



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 257.856 - SP (2012/0225471-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA TERESA BASTIA VICHI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS GARCIA
PACIENTE : ERBERT CASSIANO ALVES

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) *WRIT* COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2.º, I, DO CÓDIGO PENAL. PERÍCIA. REALIZADA. ARMA INAPTA A PRODUZIR DISPAROS E DESMUNICIADA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA MAJORANTE. ILEGALIDADE. (3) REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A utilização de arma sem potencialidade lesiva, atestada por perícia, como forma de intimidar a vítima no delito de roubo, caracteriza a elementar grave ameaça, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena (emprego de arma). Na espécie, foi constatado pelo auto de apreensão e pela perícia que a arma era ineficaz para produção de disparos, bem como estava desmuniada, fato que evidencia a ausência da potencialidade lesiva do instrumento, sendo, de rigor, o afastamento a referida majorante.

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

4. Ordem não conhecida, mas concedida de ofício para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, diminuindo as penas dos pacientes para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogério Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 20 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 257.856 - SP (2012/0225471-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARIA TERESA BASTIA VICHI - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO DOS SANTOS GARCIA
PACIENTE : ERBERT CASSIANO ALVES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de RODRIGO DOS SANTOS GARCIA e ERBERT CASSIANO ALVES, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 990.09.113604-2).

Os pacientes foram condenados como incurso no crime previsto no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, nesses termos:

Passo à dosagem da pena. As circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis aos réus. Tratam-se de delinquentes perigosos, que já praticaram roubos, furtos e até atentado violento ao pudor, no período da menoridade penal e depois de terem completado 18 anos. Não têm qualquer pudor em roubar, furtar e vilipendiar a propriedade alheia. Se acham no direito de roubar e furtar, como se extrai de suas escusas (roubaram para comprar remédio) e também a afirmação de Erbert quanto a outro caso (furtou o videogame para dar de presente para o irmão). A deturpada personalidade de Rodrigo está bem demonstrada a fls. 81/83 85/89, 94, 101, 104/110, 120/124, 132/133) e a de Erbert a fls. 78/80, 90/91, 93-112, 117/119, 142/149 e 150). O dolo foi intenso e a violência acentuada, consoante bem descrito pela vítima Rosana Diante dessas desfavoráveis circunstâncias fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa. Ocorre que os réus confessaram a imputação e são menores relativamente. Mesmo a reincidência técnica de Rodrigo, certificada a fls. 95/96. há de ser compensada pelas atenuantes. Reduzo a sanção, por tais premissas, para 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Não existem causas de diminuição de pena. Outrossim, face a prevalência das duas causas de aumento de pena, há de se seguir a orientação dominante dos eminentes Desembargadores do E. TJSP (RJTTACRIM 47/237 e 59/110) e do próprio STJ (EJSTJ 32/260), aplicando-se o aumento em 3/8 (três oitavos), o que resulta em definitivo no montante de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo. Isto posto, JULGO PROCEDENTE a ação penal para: a) CONDENAR o réu RODRIGO DOS SANTOS GARCIA ao cumprimento de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e II, c.c. artigo 61, Inciso I, do Código Penal (reincidência certificada a fls. 95/96) e b) CONDENAR o réu ERBERT CASSIANO ALVES ao cumprimento de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias multa, cada qual no valor unitário mínimo, dando-o como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Iniciarão os sentenciados o cumprimento da pena no regime fechado, nos termos do art. 33, § 3º. do CP. Ressalto que o estabelecimento do regime carcerário ao sentenciado não está adstrito somente à quantidade da pena aplicada. Sua eleição depende, outrossim, da avaliação e sopesamento pelo Juízo das circunstâncias aditadas pelo artigo 59 do Código Penal (TACRIM-SP - Rev. Rel. Ribeiro dos Santos - BMS 91/125). consideradas desfavoráveis neste caso. O cometimento do roubo, em concurso de agentes e mediante o emprego de arma de fogo. bem demonstra a periculosidade dos infratores e a tendência criminosa, ínsita a suas personalidades. A própria prática de roubo, nas circunstâncias apontadas, exige do Estado uma repressão e punição mais rigorosas. Delitos da espécie geram a intranquilidade de trabalhadores, famílias e da Sociedade como um todo, sendo que o regime prisional aplicado traduz o meio mais eficaz e corresponde a uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade. A concessão do regime aberto ou semi-aberto. nos casos onde a periculosidade do agente é evidente, equívale a uma autêntica impunidade e num incentivo injustificável para a prática de outras infrações (RJTACRIM 10/115). (fls. 9-13).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso, *verbis*:

Pese embora a fundamentação da combativa defesa, incabível o afastamento da majorante do emprego de arma, porquanto tem seu fundamento no elemento subjetivo do tipo penal, eis que, para sua configuração, basta que haja influído substancialmente no ânimo da vítima, a ponto de reduzir significativamente ou até mesmo anular sua capacidade de resistência, sendo, portanto, irrelevante eventual inaptidão para realização de disparos.

(...)

No caso vertente, a prova oral é, *per se*, suficiente para subsidiar a manutenção desta causa de aumento, porquanto Rosana Buono foi uníssona em narrar a abordagem com emprego de arma de fogo, inexistindo motivo concreto para desacreditar - como já afirmado - nas afirmações feitas, sobretudo pela apreensão do armamento na posse dos acusados. Aliás, incontestes que a arma exerceu grande poder intimidatório sobre a vítima, o que, obviamente, inculcou-lhe temor mais acentuado de ofensa à vida e à incolumidade física, consentindo na subtração, pelo apelante e seu comparsa, dos bens em seu poder.

Acertada, portanto, a procedência da ação penal, como decidido pelo Juízo *a quo*.

As penas não merecem reparo, porquanto fundamentadamente estabelecidas as basilares em 1/2 (metade) acima do mínimo legal pela personalidade e maus antecedentes dos réus, bem como pelos motivos e circunstâncias do crime. Em seguida, diminuídas em 1/3 (um terço) pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência das atenuantes da confissão espontânea e menoridade relativa; para o corréu Rodrigo dos Santos Garcia, compensou-se a reincidência com uma das circunstâncias atenuantes. Na terceira fase, aumentadas em 3/8 (três oitavos) pelo reconhecimento das causas de aumento pelo emprego de arma e concurso de agentes, consolidando-se em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Cumprir observar que o aumento em 3/8 (três oitavos) pela presença das duas qualificadoras, está dentro dos limites legais e em consonância com o entendimento segundo o qual o acréscimo deve ser graduado de acordo com as circunstâncias específicas do caso concreto, levando-se em consideração não somente a quantidade de causas de aumento e a proporção matemática entre o mínimo e máximo previsto em lei (1/3 a 1/2), mas, principalmente, a gravidade de cada uma das causas de aumento reconhecidas. Na presente hipótese, é possível constatar que o crime foi praticado em comparsaria mediante abordagem truculenta e com emprego de arma de fogo, disseminando maior temor ao casal, de sorte que a elevação da pena, na terceira fase, não se mostra excessiva.

A aplicação da fração mínima prevista em lei (um terço), tal como requer a Defensoria Pública, implicaria, a rigor, em não valoração de uma das causas de aumento, o que, em tese, constituiria inadmissível ofensa ao princípio da individualização da pena, pois se puniria com a mesma pena tanto o agente que praticou um roubo agravado por uma única causa, como aquele que se valeu de duas circunstâncias majorantes.

(...)

Para Rodrigo dos Santos Garcia, fica mantido o inicial fechado, não só pelo *quantum* da pena cominada, mas sobretudo por serem-lhe desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e ser reincidente específico (fl.95), o que, nos termos do artigo 33, § 3.º, do mesmo Diploma Legal, torna não recomendável a fixação de outro regime inicial para o cumprimento da pena.

Quanto ao acusado Erbert Cassiano Alves, mantido, igualmente, o regime fechado para o inicial desconto da pena privativa de liberdade, sobretudo por ser-lhe desfavoráveis às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, o que, nos termos do artigo 33, § 3.º, do mesmo diploma legal, revelando ser este o mais adequado para atender às finalidades preventiva, retributiva e educativa da sanção penal. A concessão do regime semiaberto ou aberto, neste caso, equivaleria a uma autêntica impunidade e num incentivo injustificável para a prática de outras infrações.

(...)

Com efeito, os recorrentes praticaram delito que se reveste de especial gravidade, em comparsaria mediante abordagem truculenta - inclusive com uso de força contra o marido da vítima para que deixasse o veículo - com emprego de arma de fogo, sendo que uma pessoa que sai armada para rapinar o patrimônio alheio tão-somente para satisfazer eventuais necessidades financeiras, revela indisfarçável índole má e agressiva, além de evidenciar notório desprezo aos mais mezesinhos princípios de convivência social, praticando-o por impulso e como se lhe fosse franqueado rapinar o patrimônio alheio. Aliás, são crimes como o tal que mantém a sociedade em constante estado de temor e intranquilidade, pela audácia e sangue frio com que agem pessoas como os acusados, cabendo ao Poder Judiciário, nas circunstâncias atuais, combater esse trauma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coletivo de medo, reeducando essas pessoas e estabelecendo a calma aos cidadãos que cumprem as normas para o convívio em sociedade.

A propósito, imperioso o regime mais gravoso para o agente que comete o crime de roubo, pois a sua prática requer sempre certa dose de audácia, frieza e periculosidade, denota maior periculosidade, como é o presente caso, circunstâncias estas que devem ser consideradas para a fixação do regime prisional.

Outrossim, inexistente qualquer ofensa às Súmulas 718 e 719 do Excelso Prctório, porquanto a fixação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade não se deu com base exclusivamente no quantum da pena cominada in concreto, mas, sobretudo nas condições pessoais dos réus, nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal.

(...)

3. Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso. (fls. 23-39).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante alega que o laudo da arma de fogo apreendida comprovou que ela não era apta a realização de disparos (fls. 20/22), entretanto o Tribunal de origem entendeu que tal fato é irrelevante para configuração da majorante.

Aduz que o regime inicial fechado foi fixado com base em elementares do crime de roubo. Defende que a gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo, conforme enunciado sumular 718 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para se afastar a majorante da arma de fogo, bem como alterar o regime prisional para o semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 48-51.

As informações foram juntadas às fls. 59-90 e 93-123.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 125-126, da lavra do Subprocurador-Geral da República Antônio Carlos Pessoa Lins, opinando pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 257.856 - SP (2012/0225471-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) WRIT COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. (2) CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2.º, I, DO CÓDIGO PENAL. PERÍCIA. REALIZADA. ARMA INAPTA A PRODUZIR DISPAROS E DESMUNICIADA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA MAJORANTE. ILEGALIDADE. (3) REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A utilização de arma sem potencialidade lesiva, atestada por perícia, como forma de intimidar a vítima no delito de roubo, caracteriza a elementar grave ameaça, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena (emprego de arma). Na espécie, foi constatado pelo auto de apreensão e pela perícia que a arma era ineficaz para produção de disparos, bem como estava desmuniada, fato que evidencia a ausência da potencialidade lesiva do instrumento, sendo, de rigor, o afastamento a referida majorante.

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

4. Ordem não conhecida, mas concedida de ofício para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, diminuindo as penas dos pacientes para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. **PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO.** Uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Com efeito, tenho que assiste razão à impetrante ao pedir o afastamento da causa de aumento de pena operada pelo uso de arma de fogo, por ausência de potencialidade lesiva do instrumento, em razão de ser ineficaz para a produção de disparos, bem como por estar desmuniada, conforme laudo pericial:

(...)

3) Achava-se carregada?

R - Quando dos exames, encontrava-se desmuniada.

(...)

5) Mostrava-se eficaz na realização de disparos?

R - Quando dos ensaios experimentais, não se mostrou apta à realização de disparos. Seus sistemas mecânicos apresentam-se inoperantes.

6) Apresentava vestígios produzidos por disparo recente?

R - A pesquisa de resíduos de pólvora resultou negativo. (fls. 20-22)

Nesse contexto, a utilização de arma inidônea, como forma de intimidar a vítima no delito de roubo, caracteriza a elementar grave ameaça, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena, o qual está vinculado ao potencial lesivo do instrumento, pericialmente comprovado como ausente no caso, dada a sua ineficácia para a realização de disparos, e por encontrar-se desmuniada.

A propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO, PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. COMPROVADA AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA DA ARMA. INAPLICABILIDADE DA MAJORANTE DO INCISO I DO § 2.º DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. UTILIZAÇÃO DA CONFISSÃO NA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO TOTAL OU PARCIAL. IRRELEVÂNCIA. FIXAÇÃO, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DO PERCENTUAL DE 3/8, PELA PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. AFASTAMENTO DE UM DAS MAJORANTES DA CONDENAÇÃO. NECESSÁRIA FIXAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO PERCENTUAL MÍNIMO DE 1/3. PREJUDICIALIDADE DA ALEGAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Esta Corte Superior, no julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, firmou o entendimento de que a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a respectiva majorante, desde que existentes outros meios aptos a comprovar a sua efetiva utilização na ação delituosa.

2. Todavia, "[a] utilização de arma comprovadamente ineficaz para disparo e desmuniada impede o reconhecimento da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal" (HC 169.083/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/03/2011), como no caso.

(...)

7. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a pena-base acima do mínimo legal autorizam a fixação do regime inicial fechado, não obstante a quantidade de pena definitiva estabelecida (inferior a 08 anos).

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente prejudicada e, no mais, parcialmente concedida para afastar da condenação a majorante do emprego de arma, reconhecer a incidência da circunstância atenuante da confissão espontânea e reduzir a pena privativa de liberdade do Paciente para 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 03 (três) dias de reclusão, mais o pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, em regime inicial fechado.

(HC 212.666/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013)

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESVIRTUAMENTO. PRECEDENTES DO STF. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. ARTEFATO PERICIADO. AUSÊNCIA DE PODER VULNERANTE DEVIDAMENTE COMPROVADO. AFASTAMENTO DA MAJORANTE QUE SE MOSTRA DEVIDO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não podendo ser utilizado em substituição a recursos processuais penais, a fim de discutir, na via estreita, temas afetos à apelação criminal, recurso especial, agravo em execução e até revisão criminal, de cognição mais ampla. A ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

3. Verificando-se que a arma de fogo empregada no cometimento do delito de roubo foi apreendida e periciada, tendo a perícia concluído pela sua inaptidão para a realização de disparos, mostra-se devido o afastamento da majorante em questão, dada a ausência de potencialidade lesiva do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrumento.

4. Quando do julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase do cálculo da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício, para proceder à compensação entre a atenuante genérica da confissão espontânea e a agravante da reincidência, bem como para afastar a majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal (emprego de arma), tornando a reprimenda do paciente definitivamente estabelecida em 4 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 11 dias-multa.

(HC 247.669/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012)

Dessarte, necessário redimensionar as penas. Assim, mantenho as penas-base em 6 (seis) anos de reclusão, mais 15 (quinze) dias-multa, bem como reitero a redução em 1/3 (um terço) pela incidência das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade; **para o paciente Rodrigo** compensa-se a reincidência com uma das atenuantes. Afastada a causa de aumento relativa ao uso da arma de fogo, majoro as penas em 1/3 (um terço) pelo concurso de agentes, tornando-as, definitivamente, 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa.

No tocante ao regime inicial de cumprimento das penas, é de ver que as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Com efeito, verifica-se que, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda, na espécie, deveu-se à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o artigo 59, do Código Penal.

Veja-se, em especial, o disposto no § 3.º do art. 33 do Estatuto Repressivo, que faz menção ao exame das circunstâncias judiciais para o estipulação do regime carcerário, *in verbis*:

Art. 33.

§ 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. AGRAVAMENTO. POSSIBILIDADE.

1 - Fixada a pena base acima do mínimo legal, em virtude de circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a imposição de regime inicial mais gravoso, no caso o fechado.

2. Assim, ausente patente ilegalidade, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *habeas corpus*.

3 - Ordem denegada.

(HC 113.688/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE JUNTADA DE CERTIDÕES QUE COMPROVEM A ALEGADA PRIMARIEDADE DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. A sanção imposta ao paciente revela-se razoável, visto que a pena-base foi estabelecida um pouco acima do mínimo legal (três meses) em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, vale dizer, a presença de antecedentes negativos, sendo fixada nos termos do art. 59, c/c o art. 68, ambos do Código Penal.

2. A folha de antecedentes criminais, juntada pela própria impetrante às fls. 14/17, que corresponde às de fls. 58/61 dos autos principais, não se mostra suficiente para comprovar a alegada primariedade do paciente, visto que a sentença condenatória se reporta a outras certidões negativas, que não foram acostadas ao presente feito.

3. Dessarte, as aludidas certidões mostram-se imprescindíveis à avaliação de quais processos foram levados em consideração para o reconhecimento dos maus antecedentes.

4. De outra parte, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto reconhecidas as circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime prisional mais gravoso ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.

5. No que diz respeito à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, deve ser mantido o entendimento das instâncias ordinárias, pela inadmissibilidade da incidência do referido benefício, porquanto não satisfeitos os requisitos contidos no art. 44, III, do Código Penal, pois os antecedentes criminais apontados não indicam que tal benesse seja suficiente para a prevenção e repressão do crime pelo qual o paciente foi condenado.

6. *Habeas corpus* denegado.

(HC 117.812/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 01/06/2009)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA DE VEÍCULO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL SEMI-ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Ausente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *Habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal e a fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o semi-aberto, foram devidamente justificadas pelo Julgador, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. Com efeito, a particularidade de se tratar de receptação de veículo, que pressupõe crime anterior grave, além de ter ficado comprovado que o paciente era o dono da oficina especializada em desmanche de veículos, fazendo dessa atividade o seu meio de vida, como bem acentuou o acórdão impugnado, torna especialmente grave a conduta, que, por isso, merece maior reprovação. Importante ressaltar que a elevação ocorreu de forma moderada e proporcional, apenas em 6 meses acima do mínimo previsto na norma penal de regência (3 anos).

3. Desfavoráveis as circunstâncias judiciais, não há ilegalidade na fixação de regime mais gravoso, como reiteradamente tem decidido esta Corte.

4. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra adequada, quando não atendidos os requisitos subjetivos do inciso III do art. 44 do Código Penal.

5. Precedentes do STJ.

6. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial.

(HC 91.822/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 09/12/2008)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUFICIÊNCIA. INCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM DENEGADA.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados.

2. De tanto, resultou o reexame da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificada, agora, na afirmação da progressividade de regime no cumprimento das penas privativas de liberdade dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90.

3. Declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, de modo a submeter o cumprimento das penas dos crimes de que cuida a Lei nº 8.072/90 ao regime progressivo, resta afastado o fundamento da interpretação sistemática que arredava dos crimes hediondos e a eles equiparados as penas restritivas de direitos e o sursis.

4. A substituição da pena privativa de liberdade pela sanção restritiva de direitos, prevista no artigo 44 do Código Penal, enquanto resposta penal em natureza, está subordinada, inarredavelmente, ao princípio da suficiência.

5. Concluindo a Corte Estadual pela necessidade do réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, à luz de motivação excludente, em natureza, das condições da pena restritiva de direito, também recusa a substituição da pena privativa de liberdade, por necessária consequência, ante sua insuficiência.

6. Ordem denegada.

(HC 76.290/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJe 22/09/2008)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E MAUS ANTECEDENTES. DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO POR PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RESISTÊNCIA. ADOÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O RESGATE DA SANÇÃO CORPORAL FUNDAMENTADA NAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. As circunstâncias judiciais desfavoráveis (elevada culpabilidade, circunstâncias do crime e maus antecedentes, em vista das condenações transitadas em julgado) autorizam a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da sanção corporal, ainda que a pena total tenha sido concretizada em 5 anos. Precedentes.

2. O paciente não comprovou a alegada primariedade; ao contrário, indicam os autos que possui pelo menos duas condenações penais transitadas em julgado, estando ademais cumprindo pena em relação ao crime de resistência.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.

(HC 193.146/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 03/06/2011)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.

1. A pretensão absolutória, por demandar inevitável incursão no conjunto fático-probatório, não se mostra compatível com a via estreita do *habeas corpus*.

2. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, antecedentes e consequências do crime - autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

3. Ordem denegada.

(HC 69.527/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 23/05/2011)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para afastar a causa de aumento de pena prevista no inc. I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, diminuindo as penas dos pacientes para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0225471-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 257.856 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 18002008 966351520088260050 990091136042

EM MESA

JULGADO: 20/03/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARIA TERESA BASTIA VICHÍ - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RODRIGO DOS SANTOS GARCIA
PACIENTE	: ERBERT CASSIANO ALVES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.