



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.656 - SP (2017/0045879-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX ROSA DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. NÃO INCIDÊNCIA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. SÚMULAS 440 DO STJ, 718 E 719 DO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, malgrado caracterize a grave ameaça configuradora do crime de roubo, não justifica o reconhecimento da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ante a ausência de potencialidade ofensiva do artefato. Precedentes.

4. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

5. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no acórdão ora impugnado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

6. Afastada a incidência da majorante do emprego de arma, deve ser a pena reconduzida ao mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do CP, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto, nos moldes do reconhecido pela sentença.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.656 - SP (2017/0045879-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX ROSA DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **ALEX ROSA DA SILVA**, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 9-11).

Irresignado, o *Parquet* apelou ao Colegiado de origem, pugnando pelo reconhecimento da majorante do emprego de arma de fogo, com o consequente recrudesimento do meio prisional de desconto da pena. O apelo restou provido, à unanimidade de votos, para majorar a reprimenda para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e estabelecer a pena pecuniária de 13 (treze) dias-multa (e-STJ, fls. 24-29).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) é entendimento assente também no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que a utilização de arma desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, caracteriza o emprego de violência, porém, não permite o reconhecimento da majorante de pena, já que esta está vinculada ao potencial lesivo do instrumento"; b) "o paciente é absolutamente primário, menor de 21 anos na data dos fatos, bem como teve as circunstâncias judiciais avaliadas positivamente, como bem se depreende da r. sentença e do v. acórdão, motivo pelo qual, diante da pena de reclusão abaixo dos oito anos, deve ser imposto o regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea b, c/c o artigo 59, ambos do Código Penal" (e-STJ, fls. 1-7).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, a fim de que seja decotado o aumento referente ao emprego de arma de fogo, bem como seja estabelecido o regime prisional semiaberto para o desconto da reprimenda imposta ao ora paciente.

Pleito liminar indeferido (e-STJ, fl. 32).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão parcial da ordem, para estabelecer o regime prisional semiaberto (e-STJ, fls. 54-64).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.656 - SP (2017/0045879-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX ROSA DA SILVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2º, I, DO CP. NÃO INCIDÊNCIA. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. SÚMULAS 440 DO STJ, 718 E 719 DO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.
3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, malgrado caracterize a grave ameaça configuradora do crime de roubo, não justifica o reconhecimento da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ante a ausência de potencialidade ofensiva do artefato. Precedentes.
4. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".
5. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no acórdão ora impugnado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).
6. Afastada a incidência da majorante do emprego de arma, deve ser a pena reconduzida ao mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"c", e 3º, do CP, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto, nos moldes do reconhecido pela sentença.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos do acórdão ora impugnado:

"[...] A arma de fogo foi apreendida e a perícia concluiu que ela era perfeitamente apta para a realização de disparos (fls. 47/49).

A circunstância de a arma estar desmuniada não é causa de exclusão da qualificadora [...]

A pena-base foi fixada no mínimo legal e, aqui, reconhecida a qualificadora do emprego de arma de fogo, deve ser acrescida de 1/3 (um terço), totalizando cinco anos e quatro meses de reclusão e pagamento de treze dias- multa, no piso.

O regime prisional inicial fechado revela-se pertinente, em face da gravidade do crime, praticado com emprego de arma de fogo, circunstâncias que demonstra a periculosidade concreta do agente do crime e tanto intranquiliza a sociedade, exigindo resposta enérgica, com a qual não é suficiente, compatível e adequada solução mais branda" (e-STJ, fls. 27-28).

Com efeito, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo desmuniada, como forma de intimidar a vítima do delito de roubo, malgrado caracterize a grave ameaça configuradora do crime de roubo, não justifica o reconhecimento da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ante a ausência de potencialidade ofensiva do artefato.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. USO DE ARMA DESMUNICIADA. AFASTAMENTO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. JULGADO DO STF EM SENTIDO CONTRÁRIO. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a arma de fogo desmuniada não pode ser considerada para o fim de caracterização da majorante do emprego de arma prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, porque presume-se ausente a sua potencialidade lesiva. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O princípio do livre convencimento do julgador autoriza a escolha de uma vertente jurisprudencial a respeito do tema em questão. A existência de julgado em sentido contrário a precedente desta Corte não é suficiente para a reforma da decisão.

3. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp 1526961/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PREVISTA NO INC. I § 2º DO ART. 157 DO CP. NÃO INCIDÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é sedimentada no sentido de que a utilização de arma desmuniada, como meio de intimidação, serve unicamente à caracterização da elementar grave ameaça, não se admitindo o seu reconhecimento como causa de aumento da pena em questão. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, com a consequente redução da pena final para 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório."

(HC 376.263/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016, grifou-se).

Ademais, de acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

In casu, malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no acórdão ora impugnado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. **REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: 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.

4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir, à fração de 1/3, o aumento da pena do paciente, decorrente das majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 381.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017, grifou-se)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE RECLUSÃO DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- 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 (enunciado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

- No caso dos autos, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final ter sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas em elementos inerentes ao próprio tipo penal, e no fato de o paciente estar preso por outro processo, ainda em curso, fundamento igualmente inidôneo. Incidem, ao caso, assim, os referidos enunciados sumulares.

- *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar regime inicial aberto."

(HC 381.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017, grifou-se)

Nesse passo, afastada a incidência da majorante do emprego de arma, deve ser a pena reconduzida ao mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão. Assim, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto, nos moldes do reconhecido pela sentença.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, para restabelecer a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime prisional aberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0045879-0

HC 390.656 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00039534720158260292 2015000762 20160000730863 39534720158260292 7622015

EM MESA

JULGADO: 01/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEX ROSA DA SILVA

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.