



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.777 - SP (2014/0228908-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DENISE NAKANO VERONEZI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN FONSECA BORGES PIMENTA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. EMPREGO DE ARMA DE FOGO NA PRÁTICA DELITIVA.

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. 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).

3. Na hipótese dos autos, contudo, não é o caso de aplicar-se o referido entendimento, pois a situação é diversa, porquanto as instâncias ordinárias justificaram a necessidade do regime mais gravoso com base em elementos concretos, notadamente no *modus operandi* do delito.

4. Registre-se que o emprego de arma na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, sendo tal gravidade tão manifesta, que não se requer maiores explanações para se descrever o óbvio.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



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. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.777 - SP (2014/0228908-0)

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 Alan Fonseca Borges Pimenta, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0000167-13.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

A Corte de origem, por maioria de votos, negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo, *in totum*, a sentença condenatória.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta a impossibilidade da aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, visto que a arma não foi apreendida e, conseqüentemente, periciada para comprovar a sua potencialidade lesiva.

Sustenta, ainda, que o paciente faz jus ao cumprimento da pena imposta no regime aberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, bem como nas Súmulas 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, e 440 desta Corte.

Requer, em suma, o afastamento da causa de aumento relativa ao emprego de arma e a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta.

Indeferida a liminar, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, a fim de que seja fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.777 - SP (2014/0228908-0)

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

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, 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, 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

Na hipótese dos autos, contudo, não é o caso de aplicar-se o referido entendimento, pois a situação é diversa, porquanto as instâncias ordinárias justificaram a necessidade do regime mais gravoso com base em elementos concretos, notadamente no *modus operandi* do delito.

Consta da sentença condenatória:

Em Juízo o acusado confessou a prática do delito, afirmando que seu comparsa o qual não relatou o nome era quem estava com arma do crime. Pois bem, a vítima reconheceu em juízo o acusado com sendo o autor dos fatos. Afirmou que estava transitando com seu veículo e parou em decorrência de sinal semafórico, ocasião em que estava com o vidro um pouco aberto. Disse que nesse momento foi abordada pelo acusado, o qual,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de arma de punho, anunciou o assalto, exigindo-lhe a entrega de seus pertences. Afirma que o seu comparsa deu a volta no veículo e foi para o lado do passageiro onde estava a sua filha, mas não conseguiu ver o seu rosto. Disse que a porta foi aberta sendo que a depoente, e sua filha e seu genro saíram do veículo e os assaltantes entraram no veículo empreendendo fuga, em seguida. Afirmou, por fim que dois dias depois o veículo foi localizado na posse do acusado, o qual reconheceu como sendo um dos autores do fato.

(...)

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida no regime inicial fechado em razão da gravidade da conduta praticado pelo acusado.

O Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação da defesa, manteve o regime prisional, "tendo em vista a personalidade ousada do acusado, demonstrada pelo fato de ter praticado o delito na via pública, sem qualquer preocupação com atividade policial" (fl. 21).

Realmente, a forma como o delito foi praticado – em concurso de agentes e mediante grave ameaça, exercida com emprego de arma de fogo, quando a vítima se encontrava no interior de seu veículo, parada em frente ao semáforo, com sua filha no banco do passageiro, sendo-lhe subtraído o automóvel e diversos pertences – justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, qual seja, o fechado, a despeito de a pena ser inferior a 8 anos de reclusão.

Registre-se que o emprego de arma na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, sendo tal gravidade tão manifesta, que não se requer maiores explicações para se descrever o óbvio.

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes das Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO MEDIANTE ARGUMENTOS CONCRETOS. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. LIMINAR CONCEDIDA ANTERIORMENTE A ESSE ENTENDIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO, EXCEPCIONALMENTE, EX OFFICIO.

(...)

3. No que se refere ao regime inicial para cumprimento de pena no delito de roubo, a Quinta Turma deste Sodalício alterou o entendimento até então consolidado, para o fim de considerar que a invocação do uso de arma de fogo permite, de per si, a agravação do aspecto qualitativo da reprimenda (regime prisional) independentemente do aspecto quantitativo (quantum de pena fixado na primeira fase da dosimetria), sem que isso implique ofensa à Súmula n.º 440/STJ.

4. Na hipótese, todavia, o pedido liminar foi deferido ao Paciente pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Felix Fischer, em período de férias forenses, antes da referida mudança de jurisprudência. Considerando essa peculiaridade e o fato de o provimento de urgência ter sido deferido há mais de um ano, entendo ser possível manter, excepcionalmente, o regime semiaberto para cumprimento de pena, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

5. Ordem de habeas corpus não conhecida. Writ concedido, de ofício, para o fim de, excepcionalmente, confirmar a liminar concedida e estabelecer o regime semiaberto como regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade. (HC 274908/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJe 02/09/2014)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E EMPREGO DE ARMA DE FOGO - MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. (...)

2. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal pelo Tribunal de origem, no julgamento do apelo ministerial, ante o reconhecimento da existência de circunstância judicial desfavorável - violência real empregada contra a vítima - autoriza a imposição do regime fechado, nos moldes que preconiza o art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Ademais, em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução "emprego de arma" - causa especial de majoração da pena no crime de roubo -, abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau, de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quanto as armas de fogo - conduta que constitui crime autônomo e grave -, nada mais razoável e lógico que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da resposta penal. Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo - aspecto quantitativo -, justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita - aspecto qualitativo.

4. Ordem não conhecida. (HC 297425/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 27/08/2014)

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. PRIMÁRIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO DA PENA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA FUNDAMENTADA EM DADOS FÁTICOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

(...)

2. Na espécie, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, "uma vez que a conduta do acusado e seus comparsas excedeu o dolo normal à espécie (observe-se que os agentes restringiram a liberdade do ofendido e de uma amiga deste, por cerca de 40 minutos, nos quais as vítimas permaneceram sendo ameaçadas de morte, sob a mira de uma arma de fogo) ".

3. Na terceira fase da dosimetria da pena, a exasperação da pena motivou-se em elementos concretos do caso - a conduta criminosa "que impeliu pavor às vítimas, gerando traumas e sequelas irreparáveis, principalmente com o uso de arma de fogo e superioridade de pessoas" -, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal por ausência de fundamentação.

4. Inexiste ilegalidade na escolha do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - o emprego de arma de fogo, a restrição de liberdade da vítima e o concurso de agentes, com periculosidade e destemor exacerbados -, ainda que o agente seja primário e o quantum da pena - 5 anos e 8 meses de reclusão - seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

5. Habeas Corpus não conhecido. (HC 282.211/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 07/04/2014)

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0228908-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 303.777 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001671320138260050 1671320138260050 20130000728727

EM MESA

JULGADO: 24/02/2015

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 : DENISE NAKANO VERONEZI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAN FONSECA BORGES PIMENTA

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."

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.