



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.157 - SP (2011/0291632-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : REINALDO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO EM TRÊS OITAVOS COM BASE APENAS NO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443/STJ.

1. *"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 nº 443 desta Corte).

Agravo regimental a que se nega provimento.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 19 de fevereiro de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.157 - SP (2011/0291632-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : REINALDO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Ministério Público Federal, em face de decisão da lavra do Ministro Gilson Dipp, que concedeu parcialmente a ordem de *habeas corpus*.

Sustenta o agravante que a exasperação da pena em sua terceira fase da dosimetria foi devidamente motivada, alegando que o juízo sentenciante corretamente aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) - afastando-se do mínimo legal - em virtude das duas causas de aumento incidentes no caso, o que evidencia a maior periculosidade do que o delito praticado com apenas uma.

Requer, assim, o provimento do recurso para que seja denegada a ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 227.157 - SP (2011/0291632-0)

VOTO

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

Razão não assiste ao agravante.

Verifica-se dos autos que a ordem foi parcialmente concedida nos seguintes termos:

Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, em favor de Reinaldo Ferreira da Silva, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, mais multa, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

A sentença condenatória foi mantida em sede de apelação.

No presente writ, pugna pelo afastamento da majorante do emprego de arma de fogo e o menor aumento ante a presença de duas majorantes.

A liminar foi indeferida à fl. 29.

Informações às fls. 38/39.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 62/67, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

Decido.

Conforme informado pela Corte estadual, não houve a interposição de qualquer outro recurso após o julgamento do acórdão recorrido, ocorrendo o trânsito em julgado do decreto condenatório, com a remessa dos autos à comarca de origem.

Tal circunstância, de fato, denota não ter a impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar-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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela 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.”

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Ademais, o reexame da dosimetria em sede de mandamus 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.

In casu, na sentença condenatória, o Juízo processante asseverou:

“As qualificadoras permanecem, porque prestigiadas pela prova oral. Irrelevante o fato de a arma não ter sido apreendida, já



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a prova oral fez expressa referência ao seu emprego. É que "a não apreensão da arma exibida pelo agente quando da prática do roubo não impede o reconhecimento da qualificadora, podendo aquela ser substituída pelas referências testemunhais" (JUTACRIM 89/443). (...) Duas as qualificadoras, aumento-as em 3/8 restando seis anos, cinco meses de reclusão e quinze dias-multa. "Com a recente introdução de mais duas qualificadoras no roubo, totalizando cinco, deve-se ter em mente que, presente uma qualificadora, deve-se impor o aumento mínimo, duas, aumento de três oitavos (3/8), três, cinco doze avos (5/12); quatro onze vinte e quatro avos (11/24); cinco, o máximo" (Apelação Criminal 1074665/1 - São Paulo - Rel. Juiz JOSÉ HABICE, j. 10.11.97, v. u., 12ª Câ. - TACRIM - SP). Anoto que apliquei a aludida fração por entender que o aumento mínimo, sendo duas as majorantes, viria a estimular a prática de roubo biqualeficado, já que igualaria situações desiguais. (...) " (fls. 11/15).

O Colegiado de origem, por seu turno, manteve a majorante do emprego de arma de fogo e o quantum de exasperação da sanção corporal pela incidência de duas causas de aumento do crime de roubo, conforme se infere do seguinte excerto do acórdão ora combatido:

"O fato de a arma não ter sido apreendida não implica no afastamento da causa de aumento, pois o que importa é que ela existia e foi empregada no assalto, conforme declarações da vítima. E se a palavra da vítima merece crédito quando diz que reconhece o autor do crime, merecerá o mesmo crédito quando diz que o assaltante estava armado.

Como já se decidiu, "a segura imputação de vítima de roubo, cuja idoneidade não foi abalada, presta-se também a comprovar a circunstância do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, sem embargo de falta de apreensão de arma" (TJSP, JTJ 179/276).

Se não for assim, então nunca se poderá reconhecê-la nas hipóteses em que o assaltante faz desaparecer a arma, ainda que se trate de uma metralhadora, de uma granada, ou de qualquer outra arma pesada e perigosa.

A ausência de exame pericial que demonstre a capacidade ofensiva da arma em nada afeta o reconhecimento da causa de aumento, bastando a comprovação de seu uso, que, in casu, restou devidamente provado.

As penas foram fixadas na base mínima, majoradas de 1/6 (um sexto) pela comprovada reincidência (fls. 41 e 63/64) e acrescidas de 3/8 (três oitavos) pelas causas de aumento, o que se mostrou acertado, pois a presença de duas delas revela maior grau de reprovabilidade na conduta do agente e autoriza um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acréscimo superior ao mínimo."(fls. 16/23).

Com efeito, os autos revelam que a arma utilizada na senda criminosa não foi apreendida e, por conseguinte, não foi submetida a perícia. Contudo, as instâncias ordinárias observaram a existência de um conjunto probatório que lhes permitiram formar convicção no sentido da efetiva utilização do artefato pelo réu.

O Plenário da Suprema Corte firmou orientação no sentido de ser dispensável a apreensão da arma ou a realização do exame pericial para a caracterização da causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime (HC 96.099/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 05/06/2009.)

No mesmo sentido, o seguinte precedente desta Turma:

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis e, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva" (HC 162033/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 11/10/2010).

De outro lado, 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.

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 majorantes." (Súmula n.º 443/STJ).

Desse modo, deve ser concedida parcialmente a ordem para determinar ao Juízo das Execuções que promova o redimensionamento da pena, aplicando o índice de aumento pela incidência de duas majorantes de forma fundamentada, mantendo-se, no mais, o teor da condenação.

Tem-se que o magistrado singular majorou a pena em 3/8 (três oitavos), afastando-se da fração mínima de 1/3 (um terço), sob os seguintes fundamentos (fl. 14):

"{...} Duas as qualificadoras, aumento-as em 3/8 restando seis anos, cinco meses de reclusão e quinze dias-multa. "Com a recente introdução de mais de duas qualificadoras no roubo, totalizando cinco, deve-se ter em mente que, presente uma qualificadora, deve-se impor o aumento mínimo, duas, aumento de três oitavos (3/8); três, cinco doze avos (5/12); quatro onze vinte e quatro (11/24), cinco, o máximo" (Apelação Criminal 1074665/1 - São Paulo - Rel. Juiz JOSÉ HABICE, j. 10.11.97, v.u., 12ª Câ. - TACRIM-SP.). Anoto que apliquei a aludida fração por entender que o aumento mínimo, sendo duas as majorantes, viria a estimular a prática de roubo biqualeficado, já que igualaria situações desiguais."

A Corte a quo, por sua vez consignou que (fl. 23):

"As penas foram fixadas na base mínima, majoradas de 1/6 (um sexto) pela comprovada reincidência (fls. 41 e 63/64) e acrescidas de 3/8 (três oitavos) pelas causas de aumento, o que se mostrou acertado, pois a presença de duas delas revela maior grau de reprovabilidade na conduta do agente e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoriza um acréscimo superior ao mínimo."

Verifica-se que outra não foi a fundamentação da sentença, mantida pelo acórdão recorrido, para elevar a pena na terceira fase de sua aplicação, que não a incidência de duas causas de aumento de pena, o que vai de encontro ao entendimento deste Tribunal.

Entendo que a decisão ora agravada não merece reparos, visto que está em conformidade com a jurisprudência consolidada desta Corte, que já sumulou entendimento de que é indevida a exasperação da pena acima do mínimo legal com base unicamente no número de majorantes incidentes.

Súmula 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.

Dessa forma, a majoração da pena, aplicando-se a fração de 1/3 (um terço) até a metade – art. 157, § 2º, do Código Penal – em virtude de mais de uma causa de aumento, deve-se fazer diante das peculiaridades do caso concreto, levando-se em conta as circunstâncias fáticas que evidenciem a necessidade do aumento da pena acima do mínimo legal, o que não se evidencia no caso.

Assim, diante da ausência de fundamentação idônea da sentença condenatória e do acórdão da apelação, não há se falar em ilegalidade da decisão ora agravada.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0291632-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no HC 227.157 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15072010 50100757774 757778920108260050

EM MESA

JULGADO: 19/02/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REINALDO FERREIRA DA SILVA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : REINALDO FERREIRA DA SILVA
ADVOGADO : MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSOR PÚBLICO

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.