

**HABEAS CORPUS Nº 485.788 - SP (2018/0342417-7)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**BRUNO GIRADE PARISE - SP272254**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : ADALBERTO ARAUJO DA SILVA (PRESO)**

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ADALBERTO ARAUJO DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 17-25).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, sem discrepância de votos, ficando mantido o inteiro teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 26-31).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "o paciente sequer teve a posse pacífica e desvigiada do objeto, haja vista que a própria vítima reagiu e reverteu a posse e, em seguida, foi detido por policiais"; b) "forçoso é o reconhecimento da tentativa e a redução da pena pela mesma no patamar máximo (2/3), nos termos do artigo 14, inciso II, e parágrafo único, do Código Penal"; c) "o aumento de 1/6 (um sexto) na segunda etapa da dosimetria, em razão da presença de uma agravante, revela-se adequado à garantia constitucional da individualização da pena por estar em consonância com as disposições do Código Penal quanto à aplicação da reprimenda, que colocam as causas de aumento (valoradas na terceira fase) em patamar superior de gravidade em relação às agravantes"; d) "qualquer elevação superior a este limite deve ser acompanhada de motivação idônea, o que não ocorreu no caso em tela, uma vez que o aumento em 1/3 (um terço) foi estabelecido exclusivamente em razão de condenação anterior caracterizadora de reincidência"; e) "a mera citação legal para embasar uma linha de pensamento, sem respaldo doutrinário ou jurisprudencial para análise do caso concreto, é insuficiente para justificar a adoção de regime mais gravoso" (e-STJ, fls. 3-13).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que reconhecer a tentativa e reduzir a pena no patamar máximo do art. 14, II, do CP; diminuir o aumento pela reincidência à fração de 1/6; e fixar regime prisional diverso de cumprimento da reprimenda.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fl. 35), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela "concessão parcial da ordem, a fim de que seja computada a agravante da reincidência na fração de 1/6 (um sexto) da pena-base" (e-STJ, fls. 37-39).

**É o relatório.**

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a

existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória:

"A prova produzida pela acusação é suficiente para a condenação.

A vítima, Alexandre, ouvida durante a instrução RECONHECEU o acusado em Juízo como autor do delito. Disse que estava saindo da estação de metrô, no caminho da Junta Comercial foi olhar uma mensagem e parou no canto da rua. O réu passou, parou e veio perguntar as horas, veio para cima dele, pelo que deu um passo para trás. Ele colocou a mão para trás, fazendo menção de estar armado, pegou o celular dele, mas o tomou de volta o celular, olhou para trás e se rastejou no meio dos carros, pois achou que ele poderia atirar. Ficou olhando, ele o perdeu de vista. Seguiu o réu de longe, procurando apoio da polícia. Ele foi para um ponto de ônibus, achou que ele ia assaltar um homem lá. Viu dois policiais de motocicleta, pediu ajuda e eles abordaram o acusado. Ele tomou seu celular, mas o pegou de volta. O celular ficou segundos na mão do réu. Sua intenção era fugir, mas achou que ele podia sacar a arma. Foi mais rápido e conseguiu se jogar no meio dos carros.

Importante colacionar, neste passo, os seguintes julgados, salientando a importância da palavra da vítima em delitos como o da espécie, em que, a princípio, não se tem qualquer motivo para incriminar desconhecidos:

[...]

Assim é que não há de se duvidar da palavra da vítima, sem provas contundentes em contrário, mormente em casos como o em tela, de delito contra o patrimônio no qual há ameaça à integridade corporal de pessoas, considerando o caráter clandestino dos crimes da espécie. O fato de a vítima não ter o dever legal de dizer a verdade não implica na obrigação de se ver suas declarações com reservas.

A sustentar o decreto condenatório, há ainda o depoimento do Policial Militar Robson Moreira de Souza reconhecendo o réu em audiência, disse que estavam em patrulhamento quando viram um rapaz correndo no meio dos carros. Era a vítima, dizendo que o réu tinha tentado levar o celular dele, ameaçou, dizendo que estava armado, e a vítima deu o celular, quando viu que não estava armado, pegou o celular da mão dele e correu. Efetuada a abordagem do acusado, a vítima o reconheceu, ele negou. A vítima que corria no meio dos carros, e encontraram o réu no sentido contrário.

Suas palavras foram ratificadas pelas de seu colega de farda, o Policial Militar Osimar Pereira da Silva que também reconheceu o réu em audiência.

As palavras dos policiais possuem plena validade, pois, como agentes públicos que até prova em contrário não produzida nestes autos estão a serviço da lei e da ordem. Em favor dos policiais militares a presunção juris tantum de que agem escorreitamente no exercício de suas funções (JTJ 154/302, 159/310), presunção essa aqui não elidida.

**O roubo, assim, restou consumado, uma vez que o acusado retirou o bem da disponibilidade da vítima, embora tenha, inadvertidamente, reagido logo após e tomado de volta o aparelho do acusado.**

Neste sentido, é o teor da súmula 582 do Superior Tribunal de Justiça:

“Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada”.

[...]

Em suma, ficou evidenciado no decorrer da instrução que o acusado praticou o delito previsto no art. 157, caput, do Código Penal, sendo de rigor a sua condenação.

Decidida a tipificação, passo a aplicar ao acusado a sanção cabível, o que faço com base no art. 68 do Código Penal.

O réu é reincidente (fls. 121/137 - 135).

Assim, em atenção ao art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, em quatro anos de reclusão e 10 dias-multa, esta com unidade no mínimo legal.

Não há atenuantes a serem consideradas.

Pela reincidência, exaspero as penas em 1/3, totalizando cinco anos e quatro meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa.

**Torno a pena individual definitiva à mungua de outras causas de oscilação, mantendo a unidade do dia-multa em seu mínimo legal, em virtude da falta de comprovação de boa situação econômica por parte do réu.**

**Ante o exposto JULGO PROCEDENTE a pretensão deduzida nesta ação, e CONDENO o réu ADALBERTO ARAÚJO DA SILVA, qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 157, caput, do Código Penal, ao cumprimento da pena total de cinco anos e quatro meses de reclusão e pagamento ao Fundo Penitenciário da quantia equivalente a 13 dias multa, com unidade no mínimo legal.**

O acusado não faz jus a qualquer benefício, reincidente e condenado por delito grave e violento.

Nesse sentido: “tratando-se de condenado reincidente, qualquer que seja a pena de reclusão aplicada, ele deve iniciar a em regime fechado, nos termos do art. 33, §2º, alínea 'c', do Código Penal” (TJSP, AC nº 0000466-79.2011.8.26.0625, Relator Desembargador Penteado Navarro) e ainda “Permanecendo inalterado o quantum de reprimenda, deve ser igualmente mantido o regime prisional fechado, pois, conquanto seja a pena inferior a 08 (oito) anos de reclusão, a sua reincidência justifica a imposição do meio mais gravoso para o início do desconto da sanção corporal a ele imposta” (STJ, HC 358421/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, j. 08/11/2016, grifei). “Não se infere qualquer desproporcionalidade na imposição do meio inicialmente fechado para o desconto da reprimenda, pois, nada obstante ser a pena inferior a 08 (oito) anos de reclusão, a reincidência do réu justifica o estabelecimento do meio prisional mais severo, conforme a dicção do art. 33, §§2º e 3º, do Estatuto Repressor. Precentes” (STJ, 361766/SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julgado 20-10-2016, grifei)” (e-STJ, fls. 19-24).

Inicialmente, não há em desclassificação da conduta para a modalidade tentada, pois, nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no

Julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". Mais recentemente, em 14/09/16, a Terceira Sessão aprovou a Súmula n. 582, com a mesma redação.

Por outro lado, razão assiste ao impetrante quanto ao patamar de aumento da pena pela reincidência.

Isso porque, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que não restou declinado no caso em apreço.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE EM TELA DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4 (UM QUARTO) PARA 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação dos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *ne bis in idem*.

- 'A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido' (AgRg no

AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

- Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte inclina-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, é devida e concretamente fundamentada.

- Hipótese em que remanescendo duas condenações definitivas aptas a serem consideradas como reincidência, e não três, como dito na sentença, o aumento na fração de 1/5 (um quinto) mostra-se proporcional ao caso em tela. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 322.902/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. *QUANTUM* DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. APENAS UMA COM TRÂNSITO EM JULGADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

No caso, o acréscimo da pena pela reincidência se deu em 1/4, sob o argumento de ser o paciente birreincidente específico. Todavia, tendo em vista que uma das condenações não possui indicação de trânsito em julgado, de rigor seja reduzida a mencionada fração de aumento, de 1/4 para 1/5, em razão de permanecer o paciente como reincidente específico.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço (crime cometido com emprego de pelo menos duas armas de fogo e mediante comparsaria entre cinco a oito agentes).

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente Rodrigo de Souza Lima para 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias, mais 17 (dezessete) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 336.635/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015.)

Nesse passo, considerando a fixação da pena-base no piso legal, que corresponde a 4 anos de reclusão, deve ser promovido o aumento em 1/6 a título de reincidência, chegando-se à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, que torno definitiva, à míngua de outras circunstâncias a serem sopesadas.

Quanto ao regime, de acordo com a Súmula 440/STJ, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso dos autos, contudo, em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional diverso do fechado, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. TENTADO. REINCIDÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A reincidência constitui fundamento apto a promover o recrudescimento do regime prisional, porém nos moldes da razoabilidade e proporcionalidade.

2. A fixação de regime inicial fechado à réu mesmo que reincidente condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, mostra-se desarrazoada, fazendo jus portanto ao regime inicial semiaberto.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 448.968/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/9/2018, DJe 24/9/2018, grifou-se).

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME FECHADO. ADEQUADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. RÉU REINCIDENTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - In casu, a pena foi exasperada, na terceira fase, na fração de 3/8 (três oitavos) em virtude da incidência de duas causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o número de majorantes contidas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o *quantum* de aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, baseando-se apenas no número de majorantes, em desacordo com a orientação firmada na 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." (Precedentes).

IV - Os requisitos para a imposição do regime semiaberto, constam no art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

V - Na hipótese, o paciente ostentar reincidência (fl. 57). Logo, fixada a pena em 5 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

*Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para estabelecer a fração mínima legal de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria, em razão das majorantes do emprego de arma e concurso de pessoas, e redimensionar a pena do paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 456.877/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 10/09/2018)

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, tão somente para reduzir a reprimenda a 4 anos e 8 meses de reclusão, mais 11 dias-multa, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de fevereiro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS  
Relator