



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.520 - SP (2014/0177819-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER EDUARDO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. CAUSA ESPECIAL AUMENTO DE PENA. SIMULACRO. INEXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. MAJORANTE NÃO CARACTERIZADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. EXCLUSÃO PROCEDIDA.

1. A utilização de arma de brinquedo para intimidar a vítima do delito de roubo não autoriza o reconhecimento da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do CP, cuja caracterização está vinculada ao potencial lesivo do instrumento.

DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA.

1. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Há constrangimento ilegal quando a pena é aumentada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado 443 da Súmula deste Sodalício).

REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).
2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena do paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa e alterar o regime inicial para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, 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 (DF), 28 de abril de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.520 - SP (2014/0177819-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER EDUARDO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de ROGER EDUARDO DA SILVA, contra acórdão proferido pela 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que proveu parcialmente a Apelação n. 0061484-12.2013.8.26.0050, para afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, mantendo, contudo, inalterada a pena em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o Acórdão impugnado seria nulo por não ter sido devidamente fundamentado, ferindo, com isso, o inciso IX, do art. 93 da Constituição Federal e o inciso III, do art. 381 do Código de Processo Penal por referir-se de forma abstrata às circunstâncias do art. 59 do CP sem motivá-las no caso concreto.

Alega que para incidir a causa especial de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, seria necessária a real potencialidade lesiva à integridade da vítima, o que aduz não ter ocorrido no caso, pois, conforme consta dos autos, teria sido utilizada arma de brinquedo.

Assevera que não teria sido apresentada fundamentação idônea a justificar o aumento aplicado na terceira etapa da dosimetria, em razão das majorantes do roubo, salientando que a elevação em 3/8 (três oitavos) teria sido motivada apenas no número de causas agravadoras, contrariando o princípio da individualização da pena e o enunciado sumular 443/STJ, devendo ser reduzida para 1/3 (um terço).

Defende que, com a fixação da pena-base no mínimo legal, não poderia a Corte de origem ter fixado o modo fechado de execução, dada a quantidade de reprimenda aplicada e a primariedade do paciente, por malferir, desta forma, o disposto na Súmula 440 deste Sodalício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja anulado o feito desde o julgamento da Apelação, seja reduzida a pena e fixado regime inicial semiaberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 299.520 - SP (2014/0177819-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação de via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

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, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

Todavia, o alegado constrangimento ilegal será analisado para verificar a eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, inciso I e II, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de Apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe deu parcial provimento para afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, sem, contudo, reflexo na pena definitiva.

No que diz respeito ao emprego de arma, o magistrado de primeiro grau,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao aplicar a referida causa de aumento, assim fundamentou a decisão:

"Na realidade, a presença do simulacro, em época de violência extrema, onde os criminosos matam por prazer e não por necessidade, representa a certeza de que a vítima não irá reagir e com isso a ação nefasta do criminoso é facilitada. Com efeito, em casos como o presente, onde se verifica por depoimentos, declarações e pelo laudo pericial a utilização do simulacro de arma de fogo, a sua capacidade de enganar e acima de tudo a contenção de qualquer reação por parte da vítima, a causa de aumento de pena está provada." (e-STJ fl. 71-72)

Por sua vez, a Corte a quo, ao dirimir a questão, manteve a majorante, em aresto proferido nos seguinte termos, *verbis*:

"Sem prejuízo, data vênia, as minudências agitadas pela Defesa não se mostraram suficientes para desqualificar a prova coligida.

Respeitosamente, na espécie, a infração penal se consumou nos moldes do art. 157, § 2º, I e II, do Cód. Penal.

A prova pericial atestou que a arma seria de brinquedo e poderia ser confundida por original (fl. 64). Em sede de crime de roubo, para a sua qualificação basta o emprego de instrumento que imponha temor ao ofendido a ponto de resistir ao ataque, sendo irrelevante a circunstância de o mesmo ser de brinquedo." (e-STJ fls. 78-79)

Acerca do tema, a melhor interpretação dada à intenção do legislador ao prever a majorante descrita no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, no que pertine ao emprego de arma, é no sentido de que se trata de instrumento apto a lesar a integridade física do ofendido, configurando-lhe perigo real, o que não ocorre nas hipóteses em que o objeto não possui peças essenciais ao seu funcionamento ou configure arma de brinquedo.

Na espécie, o artefato apreendido foi atestado como simulacro de arma de fogo, configurando, assim, apenas a elementar da grave ameaça, imprescindível ao tipo penal de roubo, não sendo suficiente para caracterizar a majorante, pois sendo arma de brinquedo, comprovada a ausência de potencial lesivo do instrumento.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I, E ART. 307, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ATRIBUIÇÃO DE NOME FICTÍCIO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. (3) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA A FORMA TENTADA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (4) CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CP. LAUDO PERICIAL. SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. RECONHECIMENTO DA MAJORANTE. IMPOSSIBILIDADE. (5) REGIME INICIAL FECHADO. PROGRESSÃO PARA O SEMIABERTO. PREJUDICADO. (6) WRIT, EM PARTE, PREJUDICADO E, NO MAIS, 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 Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que a conduta de atribuir-se falsa identidade, perante autoridade policial, para ocultar a condição de foragido, caracteriza o crime do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa.

3. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime de roubo consumado para a forma tentada. (Precedentes).

4. A utilização de arma inidônea, como forma de intimidar a vítima do 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 em apreço.

5. O paciente foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto, sendo forçoso reconhecer que, neste ponto, o objeto do presente writ esvaiu-se.

6. Habeas corpus prejudicado quanto ao regime inicial de cumprimento da pena e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento (art. 157, § 2º, I, do CP) e reduzir a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 293.128/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 16/09/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO, PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL, COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE REFORMOU, EM PARTE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, PARA EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA OU PARA REDUZIR O AUMENTO RELATIVO ÀS MAJORANTES À FRAÇÃO MÍNIMA. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA, QUE ATESTOU A SUA INEFICÁCIA PARA USO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

VI. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 13/12/2010, do EREsp 961.863/RS (Rel. originário Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. para acórdão Min. GILSON DIPP, maioria, DJe de 05/04/2011), pacificou o entendimento no sentido de que, para a incidência da majorante, prevista no art. 157, § 2º, I, do Código, é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo, desde que evidenciada a sua utilização por outros meios de prova, "cabendo ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão". Em igual sentido, consolidou-se o entendimento do STF (HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, maioria, DJe de 05/06/2009).

VII. No caso em apreço, diante da comprovada ausência de potencialidade lesiva da arma empregada no roubo, atestada em laudo pericial, resta indevida a imposição da causa de aumento do art. 157, § 2º, I, do Código Penal. Precedentes.

VIII. Por conseguinte, merece reforma o acórdão ora impugnado, devendo ser restabelecida a sentença, que condenou o paciente às penas de 05 anos e 04 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 13 dias-multa, pela prática do delito de roubo majorado, pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, II, CP), excluía a majorante do emprego de arma.

IX. Habeas corpus não conhecido.

X. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença condenatória.

(HC 250.696/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012)

Assim, a utilização de arma, inapta a efetuar disparos, para intimidar a vítima do delito de roubo não autoriza o reconhecimento da majorante, cuja caracterização está vinculada ao potencial lesivo do instrumento, comprovadamente ausente no caso.

Desse modo, vislumbra-se presente o constrangimento ilegal apontado, devendo-se excluir a majorante referente ao emprego de arma da condenação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente.

Em relação à causa especial de aumento, observa-se que a Corte impugnada manteve a fração da majorante, assim fundamentando:

"Presente duas causas de aumento, relativas ao emprego de arma de fogo e concurso de agentes (art. 157, §2º, I e II, do Cód. Penal), fica preservada a exasperação à razão de 3/8 (três oitavos)." (e-STJ fl. 81)

Verifica-se, assim, que a fração de aumento de pena foi mantida apenas considerando-se a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado e, assim decidindo, as instâncias ordinárias foram contra o enunciado sumular n.º 443 desta Corte Superior, *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".

Assim sendo, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 n. 443 do STJ.

2. No caso dos autos, o juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou que "o roubo foi qualificado pelo concurso de agentes e o emprego de arma, autorizando o aumento de 3/8, totalizando, para cada um, 05 anos e 06 meses de reclusão e 13 dias-multa." O entendimento foi ratificado pela Corte a quo, por ocasião do julgamento da apelação.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da dosimetria, com a readequação da pena final, e para fixar o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial semiaberto de cumprimento de pena.

(HC 297.160/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA EM 3/8. NÚMERO DE QUALIFICADORAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. FRAÇÃO DE AUMENTO REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE.

[...]

IV - A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto em lei, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

V - A aplicação da fração de 3/8 (três oitavos) apenas com base na quantidade de majorantes contraria o entendimento desta Corte consolidado em sua Súmula 443.

VI - Fração de aumento reduzida ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), restando a sanção definitiva fixada em 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezessete) dias-multa.

[...]

VI - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena, nos termos da fundamentação.

(HC 292.606/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 29/08/2014)

Desse modo, presente a ilegalidade deduzida, impõe-se a concessão da ordem, pois não se apontou justificativa idônea que permitisse a adoção da fração escolhida, devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço).

Assim, passando-se à nova dosimetria, tem-se que a pena-base foi reduzida pela Corte *a quo* para 4 (quatro) anos de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, a qual mantém-se inalterada na segunda fase, ainda que presente a atenuante da menoridade relativa, sob pena de malferir o enunciado sumular 231 deste Sodalício.

Na terceira fase, reduzindo-se a fração decorrente das majorantes para 1/3 (um terço), resulta na reprimenda de 05 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No concernente à escolha do modo fechado para início da execução da reprimenda, verifica-se que o magistrado de primeiro grau assim fundamentou a o sistema prisional mais gravoso:

"O acusado demonstrou ousadia e desenvoltura na prática do crime, além de indícios veementes de periculosidade, o que determina o início do cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, o único adequado para punir e educar no presente caso. Anoto que qualquer outro regime, em face das circunstâncias que envolveram a prática do crime e a própria periculosidade do acusado evidenciada na agressão gratuita de uma das vítimas, seria um mero exercício de impunidade." (e-STJ fl. 72).

O Tribunal impetrado, ao negar provimento ao pleito defensivo, manteve o regime fechado, nos seguintes termos:

"Por fim, determinada a reprovação penal, fica mantido o regime prisional em meio fechado, isto porque suficiente diante das peculiaridades do caso, guardada a devida proporção com a gravidade do fato e, ademais, somada a culpabilidade demonstrada.

Nada importa ao regime inicial, portanto, a gravidade da infração penal em termos abstratos ou, de outro modo, considerar somente o quantum da pena.

Desta forma, devidamente justificado os regimes prisionais fixados na r. sentença para o início da execução da pena privativa de liberdade, nos moldes do Cód. Penal, vide os arts. 33, §3º e 59, III, combinados." (e-STJ fl. 81-82).

Do trecho acima transcrito observa-se que o regime inicial fechado foi aplicado apenas com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime de roubo, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando o réu é primário e a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravidade abstrata do delito.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, respectivamente:

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.

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

Por fim, vale registrar que esse também é o entendimento da doutrina majoritária, coincidente com a ensinança do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em sua obra *Código Penal Comentado*:

Pensamos ser muito difícil para o magistrado separar completamente os requisitos do art. 59 em duas fases distintas, conseguindo argumentos suficientes para dar pena mínima, ao mesmo tempo em que extrai outros para estabelecer regime mais severo. Afinal, se o crime é grave - não pela simples descrição típica, mas pelos aspectos fáticos que envolve -, a pena não deveria situar-se no mínimo, atendendo-se ao disposto nos elementos 'circunstâncias e conseqüências do crime', previstos no art. 59.

[...]

Logo, se o réu recebeu pena mínima, porque todas as circunstâncias judiciais eram favoráveis, o fato de ter cometido delito considerado abstratamente grave não é motivo para colocá-lo em regime mais severo.

[...]

*Em síntese: recebendo pena no mínimo, a regra é que o regime seja, também, o mais favorável. Elevando-se a pena acima do piso, é lógico que o magistrado possa estabelecer regime mais rigoroso. Em situações excepcionais, poder-se-ia admitir a pena no mínimo e regime mais severo. Concluindo, o mais importante nesse cenário é a fundamentação da decisão, seja no tocante à fixação do **quantum** da pena privativa de liberdade, seja no que concerne à escolha do regime. (7ª edição, 2007, pp. 298 e 299, Editora Revista dos Tribunais).*

Portanto, fixada a reprimenda em patamar superior a 04 (quatro) anos e inferior a 08 (oito) anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade de todas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais, verifica-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o modo intermediário de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do CP.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de reduzir a reprimenda para 05 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos do aresto impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0177819-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 299.520 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00614841220138260050 11532013 61484122013 614841220138260050

EM MESA

JULGADO: 28/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

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 : NATASHA TEIXEIRA GONÇALVES DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER EDUARDO DA SILVA (PRESO)

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 Gurgel de Faria, 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.