)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a realização de nova dosimetria da pena, para que seja aplicada, em sua terceira fase, a fração mínima de 1/3, alegando que a fração de 3/8 utilizada lastreou-se apenas no quantitativo das majorantes reconhecidas, incidindo, no caso, a Súmula n. 443/STJ. Requer, ainda, o abrandamento do regime prisional em favor dos pacientes.

Sabe-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o sentenciante, após considerações acerca da materialidade e da autoria do delito de roubo duplamente majorado, condenou os pacientes como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, por quatro vezes, em continuidade delitiva, estabelecendo as reprimendas nos seguintes moldes (fls. 49/50):

As circunstâncias judiciais são favoráveis aos acusados. Não há antecedentes e o dolo é o comum do tipo. Assim, fixo a pena base no mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão, para cada qual.

Na segunda fase do processo de dosimetria, nada a prover, uma vez que, malgrado a confissão de Marco Aurélio, a pena base foi fixada no mínimo legal, não podendo recuar a patamares ainda menores, à luz do verbete 231, STJ.

Na última fase do processo de dosagem penal, encontro duas causas de aumento de pena, tal como capitulado. Estando convencido de que não seria proporcional, razoável ou justo desconsiderar que quem infringe duas causas de aumento de pena merece punição mais grave do que quem infringe apenas uma, imponho o aumento de 3/8, atingindo 05 (cinco) anos, e 06 (seis) meses de reclusão.

Por fim, há de ser considerado o concurso formal de crimes, conforme justificado acima. Pela quantidade de esferas jurídicas lesionadas pela ação dos réus, imponho o aumento de 3/8, atingindo definitivamente para cada réu o total de 07 anos, 06 meses e 22 dias de reclusão.

O regime para o cumprimento da pena é o semiaberto por entendê-lo suficiente ao tríplice propósito penal.

Observo o processo trifásico para a fixação da pena de multa, condenando o réu a 23 dias-multa em valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo, atendendo-se à suas situações econômicas.

O Tribunal revisor, ao julgar o apelo defensivo, aumentou a pena do paciente Marco, na segunda fase da dosimetria, ante a reincidência; e a do paciente Roni, na primeira etapa, por considerar sua personalidade voltada para a prática de delitos. Contudo, o voto condutor do acórdão recorrido asseverou a necessidade da manutenção da fração de aumento de 3/8 escolhida, ante o concurso de agentes e o emprego de arma para a consecução do delito de roubo, com lastro na seguinte fundamentação (fls. 23/28):

No mesmo sentido, também não merece prosperar o pleito de redução da majorante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme preconizam o parágrafo único do artigo 68 e o § 2º do artigo 157, ambos do Código Penal, o aumento de pena acima do patamar mínimo de 1/3, pela ocorrência de duas circunstâncias majorantes especiais, deve ser motivado com base nos dados concretos extraídos da dinâmica dos fatos.

De fato, a redação original do CP previa apenas três majorantes, situação que autorizou o legislador a fixar o mínimo em 1/3.

Com o advento da Lei nº 9.426/1996, houve a inclusão dos incisos IV e V no §2º do art. 157 do CP, alterando-se o quociente fracionário.

Nesse sentido, há que se observar a proporcionalidade original dispensada pelo legislador.

Esse é entendimento do STJ:

(...)

Assim, não é suficiente para a exasperação da pena a mera indicação do número de majorantes:

(...)

No caso dos autos, houve, reconhecidamente, o emprego de arma branca para realização do roubo, em concurso de agentes.

Foram utilizados uma arma branca e um simulacro de arma de fogo, em aponte ostensivo, o que, além de aumentar o perigo de lesão contra as vítimas, infundiu-lhes grande temor.

Além disso, houve a total inversão da posse da res, com emprego de intenso terror dispensado às vítimas, potencializado pelo concurso de agentes. Deste modo, considero a fração de 3/8, aplicada pelo Juízo singular, adequada ao caso concreto.

Nos termos da Súmula n. 443/STJ, 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.

Assim, em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, acima da fração mínima de 1/3, requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que o sentenciante aplicou a fração de 3/8 com base apenas no número de majorantes. Contudo, o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrido conferiu legalidade à escolha da fração superior à mínima, ao ofertar motivação concreta, consubstanciada nas circunstâncias em que o delito ocorreu, quais sejam, com o emprego ostensivo de uma revólver e de uma faca, o que demonstra a reprovabilidade concreta da conduta, a ensejar uma maior reprovação penal.

Logo, não se trata de caso em que a simples gravidade das causas de aumento da pena, tomada abstratamente e apenas em seu aspecto numérico, foi usada como motivação para a exasperação da reprimenda, em violação do teor da mencionada Súmula n. 443 do STJ, como apontado pela defesa.

Nessa linha, destaco:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 443 E 440/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. UM DOS PACIENTES POSSUI CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E, EM RELAÇÃO AO OUTRO ACUSADO, A FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO ALICERÇOU-SE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- Nos termos do disposto no 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".

- É de ser mantida a fração de aumento de 3/8, ante as majorantes do 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pois o acórdão recorrido fundamentou a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do crime - os pacientes contaram com a colaboração de um terceiro agente e, no momento da empreitada, houve o emprego de duas armas de fogo -, circunstâncias que justificam o afastamento da fração mínima.

(...)

- Habeas corpus não conhecido. (HC 334.746/SP, deste Relator, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 21/10/2015) - grifei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (3/8). JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REFERÊNCIA A ELEMENTO CONCRETO. (3) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. REFERÊNCIA A ELEMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (4) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo. Na espécie, é o que se verifica, diante de significativa particularidade fática (superioridade numérica dos agentes, que portavam armas brancas, intimidando inquestionavelmente a vítima e reduzindo-lhe a capacidade de reação), que revela um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, já que 6 (seis) inimputáveis participaram da ação, bem como foram utilizadas 2 (duas) facas.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 220.340/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29/08/2013, DJe 12/09/2013) - grifei.

Diante de tais considerações, mantém-se a fração de aumento da pena provisória em 3/8, decorrente das majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes.

No tocante ao regime, considerando a manutenção da pena de 8 anos, 6 meses e 1 dia de reclusão aplicada, não há como se alterar o regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do CP, de modo que inexistente coação ilegal a ser reconhecida no ponto em questão.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0291242-6

HC 377.804 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00299440420098190042 299440420098190042

EM MESA

JULGADO: 21/02/2017

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

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: MARCO AURÉLIO DAMIÃO FALCH HEIENEN
PACIENTE	: RONI DA SILVA MACIEL

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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.