



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.537 - SP (2014/0031309-7)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALEX RODRIGUES OLIVEIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. OFENSA ÀS SÚMULAS 443 E 440 DO STJ. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. No crime de roubo circunstanciado, a fixação acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em dados concretos, não servindo de justificativa a mera quantidade de majorantes.

3. Na hipótese, as instâncias ordinárias utilizaram-se de critério matemático para justificar a fração de aumento aplicada (3/8) e fixaram o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do crime de roubo, o que configura ofensa às Súmulas 443 e 440 do STJ.

4. Há de ser fixado o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao paciente, uma vez que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente para o patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa e estabelecer o regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de agosto de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.537 - SP (2014/0031309-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de WALEX RODRIGUES OLIVEIRA, em que se aponta como autoridade coatora a 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à apelação defensiva lá interposta.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, nos autos da Ação Penal n. 0028346-88.2012.8.26.0050, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, na forma do art. 69, todos do Código Penal, bem como à pena de advertência sobre os efeitos das drogas, pelo delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 (fls. 10/23).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual, à unanimidade, negou provimento ao recurso (fls. 61/78).

Daí o presente *writ*, no qual alega o impetrante que as instâncias ordinárias utilizaram-se de critério matemático para majorar a pena do crime de roubo na fração de 3/8, em razão das qualificadoras de concurso de agentes e emprego de arma (faca).

Insurge-se, ainda, contra o regime prisional imposto, aduzindo que a pena-base foi fixada no patamar mínimo, o que atrai a incidência da Súmula 440 do STJ, e que o regime semiaberto seria o adequado.

Requer, inclusive liminarmente, a readequação da terceira fase de fixação da pena e a imposição de regime semiaberto ao paciente.

Liminar indeferida pelo em. Ministro Moura Ribeiro às fls. 51/52.

Informações prestadas às fls. 30/117.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, de ofício, para reduzir o aumento da pena de 3/8 para 1/3 e fixar o regime semiaberto (fls. 122/125).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.537 - SP (2014/0031309-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

In casu, conforme relatado, insurge-se o impetrante contra acórdão que confirmou a sentença condenatória, buscando o redimensionamento da pena imposta ao paciente, a fim de que seja aplicada a fração mínima legal de 1/3, na terceira etapa da dosimetria, em virtude da presença das majorantes de concurso de agente e emprego de arma.

No que se refere à exasperação da pena na terceira fase da dosimetria, esta Corte Superior firmou entendimento de que a fixação acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em dados concretos, não servindo de justificativa a mera quantidade de majorantes.

A questão já se encontra, inclusive, sumulada, nos termos da Súmula 443 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."

A propósito, colho os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES, USO DE ARMA E RESTRIÇÃO À LIBERDADE. AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA N. 443/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

1. O aumento da pena acima do mínimo, na terceira fase da dosimetria, em razão do número de majorantes no crime de roubo, exige fundamentação concreta, conforme determina a Súmula n. 443 do Superior Tribunal de Justiça.
2. No caso, o Magistrado utilizou-se de critério meramente matemático, sem a devida motivação, razão por que, acertadamente, de ofício, foram as penas reduzidas na apelação e negado seguimento ao recurso especial do Ministério Público.
3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 207.036/PR, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 08/04/2015)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. ROUBO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL NEGATIVA. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO DEVIDO. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Ações penais em andamento não podem ser utilizadas para considerar a conduta do réu negativa na primeira fase da dosimetria. Inteligência da Súmula 444/STJ.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, sobretudo quando utilizada para dar suporte à condenação. Precedentes.

4. Nos termos do entendimento cristalizado na 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.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir as penas a 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, mantendo-se o regime inicial fechado, por se tratar de réu reincidente.

(HC 229.478/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015).

In casu, o Juízo de primeiro grau dosou o *quantum* de aumento da pena, nos seguintes termos (fl. 20):

"(...) Na terceira fase do cálculo das penas, não existem causas de diminuição para os dois crimes. Porém, comprovado o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, aumento a pena em 3/8, totalizando cinco anos e seis meses de reclusão e pagamento de 13 dias-multa."

Ressalte-se, nesse ponto, que, não obstante o magistrado ter feito menção ao termo "arma de fogo", trata-se, na verdade, de erro material, uma vez que o paciente fez uso de arma imprópria na empreitada criminoso (faca), conforme consta da inicial acusatória (fls. 7/9).

Por sua vez, o Tribunal *a quo* entendeu "justas e proporcionais" as penas e acertado o aumento de 3/8 aplicado por conta do emprego de arma e do concurso de agentes, consignando que "se trata de recomendação jurisprudencial, pois quanto mais presentes se fazem estas gravosas circunstâncias, mais grave será a representação do delito para a vítima" (fl. 76).

Como se observa, a majoração na terceira etapa de aplicação da pena, na fração de 3/8, realizada nas instâncias ordinárias, levou em conta apenas o número de causas de aumento, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte.

Dessa forma, forçoso o redimensionamento da reprimenda imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse escopo, mantida a pena-base no mínimo legal (4 anos e 10 dias-multa), mesmo diante da incidência das atenuantes da confissão e da menoridade na data dos fatos, e ausentes circunstâncias agravantes, na terceira fase, em face do aumento em 1/3 devido à presença das majorantes dos incisos I e II, chega-se ao cômputo de 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, *quantum* que torno definitivo devido a ausência de outras circunstâncias modificadoras.

No que tange ao regime prisional, esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou compreensão no sentido de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 440, com a seguinte redação: "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."

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

Súmula 718. 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.

Súmula 719. A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, verifica-se que o magistrado primevo determinou o regime fechado para início do cumprimento da pena de roubo, considerando a gravidade do delito, "o que mais vem trazendo pânico e desassossego para a sociedade trabalhadora" (fl. 21), entendimento ratificado pelo Tribunal de origem (fl. 43), o que vai de encontro ao posicionamento firmado nesta Corte e no Pretório Excelso.

Assim, há de ser fixado o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao paciente, uma vez que se trata de réu primário, cuja pena-base foi arbitrada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão.

À vista do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente para o patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, e estabelecer o regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0031309-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.537 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00283468820128260050 283468820128260050

EM MESA

JULGADO: 18/08/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOAO RICARDO MEIRA AMARAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALEX RODRIGUES OLIVEIRA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.