



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.918 - SP (2014/0267520-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOURENÇO DIAS FERRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO HENRIQUE BENEDITO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA NO PATAMAR DE 3/8 NA TERCEIRA FASE FUNDADA APENAS EM CRITÉRIO MATEMÁTICO. SÚMULA 443 DO STJ. SEMI-IMPUTABILIDADE. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO EM RAZÃO APENAS DA GRAVIDADE DO DELITO. SÚMULA 440 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. "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 443 do STJ.

3. A diminuição da pena em razão da semi-imputabilidade deve considerar o grau de perturbação da saúde mental do réu, avaliando-se a extensão de seu entendimento. Reconhecida pelas instâncias ordinárias que a semi-imputabilidade do réu era reduzida, tendo em vista o seu elevado grau de discernimento, embora fosse usuário de drogas, mostra-se correta a redução na fração mínima de 1/3 (um terço), conforme dispõe o art. 26, parágrafo único, do Código Penal. Precedentes.

4. 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 (Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF)

5. No caso, o constrangimento ilegal é evidente, visto que o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena no regime aberto, considerando a quantidade de pena imposta (3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão), sua primariedade, bem como o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena em concreto do paciente para 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente aberto.



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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2014 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.918 - SP (2014/0267520-2)

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 DANILO HENRIQUE BENEDITO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime de roubo circunstanciado previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, no regime inicialmente fechado e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa (fls. 23/27).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi provida parcialmente para reduzir a pena atribuída ao réu para 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime fechado, e ao pagamento de 8 (oito) dias-multa (fls. 53/68).

Daí o presente *writ*, onde se sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porquanto o Tribunal de origem violou a regra da *non reformatio in pejus* porque, no redimensionamento da pena, aumentou o coeficiente relativo às majorantes do roubo, sendo o recurso exclusivo da defesa.

Alega, ainda, que não foi aplicado o redutor da semi-imputabilidade no máximo permitido, ou seja, 2/3, bem como foi mantido o regime inicial mais gravoso para o início do cumprimento da pena, sem fundamentação concreta (fls. 1/20).

Requer, por fim, a concessão da ordem para "a redução da pena do paciente em razão do reconhecimento da semi-imputabilidade, bem como a fixação do regime inicial aberto" (fl. 20).

Liminar indeferida às fls. 75/76.

Sem pedido de informações porque os autos estão devidamente instruídos.

Parecer do Ministério Público Federal pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, de ofício (fls. 84/91).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.918 - SP (2014/0267520-2)

VOTO

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

Primeiramente, cumpre observar que 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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Como relatado, trata-se de *mandamus* onde se sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal porque o tribunal *a quo*, embora tenha reduzido a pena a ele imposta, aplicou o redutor da semi-imputabilidade no mínimo legal, bem como deu às causas de aumento de pena fração maior da que a estabelecida na sentença.

Além disso, sustenta, que o regime fixado para o início de cumprimento da pena não observou a regra do art. 33, § 2º, do Código Penal.

Com efeito, o MM. Juiz, na dosimetria da pena, assim dispôs (fls. 26/27):

[...] Passo à dosagem da pena. O réu é primário e não registra antecedentes, por isso, merece pena mínima compensada a causa de aumento com a causa de diminuição da responsabilidade diminuída uma vez que apresentou-se para o exame, calmo, em bom estado nutricional, higiene cuidada, consciente, orientado na pessoa, no espaço e no tempo, o que indica que a sua dependência não era severa. São vedadas as substituições legais em razão da grave ameaça e o regime adequado é o fechado porque o réu cometeu crime grave, no qual, junto com outras duas pessoas não identificadas, armou-se de um canivete e encostou em uma das vítimas, para depois subtrair seus celulares. A conduta revela que se trata de pessoa perigosa, com hábitos antissociais e que está inapta para o convívio social, merecendo o regime mais severo como forma de possibilitar a sua recuperação. Ante o exposto e pelo mais que dos autos consta, julgo procedente a pretensão punitiva deduzida pelo Ministério Público contra DANILO HENRIQUE BENEDITO, para o fim de condena-lo ao cumprimento das penas de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, no valor mínimo legal, corrigido da época dos fatos até o efetivo adimplemento a ser cumprida inicialmente em regime fechado, pela pratica do crime tipificado no artigo 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro. [...] A conduta revela que se trata de pessoa perigosa, com hábitos antissociais e que esta inapta para o convívio social, por isso não poderá apelar em liberdade como forma de garantia da ordem pública. [...]

Ao dar provimento parcial à apelação, a Corte estadual assim se posicionou (fls. 64/68):

Por outro lado, o cálculo da pena merece pequeno reparo.

Na primeira fase da dosimetria, o julgador singular fixou a pena-base no mínimo legal, vale dizer, em quatro (4) anos de reclusão, mais dez (10) dias-multa, anotada a impossibilidade da redução da reprimenda na etapa seguinte aquém de tal patamar em face da atenuante representada pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão, consoante Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, lastreada em posicionamento do Supremo Tribunal Federal (RTJ 118/928) e conforme tranquila doutrina considerada por esta Egrégia Corte.

...

Na terceira fase, operou-se a compensação entre as causas de aumento e a minorante atinente a semi-imputabilidade representada pela parcial capacidade do agente descrita no laudo de fls. 14/16 do último apenso, resultando no "castigo" definitivo apontado na sentença.

Todavia, a solução dada em primeiro grau mostra-se equivocada, gerando prejuízo ao denunciado, que, reconhecidas as duas causas de aumento apontadas na denúncia (anote-se que o magistrado declarou procedente a denúncia, dando o réu como incurso no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 96/97), imprescindível a majoração de três oitavos (3/8), de modo a resultar na reprimenda de cinco (5) anos e seis (6) meses de reclusão, mais treze (13) diárias.

Registre-se que o aumento equivalente a uma só causa equipararia situações desiguais, numa nítida desconsideração ao princípio da individualização da sanção, daí porque, como já decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça, deve-se observar, como parâmetro para a majoração da pena, a seguinte escala crescente: aumento de um terço (1/3), quando presente uma majorante; de três oitavos (3/8), diante de duas; de cinco doze avos (5/12), se presentes três; de onze vinte e quatro avos (11/24), quando se depara com quatro causas; e de metade (1/2), diante de todas as qualificadoras (TJESP, Apelação Criminal nº 990.10.136956-7, Relator Desembargador FRANCISCO BRUNO).

Ainda em face do critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal, configurada a parcial capacidade do agente de entender o caráter criminoso do fato, na hipótese decorrente de "Síndrome de Dependência de Múltiplas Substâncias" (fls. 14/16 do último apenso), cabe a redução da pena de um terço (1/3), nos termos do artigo 26, parágrafo único, do mesmo Diploma Legal, chegando-se ao patamar definitivo de três (3) anos e oito (8) meses de reclusão, mais multa de oito (8) dias-multa, unidade de piso, a mingua de entras causas modificadoras.

Consigne-se que, ao contrario do alegado pela Defesa, não se aplicou na sentença o acréscimo de um terço diante das majorantes reconhecidas, fazendo o juiz alusão tão só à compensação com a causa de diminuição antes aludida.

Acresça-se ser mínima a incapacidade do agente que, no caso, após tomar os objetos das vítimas, prontamente empreendeu fuga, de modo a evidenciar conhecimento da ilicitude da conduta e pouco comprometimento da capacidade de se determinar de tal forma, quadro compatível com a reclusão máxima cogitada pela Defesa.

Vale asseverar que "a mitigação da pena nos casos de semi-imputabilidade mede-se pela intensidade da perturbação da saúde mental, ou, quando o caso, pela graduação do menor desenvolvimento mental" (RJDTACRIM 26/67).

[...]

Correta a imposição do regime fechado para início de cumprimento da corporal, único adequado diante do roubo como forma de se impor a necessária reprovação do crime, a par do reconhecimento de duas qualificadoras delineando dolo exacerbado incompatível com retiro menos severo.

Ressalte-se que a audácia e índole perniciososa do agente decorrem da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

própria conduta, que atormenta e traumatiza a população, sendo injustificável regime diverso, considerado o caráter nocivo próprio daqueles que empregam violência ou grave ameaça para subtrair objetos, impondo trauma a vítima quase sempre de difícil ou até mesmo impossível reparação (não raro, a vítima do roubo entra em longo estado de pânico, permanecendo atormentada em casa, além de comumente necessitar de acompanhamento psicológico ou mesmo psiquiátrico, algo que não pode ser ignorado quando da imposição do regime prisional, como forma de se impor adequada reprovação do crime e, pois, chegar-se à prevenção).

A providência é absolutamente necessária inclusive diante de réu primário, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime de retiro pleno como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente abalada em face da conduta típica cometida (TJESP, Apelação Criminal nº 990.10.199982—O, Relator Desembargador PINHEIRO FRANCO, julgado 07-10-10).

[...]

A vista do exposto, pelo meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, no caso apenas para rever a pena imposta ao réu DANILO HENRIQUE BENEDITO, qualificado nos autos, estipulando-a, agora, em três (3) anos e oito (8) meses de reclusão, com multa no importe de oito (8) dias-multa, mantida, no mais, a respeitável sentença impugnada.

Como se vê, as instâncias ordinárias, reconheceram que a semi-imputabilidade do réu era reduzida, sendo correta, portanto, a diminuição da pena na fração de 1/3.

Não há como prosperar o pleito de que seja aplicada a fração máxima, pois, como bem anotado pelo *Parquet Federal*, a sua aplicação deve considerar o grau de perturbação da saúde mental do paciente, avaliando-se a extensão de seu entendimento, situação observada no caso dos autos.

Nesta linha são os julgados de ambas as turmas desta Egrégia Terceira Seção:

[...]

11. Se foi reconhecido pelas instâncias ordinárias que a semi-imputabilidade do paciente consistia em uma plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e uma parcial capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, mostra-se fundamentada a redução da pena em 1/3, não sendo cabível a aplicação da fração máxima prevista no art. 26, parágrafo único, do Código Penal.

[...]

(HC 135.604/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 05/09/2011)

[...]

MINORANTE PREVISTA NO ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. SEMI-IMPUTABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERTURBAÇÃO MENTAL REDUZIDA. FRAÇÃO MÍNIMA QUE SE MOSTRA DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nos termos do art. 26, parágrafo único, do CP: "A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento." 2. Demonstrado que o paciente não era portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, apenas não possuindo plena capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de perturbação na sua personalidade, justificada a escolha pela fração mínima (1/3) prevista no parágrafo único do art. 26 do CP.

[...]

(HC 186.149/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 19/08/2011)

Quanto à alegação da ocorrência da *reformatio in pejus*, tem razão o impetrante, pois o Tribunal *a quo* procedeu à majoração na terceira etapa de aplicação da pena, na fração de 3/8, tão somente com base no número de causas de aumento, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte, consolidada na Súmula 443, *in verbis*:

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.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a exasperação, 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.

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

Conforme estabelecido pelas instâncias ordinárias, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Na terceira etapa, em razão do concurso de agentes e do emprego de arma, aumento a pena em 1/3, para 5 anos e 4 meses de reclusão, e a diminuo em 1/3 em razão da semi-imputabilidade reconhecida, fixando-a, definitivamente, em 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão.

Por fim, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sobre o tema, este Tribunal Superior 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, colho as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 718/STF: 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/STF: a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o constrangimento ilegal é evidente, visto que o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena no regime aberto, considerando a quantidade de pena imposta, a primariedade do acusado, bem como o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Entretanto, CONCEDO a ordem, de ofício, para redimensionar a pena do réu para 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 8 (oito) dias-multa, bem como fixar o regime aberto para o cumprimento inicial da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0267520-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 306.918 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00434058720118260071 20140000492095 434058720118260071

EM MESA

JULGADO: 16/12/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO LOURENÇO DIAS FERRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO HENRIQUE BENEDITO

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.