



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.267 - SP (2010/0091039-9)

RELATOR : **MINISTRO GILSON DIPP**
IMPETRANTE : PRISCILA SIMARA NOVAES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HERBERT EDERLY DA SILVA MARCELINO (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. DOSIMETRIA DA PENA. ROUBO MAJORADO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE. ATENUANTE RECONHECIDA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 444/STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE NÃO CONFIGURADA. ROUBO QUALIFICADO. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA JUSTIFICADA NA QUANTIDADE DE MAJORANTES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. REGIME PRISIONAL. DOSIMETRIA A SER REFEITA. ALEGAÇÃO PREJUDICADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

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. A questão posta neste *writ* retrata exceção que deve ser analisada na via eleita, por estar configurada flagrante ilegalidade, sendo que parte da irresignação é fundada, inclusive, em questão já sumulada por esta Corte.

III. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que a caracterização da majorante prescinde da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova evidenciar o seu emprego, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal.

IV. A incidência de circunstâncias atenuantes não pode reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula n.º 231/STJ.

V. Apesar de o impetrante reclamar a aplicação à hipótese do disposto na Súmula n.º 444/STJ, não se verifica ilegalidade flagrante na pena base aplicada ao réu, em relação aos antecedentes penais.

VI. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) deve estar fundamentada em circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento presentes no caso em análise. Incidência da Súmula n.º 443/STJ

VII. Com a determinação de que nova dosimetria da pena seja realizada, resta prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional fixado ao réu, devendo, contudo, ser ressaltada a necessidade de observação do disposto na Súmula n.º 440/STJ na avaliação a ser realizada.

VIII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, para que o magistrado singular, afastando-se a motivação referente à quantidade de qualificadoras do delito de roubo, fundamente eventual aumento da fração acima do mínimo legal, revendo-se, consequentemente, o regime prisional fixado ao acusado.

IX. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício, nos termos do voto do relator.

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. "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 Laurita Vaz, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.267 - SP (2010/0091039-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de HERBERT EDERLY DA SILVA MARCELINO, mantendo a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

O paciente foi condenado à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, tendo sido permitido o recurso em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo a Corte Estadual negado provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

“Roubo duplamente qualificado – Materialidade e autoria comprovadas – Reconhecimento da vítima – Absolvição – Impossibilidade.

Roubo - Qualificadora referente ao concurso de pessoas comprovada pelas declarações dos ofendidos - Afastamento – Impossibilidade.

Ausência da apreensão da arma – Desnecessidade – Emprego de revólver confirmado pelas vítimas, suficiente para caracterizar a qualificadora.

Pena - Pena-base fixada acima do mínimo legal em face do réu ostentar maus antecedentes e com base no artigo 59, do Código Penal - Admissibilidade - Pena - Atenuante da confissão espontânea reconhecida - Redução da pena abaixo do mínimo legal - Impossibilidade - Aplicação da Súmula 231 doSTJ.

Pena- Acréscimo de 3/8 em face de tais causas de aumentos - Admissibilidade - Regime prisional inicial fechado que foi justificado – Sentença mantida - Apelação do réu improvida.” (fl. 131).

Daí a presente impetração, na qual se requer o afastamento da causa de aumento de pena consistente no emprego de arma de fogo, sustentando-se não estar configurada a majorante, tendo em vista não ter a arma sido apreendida, tampouco submetida à indispensável perícia para constatar sua potencialidade lesiva.

Aduz-se, ainda, ser necessária a adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às duas qualificadoras do crime de roubo, não se podendo elevar a pena em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3/8 simplesmente pelo número de majorantes, sob pena de ofensa à Súmula n.º 443/STJ.

Outrossim, o magistrado singular teria considerado como antecedentes criminais processos em andamento, em afronta ao Princípio da Presunção da Inocência, sendo certo que, reconhecida a atenuante da confissão, a redução deve ser aplicada, mesmo que resulte em reprimenda aquém do mínimo legal.

Sustenta-se, por fim, que, com o afastamento do emprego da arma de fogo, a pena estabelecida possibilitará o início de seu cumprimento no regime prisional semiaberto.

Não houve pedido liminar.

As informações foram prestadas às fls. 113/114.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação ordem (fls. 151/157).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 173.267 - SP (2010/0091039-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de HERBERT EDERLY DA SILVA MARCELINO, mantendo a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

O paciente foi condenado à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, tendo sido permitido o recurso em liberdade.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, tendo a Corte Estadual negado provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória por seus próprios fundamentos.

Daí a presente impetração, na qual se requer o afastamento da causa de aumento de pena consistente no emprego de arma de fogo, sustentando-se não estar configurada a majorante, tendo em vista não ter a arma sido apreendida, tampouco submetida à indispensável perícia para constatar sua potencialidade lesiva.

Aduz-se, ainda, ser necessária a adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às duas qualificadoras do crime de roubo, não se podendo elevar a pena em 3/8 simplesmente pelo número de majorantes, sob pena de ofensa à Súmula n.º 443/STJ.

Outrossim, o magistrado singular teria considerado como antecedentes criminais processos em andamento, em afronta ao Princípio da Presunção da Inocência, sendo certo que, reconhecida a atenuante da confissão, a redução deve ser aplicada, mesmo que resulte em reprimenda aquém do mínimo legal.

Sustenta-se, por fim, que, com o afastamento do emprego da arma de fogo, a pena estabelecida possibilitará o início de seu cumprimento no regime prisional semiaberto.

Passo à análise da irresignação.

Em sede de informações prestadas a esta Corte, a Autoridade Coatora noticiou que o julgamento colegiado ocorreu no dia 27/10/2009, tendo a condenação criminal transitado em julgado para o Ministério Público em 15/01/2010 e para a defesa em 21/04/2010.

Denota-se, então que a impetrante não buscou o exame da irresignação em grau



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizarem-se da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

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.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração 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*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal.

A questão posta neste *writ*, contudo, retrata exceção que deve ser analisada na via eleita, por estar configurada flagrante ilegalidade, sendo que parte da irresignação é fundada, inclusive, em questão já sumulada por esta Corte.

No tocante ao pleito de afastamento da causa de aumento de pena consistente no emprego de arma de fogo, a Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que a caracterização da majorante prescinde da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova evidenciar o seu emprego, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal.

Outrossim, é entendimento desta Corte que a incidência de circunstâncias atenuantes não pode reduzir a pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula n.º 231/STJ.

E apesar de o impetrante reclamar a aplicação à hipótese do disposto na Súmula n.º 444/STJ, não se verifica ilegalidade flagrante na pena base aplicada ao réu, em relação aos antecedentes penais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, no tocante ao aumento da pena na terceira fase da dosimetria, resta evidenciada flagrante ilegalidade e prejuízo ao réu.

O magistrado singular, ao condenar o réu, realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos:

“Tendo em vista as circunstâncias do art. 59 do Código Penal e o fato do acusado possuir antecedentes criminais, conforme atesta sua folha de antecedentes (fls. 03/05 do apenso), fixo a pena base em um sexto acima do mínimo legal, ou seja, quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias multa.

Não há circunstâncias agravantes para serem reconhecidas.

Considerando que o acusado confessou a prática delitiva, reconheço a existência da atenuante do art. 65, III, 'd' do CP e diminuo a pena em um sexto, o que perfaz três anos, dez meses e vinte dias de reclusão e nove dias multa. Todavia, tendo em vista o que dispõe a Súmula 231 do STJ, a pena permanecerá no mínimo legal, ou seja, quatro anos de reclusão e dez dias multa.

Em virtude do acusado ter agido em concurso com outro indivíduo não identificado e ter se utilizado de arma de fogo para a consecução do delito, aumento a pena em três oitavos, totalizando cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias multa, pena essa que torno definitiva na ausência de qualquer outra que a modifique.

Anote-se, por oportuno, que o critério de aumento ora adotado possui respaldo na jurisprudência:

(...).

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, já que o crime foi cometido com grave ameaça às vítimas, evidenciando uma personalidade perigosa do acusado, avesso aos princípios morais e sociais que devem existir dentro de uma sociedade.” (fls. 119/120).

O Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso de apelação, manteve a pena imposta ao réu, não verificando qualquer ilegalidade na decisão monocrática, tendo asseverado:

“As sanções foram fixadas com acerto, acima do mínimo legal, pois entendeu a douta Sentenciante com base nas circunstâncias do artigo 59, do Código Penal e o fato de o réu possuir antecedentes criminais, inclusive com condenação por receptação, a evidenciar que possui uma personalidade voltada para prática de crimes, resultando, assim, em 04 anos e 08 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Na segunda fase na aplicação da reprimenda, diante da confissão espontânea do réu a MM. Juíza diminuiu a pena em 1/6, resultando em 03 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 09 dias multa. Entretanto, embora a atenuante da confissão espontânea trata-se de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância obrigatória, esta atenuante não pode provocar a diminuição da reprimenda abaixo do mínimo legal, uma vez que, na esteira da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, consolidada na Súmula 231: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'.

Ademais, consoante o artigo 59, inciso II, do Código Penal, esta disposto que o juiz aplicará a quantidade de pena nos limites previstos. Portanto, tendo sido a pena permanecido no mínimo, reduzi-la por conta da atenuante equivaleria a sair dos limites legais, transformando o Magistrado em legislador.

Assim, vale anotar que o reconhecimento da circunstância atenuante (confissão espontânea) não pode reduzir à pena aquém do mínimo legal.

(...)

Em seguida, as reprimendas foram acrescidas de 3/8 pelas duas majorantes, por ser o índice mais adequado para os casos em que estão presentes as duas qualificadoras, e, ainda, por se revelar o mais correto para denotar a temibilidade e reprovabilidade da conduta do réu, que não merece, nesse ponto, qualquer alteração.

O regime prisional inicial fechado foi bem justificado na respeitável decisão monocrática, não merecendo modificação.

Trata-se de roubo duplamente qualificado, com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, crime grave que, cada vez mais e de forma incessante, desassossega a sociedade em geral, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes. Tais pessoas merecem, portanto, receber uma resposta enérgica do Judiciário.” (fls. 136/137).

Vislumbra-se deficiência na fundamentação da dosimetria da pena imposta ao paciente.

Como se vê, o magistrado singular ao fixar a fração de 3/8 para o aumento da pena em razão das qualificadoras do roubo, o fez sem fundamentação adequada, somente em razão da quantidade de majorantes.

Contudo, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação.

Assim, não obstante a existência de duas majorantes, a utilização da fração acima do mínimo legal deve estar fundamentada em circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento presentes no caso em análise.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUMENTO. EXASPERAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. NEGADO PROVIMENTO.

1. Esta Corte vem reiteradamente decidindo que, no crime de roubo, a majoração da pena em decorrência da existência de mais de uma qualificadora, acima da fração mínima de 1/3 (um terço), exige motivação baseada em dados concretos que autorizem tal aumento, não servindo de justificativa tão só a quantidade de majorantes.

2. O regime inicial de cumprimento da pena deve considerar a quantidade de pena imposta e a análise das circunstâncias judiciais.

3. Não é possível a imposição do regime fechado ante a gravidade abstrata do crime, por si só, porquanto ao fazer a cominação para o delito, o legislador já a considerou. Súmulas nº 718 e nº 719 do STF.

4. A escolha do regime fechado deve ser concretamente fundamentada, principalmente se a dosagem final da pena permitir, em tese, regime menos grave.

5. Negado provimento ao agravo regimental.”

(AgRg no HC 154.188/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010).

“HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. ROUBO AGRAVADO. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA EM 1/2 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA 443 DESTE STJ. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. É entendimento deste Tribunal que a presença de três causas de especial aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP pode exacerbar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 quando as circunstâncias do caso concreto assim autorizem.

2. Verificando-se que a Corte de origem manteve a fração de 1/2 apenas com base na quantidade de majorantes, evidenciado está o constrangimento ilegal, diante do posicionamento firmado neste Superior Tribunal. Exegese da Súmula 443 deste STJ.

3. Ordem concedida para alterar o patamar de aumento da pena de 1/2 (metade) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), reduzindo-se a reprimenda do paciente para 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o acórdão objurgado.”

(HC 160.643/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 16/11/2010).

A questão, inclusive, encontra-se sumulada nesta 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorantes.” (Súmula n.º 443/STJ).

Por fim, com a determinação de que nova dosimetria da pena seja realizada, resta prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional fixado ao réu, devendo, contudo, ser ressaltada a necessidade de observação do disposto na Súmula n.º 440/STJ na avaliação a ser realizada.

Desse modo, deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, somente no tocante à dosimetria da pena imposta ao réu, para que o magistrado singular, afastando-se a motivação referente à quantidade de qualificadoras do delito de roubo, fundamente eventual aumento da fração acima do mínimo legal, revendo-se, conseqüentemente, o regime prisional fixado ao acusado.

Ante o exposto, não conheço da impetração, mas concedo *habeas corpus* de ofício, nos termos da fundamentação acima.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0091039-9

HC 173.267 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16352006 50060281014 993080494614

EM MESA

JULGADO: 09/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PRISCILA SIMARA NOVAES - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : HERBERT EDERLY DA SILVA MARCELINO (PRESO)

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 Laurita Vaz, Jorge Mussi e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.