



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.944 - SP (2015/0166833-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARLEN VINICIUS FERREIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. MAJORANTES. ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA POR CRITÉRIO MATEMÁTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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 exasperação da pena acima da fração mínima de 1/3, 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. No caso, as instâncias ordinárias utilizaram-se de critério matemático para justificar a fração de aumento aplicada (3/8), o que configura ofensa à Súmula 443 do STJ.

4. A Quinta Turma deste Tribunal, na sessão de 28/4/2015, ao julgar os *Habeas Corpus* ns. 269.495/SP, 299.980/SP e 304.634/SP, entre outros, por maioria de votos, firmou a orientação de que o emprego de arma de fogo na empreitada criminosa, por si só, não acarreta o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, notadamente se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem todas favoráveis ao acusado.

5. Hipótese em que embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, foi estabelecido o regime mais gravoso com base no emprego de arma de fogo e no concurso de agentes, evidenciando-se o constrangimento ilegal aventado, com a ressalva do ponto de vista do relator.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena e estabelecer o regime semiaberto para o início do seu cumprimento.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 15 de outubro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.944 - SP (2015/0166833-4)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de ARLEN VINÍCIUS FERREIRA, em que se aponta como autoridade coatora a 11ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que deu parcial provimento à Apelação n. 3018265-05.2013.8.26.0564 (fls. 1/7).

Consta dos autos que o Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo condenou o paciente, pela prática dos delitos tipificados no art. 157, § 2º, I e II, e no art. 180, ambos do Código Penal, a 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 23 dias-multa (fls. 22/31).

Por ocasião do julgamento da apelação, o TJ/SP absolveu o paciente do crime de receptação, mantendo os demais termos da sentença que fixou, para o delito de roubo circunstanciado, a pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias multa (fls. 28, 30 e 36).

Segundo o *writ*, o paciente sofre constrangimento ilegal, pois: *a*) a mera alusão à quantidade de causas de aumento do § 2º do art. 157 do Código Penal não justifica a aplicação da fração excessiva de 3/8, nos termos da Súmula 443 do Superior Tribunal de Justiça; e *b*) a fixação do regime fechado carece de fundamentação idônea.

A liminar foi indeferida pela em. Ministra Laurita Vaz, no exercício da Presidência desta Corte (fls. 10/11).

As informações encontram-se nas fls. 20/48.

Em parecer (fls. 53/56), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.944 - SP (2015/0166833-4)

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.

Esta Corte Superior assentou a compreensão de que a exasperação da pena na terceira fase da dosimetria acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal, 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, *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."

In casu, observa-se que, não obstante os argumentos utilizados pelas instâncias ordinárias, o aumento na terceira etapa da dosimetria da pena na fração de 3/8 ocorreu, em última análise, com base no número de causas de aumento. Vejamos o que consignou o Juízo sentenciante (fls. 28/29, grifos acrescidos):

Em relação ao crime de roubo, presentes as causas do emprego de arma e do concurso de agentes, circunstâncias que evidentemente reduziram a capacidade de resistência das vítimas, intimidando-as e impondo-lhes temor, elevo a pena em 3/8, o que perfaz 05 anos e 06 meses de reclusão e pagamento de 13 dias multa, a qual torno definitiva, ausente outra circunstância modificadora.

[...]

Não se trata de levar em conta apenas o número de causas de aumento, mas na medida em que **configurada cada uma delas, acrescidas, sem sombra de dúvida, a prática criminosa mostra-se mais temida, sendo maior a reprovabilidade do agente.**

Relevante consignar, neste ponto, que um roubo cometido com uma causa de aumento não é igual a um assalto praticado com duas ou mais majorantes, sendo que nesta última situação o acusado deve ser apenado com maior rigor, sob pena de inobservância do princípio isonômico e da mais adequada individualização da pena em cada caso concreto. Na segunda hipótese, é maior a reprovabilidade da conduta do agente, justamente o que se vê patenteado nestes autos.

O TJ/SP, por sua vez, considerou correta a exasperação da reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na terceira etapa do cálculo da pena, conforme se extrai do seguinte trecho do voto condutor (fl. 36, grifos acrescidos):

Na terceira fase a pena sofreu acréscimo de 3/8 em razão das duas causas de aumento verificadas na conduta, o emprego de arma e o concurso de agentes, totalizando 05 anos e 06 meses de reclusão, mais 13 dias-multa, em definitivo.

Outro não haveria de ser o índice, que atende perfeitamente ao princípio da individualização das penas, punindo de forma mais severa a conduta de maior grau de reprovabilidade, duplamente qualificada, como no presente caso.

Registre-se, por oportuno, que a Lei estabeleceu um intervalo entre 1/3 a 1/2 para a escolha do índice a ser empregado em cada caso concreto, sem apontar outros critérios.

Assim, parece óbvia a existência de uma **proporção direta entre o índice e a quantidade de causas de aumento, pois quanto mais causas de aumento, mais reprovável a conduta**, maior a chance de êxito do criminoso e menor a possibilidade de reação da vítima, como nos casos em que conjuntamente ocorrem o emprego de arma e o concurso de agentes.

Dessarte, como se lê das decisões atacadas, ante a ausência de elementos concretos, forçoso o redimensionamento da sanção imposta ao paciente, reduzindo-se o *quantum* de aumento de pena para o mínimo legal de 1/3.

Conforme estabelecido pelo Juízo da 5ª Vara Criminal da Comarca de São Bernardo do Campo e ratificado pelo TJ/SP, mantenho a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. A sentença reconheceu a existência da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do CP). Todavia, porque a pena-base foi fixada no patamar mínimo, em obediência à Súmula 231 do STJ, não a atenuou. Ante a ausência de circunstâncias agravantes, fixo o mesmo *quantum* para a sanção intermediária (fls. 28 e 36).

Na terceira fase, pelo fato de o delito ter sido praticado na modalidade qualificada (art. 157, § 2º, I e II, do CP), aumento a pena em 1/3, tornando-a definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, cada um no valor determinado pelas instâncias anteriores (fl. 30).

Quanto ao regime de cumprimento de pena, esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou a compreensão 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.

No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o magistrado singular justificou a necessidade do regime mais gravoso com base em elementos concretos, notadamente no *modus operandi* do delito, que foi praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes (fl. 30, grifos acrescidos):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, fixo o regime inicial fechado. É o único que se mostra adequado à consecução das finalidades da sanção penal, considerada a receptação de arma de fogo furtado e a **prática de crime de roubo com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes**. Tais circunstâncias demonstram a ousadia e periculosidade do acusado, reclamando reação severa, proporcional e seguramente eficaz.

Cumpra salientar a inexistência da relação automática entre a quantidade de pena reclusiva e o regime prisional, que deve ser determinado com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, sendo certo que a perpetração dos delitos nos moldes apurados nos autos denota personalidade inteiramente avessa aos preceitos que presidem a convivência social, sujeitando o agente à modalidade fechada.

Acresce, finalmente, ponderar que a fixação do regime semiaberto ou de qualquer outra benesse, ao autor de crimes patrimoniais, mormente o de roubo, descaracterizaria a eficácia intimidante da pena, incentivando a reiteração da conduta diante de evidente impunidade. Inviável, assim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou aplicação do "sursis", pois ausentes os requisitos objetivos e subjetivos, estabelecidos pelo legislador no artigo 44 e 77, ambos do Código Penal.

O TJ/SP, após absolver o paciente do crime de receptação, justificou a necessidade do regime gravoso à base da seguinte motivação (fls. 36/37):

O regime inicial fechado é de rigor, tendo-se em conta a concreta gravidade do delito perpetrado pelo condenado, assim como em razão de sua ousadia e periculosidade.

Em observância aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e razoabilidade, entendo que não se deve dar ao agente que utiliza arma de fogo na prática do crime de roubo o mesmo tratamento dispensado àqueles que fazem uso de instrumento de menor potencialidade lesiva para a mesma finalidade.

Isso porque, a meu ver, o emprego de arma de fogo na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente mas também caracteriza maior ameaça à incolumidade da vítima, sendo a gravidade tão manifesta, que dispensa maiores explicações.

Registre-se que "o comando legal do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim que o magistrado deva fundamentar sua sentença apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59 do mesmo Estatuto" (HC n. 295.232/RJ, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 9/3/2015).

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes das Turmas de Direito Penal desta Corte (grifos acrescidos):

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 297.425/SP, relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 27/8/2014).

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE 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.

[...]

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 n. 282.211/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 7/4/2014).

Entretanto, a Quinta Turma deste Tribunal, na sessão de 28/4/2015, ao julgar os *Habeas Corpus* n. 269.495/SP, n. 299.980/SP e n. 304.634/SP, entre outros, por maioria de votos, firmou a orientação de que o emprego de arma de fogo na empreitada criminosa, por si só, não acarreta o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, notadamente se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem todas favoráveis ao acusado.

Assim, em respeito à orientação firmada pela maioria dos integrantes do aludido Órgão fracionário, com a ressalva do meu ponto de vista, fixo o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao paciente, visto que é réu primário, cuja pena-base foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão.

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO a ordem, de ofício, para reduzir a pena imposta na Ação Penal n. 3018265-05.2013.8.26.0564 para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, e estabelecer o regime semiaberto para o início do seu cumprimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0166833-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 329.944 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 30182650520138260564

EM MESA

JULGADO: 15/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARLEN VINICIUS FERREIRA

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, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.