



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.778 - SP (2015/0137880-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARIO RAMOS DA SILVA
PACIENTE : SILAS LIMA SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO TENTADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO FUNDAMENTADA NA UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. ILEGALIDADE. PENA QUE JÁ HAVIA SIDO RECONDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA 231/STJ. DESNECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RÉUS PRIMÁRIOS, CONDENADOS A PENAS NÃO SUPERIORES A 4 ANOS E AFASTADA A ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 440/STJ. ADEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o uso de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito, razão pela qual a Súmula 174/STJ foi cancelada.

3. No caso, as penas dos réus foram reconduzidas ao mínimo legal em virtude da existência de circunstância atenuante, razão pela qual, em face do óbice da Súmula 231/STJ, o reconhecimento de ilegalidade na exasperação da pena-base não enseja o redimensionamento das respectivas penas.

4. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (Súmula 440/STJ).

5. Hipótese em que os pacientes, primários, foram condenados a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e a única circunstância judicial desfavorável foi reconhecida como inidônea, razão pela qual fazem jus ao regime inicial aberto.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto.

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

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.778 - SP (2015/0137880-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DARIO RAMOS DA SILVA
PACIENTE : SILAS LIMA SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DARIO RAMOS DA SILVA e SILAS LIMA SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0037924-07.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados às penas de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, c/c 14, inciso II, do Código Penal (e-STJ fls. 8/11).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, o qual foi improvido (e-STJ fls. 13/19).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/5), a impetrante sustenta que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, pois mantida sentença que exasperou a pena-base de cada acusado sem fundamentação idônea. Afirma que a utilização de simulacro de arma de fogo é elemento constitutivo do delito de roubo e não pode ser utilizada para exasperar a pena. Em consequência, com base na pena aplicada ser inferior a quatro anos e tornando-se inteiramente favoráveis as circunstâncias judiciais dos pacientes, defende cabível o regime aberto.

Ao final, formulou pedido liminar para que os pacientes aguardassem em liberdade ou no regime aberto o julgamento definitivo do *habeas corpus* e, no mérito, pede a fixação do regime inicial aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 22/23).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 32/35, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. PRECEDENTES DO STJ E STF. ROUBO MAJORADO. SIMULAÇÃO DE ARMA DE FOGO. UTILIZAÇÃO PARA MAJORAR A PENA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM CONFIGURADO. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. PELO NÃO CONHECIMENTO. PELA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.778 - SP (2015/0137880-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de ilegalidade na utilização de simulacro de arma de fogo para exasperar as penas dos pacientes e, em consequência, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento do regime inicial aberto.

Na fixação das penas dos pacientes, consignou o Juízo sentenciante (e-STJ fl. 11):

Passo à dosagem das sanções. Ambos os réus são primários e sem antecedentes. A simulação de porte de arma, contudo, indica maior extensão dos dolos e incrementa a reprovabilidade da conduta social, sendo inegável o maior poder de intimidação que a ação preordenada causa. Assim, aumento em 1/6 as penas-base, utilizando critérios do art. 59 do Código Penal. Na segunda fase, por conta das confissões, reduzo ao mínimo legal novamente as reprimendas.

O Tribunal de origem, por sua vez, asseverou (e-STJ fls. 16/17):

Não se redimensiona a dosimetria penal aplicada.

A douta Defensoria se insurge contra o alteamento das penas na etapa basilar porque a simulação do porte de arma de fogo representaria a grave ameaça ínsita ao tipo penal.

Travar discussão em relação à matéria na presente hipótese, com a devida vênia, é inócuo, pois a pena foi reconduzida ao piso na segunda etapa com a incidência da atenuante da confissão. E ainda que fosse o caso de redução da pena, não teria a atenuante o condão de conduzi-la a patamar aquém do mínimo legal, a teor da Súmula nº 231 do STJ.

Não obstante, a fim de que não haja omissão em relação à matéria, cumpre registrar que a simulação de porte de arma de fogo é, inquestionavelmente, capaz de produzir abalo psíquico muito mais acentuado nas vítimas, sobressaindo como elemento que acentua o desvalor da conduta de ambos os recorrentes. Ao que consta, o modus operandi produziu tamanho temor psíquico na vítima que ela chegou chorando ao local onde os milicianos havia realizado a prisão em flagrante, tudo a propalar a intensidade e vulto do dolo na conduta dos agentes. Com apurado fundamento, é de ser mantida a majoração nesta etapa à razão de 1/6 (um sexto).

Consoante registrado, o Juízo sentenciante entendeu que a pena deveria ser atenuada pela confissão de ambos os agentes, nada obstante tenham sido presos em flagrante, em nada contribuindo com a apuração da verdade real. Não seria, pois, o caso de se reconhecer espontaneidade na confissão, porque os apelantes não deixaram um estado omissivo para confidenciar o crime perante as Autoridades competentes. No entanto, tratando-se de recurso exclusivo da Defesa, nada há que fazer senão o registro.

Assim, verifica-se que as instâncias ordinárias utilizaram como único



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento para a exasperação das penas dos pacientes, na primeira fase da dosimetria, a utilização de simulacro de arma de fogo.

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o uso de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito, razão pela qual a Súmula 174/STJ foi cancelada no julgamento do REsp 213.054/SP (Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 11/11/2002), cuja ementa segue transcrita:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO I, § 2º, DO ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULA Nº 174/STJ. CANCELAMENTO.

O aumento especial de pena no crime de roubo em razão do emprego de arma de brinquedo (consagrado na Súmula 174-STJ) viola vários princípios basilares do Direito Penal, tais como o da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal e art. 1º, do Código Penal), do ne bis in idem, e da proporcionalidade da pena.

Ademais, a Súm. 174 perdeu o sentido com o advento da Lei 9.437, de 20.02.1997, que em seu art. 10, § 1º, inciso II, criminalizou a utilização de arma de brinquedo para o fim de cometer crimes.

Cancelamento da Súm. 174-STJ.

Recurso conhecido mas desprovido.

No mesmo sentido, seguem recentes julgados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, EXTRAORDINÁRIO E REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL. JULGAMENTO DE RECURSO POR CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE LASTREADA EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE DIANTE DO EMPREGO DE SIMULACRO. INADMISSIBILIDADE. ELEMENTAR DO PRÓPRIO DELITO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. ATENUAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. O emprego de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo apto à exasperação da pena do crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito de roubo.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir a pena no mínimo legal e fixar o regime aberto.

(HC 149.337/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 6/11/2015)

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE BRINQUEDO. MAJORANTE DESCARACTERIZADA. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULAS 440 DO STJ E 719 DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

02. "A Terceira Seção desta Corte firmou entendimento de que o uso de arma de brinquedo na prática do delito de roubo não acarreta a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, cancelando, assim, o enunciado n. 174 da Súmula do STJ" (HC 228.827/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/05/2012).

[...]

05. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas aplicadas ao paciente e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento inicial.

(HC 271.922/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO, Quinta Turma, DJe 13/4/2015)

Assim, resulta inidôneo o fundamento adotado pelas instâncias ordinárias para exasperar as penas dos pacientes na primeira fase da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, no caso, as penas dos réus foram reconduzidas ao mínimo legal em virtude da existência de circunstância atenuante, razão pela qual, em face do óbice da Súmula 231/STJ, o reconhecimento de ilegalidade na exasperação da pena-base não enseja o redimensionamento das respectivas penas.

Não obstante a impossibilidade de redução das penas, afastada a única circunstância judicial apontada como desfavorável aos réus, resulta imperativa a readequação do regime prisional, na esteira do entendimento consolidado na Súmula 440/STJ, *in verbis*: "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".

Afinal, considerando o *quantum* das condenações (3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão), a primariedade dos pacientes e ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, resulta cabível o regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ressalte-se, por oportuno, em contrariedade à manifestação ministerial, que o aumento da pena pelo reconhecimento da qualificadora do concurso de pessoas não foi ponderada em nenhuma outra fase da dosimetria, não havendo falar em *bis in idem*.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime prisional aberto.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0137880-1

HC 326.778 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00379240720148260050 20150000283378 379240720148260050

EM MESA

JULGADO: 03/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: VIVIAN MARIA LOPES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DARIO RAMOS DA SILVA
PACIENTE	: SILAS LIMA SANTOS

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