



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.409 - SP (2011/0251492-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN COELHO - DEFENSORA PÚBLICA E
OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ MÁRCIO BARBOSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA CARACTERIZAÇÃO DA MAJORANTE. DEPOIMENTO FIRME DA VÍTIMA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CONDIÇÃO INSUFICIENTE PARA ESTABELECIMENTO DE REGIME MENOS GRAVOSO. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. AFASTADA SÚMULA N. 440/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– É pacífico o entendimento dessa Corte Superior, no sentido de que a incidência desta majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, sobretudo, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas (ERESP N.º 961.863/RS).

– Restando firme o depoimento da vítima acerca da existência de arma de fogo, a ausência de apreensão e posterior perícia, não afasta a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

– O pedido de modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda não foi submetido ao apreciado perante a Corte Estadual, circunstância que impede o conhecimento do tema, vedada a supressão de instância. Precedentes.

– Ainda que superado o óbice da supressão, o fato da pena-base do paciente ter sido estabelecida no mínimo legal e condição necessária, mas não suficiente para o estabelecimento de regime menos gravoso, pois a escolha do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

– Destacaram as instâncias ordinárias que o delito foi perpetrado com ousadia e acentuada periculosidade - roubo com emprego de arma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fogo e ameaças de que "estou a fim de matar um", destacando ainda a reiteração delitiva do acusado em crimes patrimoniais, circunstâncias concretas que afastam a aplicação da Súmula n. 440 desta Corte Superior.

– Indene de dúvida que o crime praticado com emprego de arma de fogo expressa maior periculosidade do agente e, ainda que tal fato não possa ser aferido no exame das circunstâncias judiciais na primeira fase de aplicação da pena, por constituir fato de análise em fase posterior, não se obsta o reconhecimento de que o roubo foi cometido em circunstância mais gravosa, apta a ensejar a imposição de regime fechado para o cumprimento da sanção penal.

Habeas Corpus não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 04 de junho de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.409 - SP (2011/0251492-3)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN COELHO - DEFENSORA PÚBLICA E
OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ MÁRCIO BARBOSA

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Cuida-se de *habeas corpus* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação interposto em favor de JOSÉ MÁRCIO BARBOSA.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, tendo o Tribunal *a quo* negado provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (*fls.* 20):

ROUBO - Quadro probatório que se mostra seguro e coeso para evidenciar materialidade e autoria - Causa de aumento pelo emprego de arma de fogo - Instrumento eficaz para intimidar a vítima - Arma de fogo não apreendida - Irrelevância - Sentença condenatória - Pena mínima fixada - Recurso improvido - (voto n. 11266).

Neste Superior Tribunal de Justiça, requer o afastamento da causa de aumento de pena consistente no emprego de arma de fogo, sustentando-se não estar configurada a majorante, tendo em vista não ter a arma sido apreendida, tampouco submetida à indispensável perícia para constatar sua potencialidade lesiva. Pugna, ainda, pela devida individualização da pena, o que não foi observado no julgamento, bem como não foram atendidos os preceitos do art. 33 do Código Penal, devendo ser abrandado o regime inicial de cumprimento da pena.

Liminar indeferida à fl. 31.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 40-67.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 71-73, opinou pela concessão parcial da ordem, a fim de que seja fixado o regime semiaberto.

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.409 - SP (2011/0251492-3)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, considerando que o *writ* foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do *habeas corpus* substitutivo, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

No caso sob apreciação, a defesa pugna pela exclusão da causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, ao argumento de que a arma não foi apreendida e periciada. Todavia é pacífico o entendimento dessa Corte Superior, no sentido de que a incidência desta majorante prescinde de apreensão e perícia da arma, sobretudo, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

O Magistrado de primeiro grau, analisando a questão, destacou que (fl. 11-17:

Segundo restou comprovado, a vítima estava hospedada no hotel, quando teve seu quarto invadido pelo acusado que empunhava uma arma e anunciou o assalto. O agente obrigou a vítima a se despir e entregar seus pertences. Nesse sentido, suas declarações prestadas em juízo, ocasião em que reconheceu o acusado como autor do crime e ainda narrou detalhes da abordagem ao afirmar que o réu dizia "estou a fim de matar um".

Nesse contexto, restando firme o depoimento da vítima acerca da existência de arma de fogo, a ausência de apreensão e posterior perícia, não afasta a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Nesse sentido:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, §



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só -- desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe 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.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria. (REsp 961863/RS, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado Do TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, julgado em 13/12/2010, DJe 6/4/2011).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. CONCESSÃO DE OFÍCIO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS.

1. Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I. do § 2.º. do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, com indicação das provas constantes nos autos. O reexame dessa conclusão só seria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível com o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

(...)

7. Ordem de habeas corpus denegada. Habeas corpus concedido, de ofício, para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo-se a reprimenda do Paciente para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, bem como estabelecer o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva imposta. (HC 191.175/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 3/12/2012).

No tocante à escolha do regime inicial de cumprimento da reprimenda, constata-se que o tema não foi submetido ao apreciado perante a Corte Estadual, circunstância que impede o conhecimento do tema, vedada a supressão de instância.

São precedentes nossos:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO PELA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDE- NATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS AUTORIZADORAS PRESENTES. POSTULAÇÃO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO E REGIME INICIAL MAIS BRANDO. ANÁLISE DE MATÉRIAS NÃO DEBATIDAS NA ORIGEM. OCORRÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES.

(...)

2. O pedido recursal, com relação à substituição da pena e o abrandamento do regime inicial para o desconto da reprimenda, sob o argumento da razoabilidade e individualização da pena, não é capaz de superar o óbice da ausência de debates na origem, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição.

3. Recurso em Habeas corpus, em parte conhecido, e nesta extensão a que se nega provimento. (RHC 36.186/SP, Rel. Ministro Campos Marques – Desembargador convocado do TJ/PR, DJe 8/5/2013).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR E DEFINITIVA. MAUS ANTECEDENTES CARACTERIZADOS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. 3. UTILIZAÇÃO DA MESMA REGRA EM MAIS DE UMA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO PACÍFICO DESTE TRIBUNAL SUPERIOR. 4.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS RIGOROSO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO, NOS TERMOS DO ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

4. O pedido de aplicação de regime prisional menos rigoroso, para o início de cumprimento da pena, não foi sequer apreciado pela Corte de origem, sendo, portanto, vedada a sua análise diretamente por este Tribunal Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

Ademais, o quantum de pena aliado à existência de circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes - e à quantidade e qualidade da droga apreendida justificam a fixação do regime prisional mais severo, nos moldes estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 251.708/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 8/5/2013).

Ainda que superado o óbice, a jurisprudência desta Corte entende a escolha do regime inicial de cumprimento da pena ela não está atrelada, unicamente, à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada ao condenado, devendo ser considerada as peculiaridades e a gravidade concreta do delito na sua fixação.

No ponto, o magistrado de primeiro grau fixou a pena-base no mínimo legal, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, todavia determinou que o regime de cumprimento da reprimenda fosse o fechado afirmando que (fl. 17):

O réu iniciará o cumprimento da pena corporal em regime fechado. Justifico a medida em razão da gravidade do delito e da periculosidade do agente que se utilizou de arma de fogo para a prática da infração. A imposição se mostra necessária pela situação delicada da comarca quando à violência desenfreada e a criminalidade crescente, que há muito foi obrigada a suprimir traço de tranqüilidade e paz social. Deve ser levado, em conta que tal tipo de transgressão deve ter reprimenda equivalente para cumprir fielmente a finalidade da pena, ou seja, a justa reprovação e prevenção da infração. Não se pode desprezar que o réu já se envolveu em várias infrações patrimoniais, a demonstrar que somente a pena e um regime mais gravoso constituem meios para afastar o réu, em definitivo, da seara criminal.

Como visto, o Juiz de primeiro grau destacou que o delito foi perpetrado com ousadia e acentuada periculosidade - roubo com emprego de arma de fogo e ameaças de que "estou a fim de matar um", destacando ainda a reiteração delitiva em crimes patrimoniais, circunstâncias concretas que afastam a aplicação da Súmula n. 440 desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte Superior. Sendo assim, pode-se apontar que a fixação da pena-base no mínimo legal é condição necessária, mas não suficiente, para o regime mais brando ou intermediário, sendo de rigor, no caso, a imposição do regime estabelecido pelas instâncias originárias.

Indene de dúvida que o crime praticado com emprego de arma de fogo expressa maior periculosidade do agente e, ainda que tal fato não possa ser aferido no exame das circunstâncias judiciais na primeira fase de aplicação da pena, por constituir fato de análise em fase posterior, não se obsta o reconhecimento de que o roubo foi cometido em circunstância mais gravosa, apta a ensejar a imposição de regime fechado para o cumprimento da sanção penal.

Dessa maneira, é evidente que o agente que se utiliza de arma de fogo para subtrair bens da vítima atua com ousadia e periculosidade extremadas, o que torna a infração mais grave e reprovável, de modo que o regime fechado se torna o mais adequado para a reprovação da conduta. É importante ressaltar que a aplicação de mesma reprimenda para aqueles que praticam o crime de roubo com arma branca e àqueles que o cometem com o emprego de arma de fogo implicaria em verdadeiro estímulo à conduta mais gravosa.

Em situações como a presente, eis compreensão firmada por esta Corte:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA. REGIME FECHADO MOTIVADO NA PERICULOSIDADE DOS PACIENTES E NO ACENTUADO GRAU DE CENSURABILIDADE DA CONDOTA. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no afã de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente, a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Impossibilidade de fixação do regime intermediário para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na resposta penal, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo e do concurso de pessoas, circunstâncias que evidenciam a acentuada periculosidade dos pacientes. Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico o agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 258.075/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 1º/2/2013).

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. AMPARO EM ELEMENTOS CONCRETOS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal de 1/3 (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte.

6. A fixação da pena-base no mínimo legal é condição necessária, mas não suficiente, para o estabelecimento do regime inicial mais brando ou intermediário. In casu, a despeito de, na primeira fase da dosimetria, as penas-base encontrarem-se no mínimo, quando do esclarecimento do regime inicial, foi invocada circunstância concreta do cometimento do delito: ousadia dos criminosos, com emprego de arma de fogo e concurso de agentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas privativas de liberdade dos pacientes para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal. (HC 256.250/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 17/12/2012).

Diante do exposto, não conheço do habeas corpus.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.409 - SP (2011/0251492-3)

VOTO-VENCIDO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JOSÉ MARCIO BARBOSA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0070733-60.2008.8.26.0050.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, às penas de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, vedado o recurso em liberdade. Inconformada, a Defesa interpôs apelação criminal, à qual o Tribunal de origem negou provimento.

Nas razões do *writ*, pleiteia-se, em síntese, o afastamento da majorante relativa ao emprego de arma, bem como a alteração do regime prisional para o semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 31.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 40/42, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 71/73, opinando pela concessão parcial da ordem de *habeas corpus*, a fim de alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto.

Quanto ao pedido de afastamento da causa de aumento de pena, acompanho o voto da eminente Relatora para não conhecer do *writ*, mormente em razão do entendimento pacificado pela Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do EREsp 961.863/RS.

Já no tocante ao regime prisional, consignou a eminente Ministra-Relatora o que se segue:

"No tocante à escolha do regime inicial de cumprimento da reprimenda, constata-se que o tema não foi submetido ao apreciado perante a Corte Estadual, circunstância que impede o conhecimento do tema, veda a supressão de instância.

[...]

Ainda que superado o óbice, a jurisprudência desta Corte entende a escolha do regime inicial de cumprimento da pena ela não está atrelada, unicamente, à quantidade da pena privativa de liberdade aplicada ao condenado, devendo ser considerada as peculiaridades e a gravidade concreta do delito na sua fixação.

No ponto, o magistrado de primeiro grau fixou a pena-base no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, todavia determinou que o regime de cumprimento da reprimenda fosse o fechado afirmando que (fl. 17):

O réu iniciará o cumprimento da pena corporal em regime fechado. Justifico a medida em razão da gravidade do delito e da periculosidade do agente que se utilizou de arma de fogo para a prática da infração. A imposição se mostra necessária pela situação delicada da comarca quando à violência desenfreada e a criminalidade crescente, que há muito foi obrigada a suprimir traço de tranquilidade e paz social. Deve ser levado, em conta que tal tipo de transgressão deve ter reprimenda equivalente para cumprir fielmente a finalidade da pena, ou seja, a justa reprovação e prevenção da infração. Não se pode desprezar que o réu já se envolveu em várias infrações patrimoniais, a demonstrar que somente a pena e um regime mais gravoso constituem meios para afastar o réu, em definitivo, da seara criminal.

Como visto, o Juiz de primeiro grau destacou que o delito foi perpetrado com ousadia e periculosidade - roubo com emprego de arma de fogo e ameaças de que 'estou a fim de matar um', destacando ainda a reiteração delitiva em crimes patrimoniais, circunstâncias concretas que afastam a aplicação da Súmula n. 440 desta Corte Superior. Sendo assim, pode-se apontar que a fixação da pena-base no mínimo legal é condição necessária, mas não suficiente, para o regime mais brando ou intermediário, sendo de rigor, no caso, a imposição do regime estabelecido pelas instâncias ordinárias.

Indene de dúvida que o crime praticado com emprego de arma de fogo expressa maior periculosidade do agente e, ainda que tal fato não possa ser aferido no exame das circunstâncias judiciais na primeira fase de aplicação da pena, por constituir fato de análise em fase posterior, não se obsta o reconhecimento de que o roubo foi cometido em circunstância mais gravosa, apta a ensejar a imposição de regime fechado para o cumprimento da sanção penal.

Dessa maneira, é evidente que o agente que se utiliza de arma de fogo para subtrair bens da vítima atua com ousadia e periculosidade extremadas, o que torna a infração mais grave e reprovável, de modo que o regime fechado se torna o mais adequado para a reprovação da conduta. É importante ressaltar que a aplicação da mesma reprimenda para aqueles que praticam o crime de roubo com arma branca e àqueles que o cometem com o emprego de arma de fogo implicaria em verdadeiro estímulo à conduta mais gravosa."

Pedindo todas as vênias àqueles que ao contrário de mim decidem, entendo que a pretensão defensiva, no ponto, enseja a concessão de *habeas corpus*.

Somente se consideradas as circunstâncias judiciais de forma desfavoráveis, com fundamentos idôneos, poderia ter sido mantido regime prisional mais severo.

Porém, o fato do crime ser circunstanciado pelo emprego de arma de fogo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

admite a fixação de regime mais gravoso, que equivale a agravar a pena do Condenado com justificativa tão somente na gravidade abstrata da conduta cometida e na opinião pessoal do julgador.

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, a propósito, há muito ratifica o que ora consigno, v.g.: "se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese" (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

A Excelsa Corte, inclusive, editou os seguintes verbetes:

"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." (Súmula n.º 718 – sem grifos no original.)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena APLICADA permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

Por isso, com base em tais súmulas, foram proferidos, **recentemente**, os seguintes julgados pela Suprema Corte, v.g.:

"Processual penal e constitucional. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, 'd' e 'i'. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Roubo triplamente circunstanciado – Art. 157, § 2º, I, II e V. Fixação do regime inicial fechado. Pena-base fixada no mínimo legal. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Incongruência. Réu não reincidente. Pena compatível com o regime semiaberto. Ausência de fundamentação para a imposição de regime mais gravoso que o previsto segundo a pena fixada – Súmula 719/STF. Opinião do julgador a respeito da gravidade in abstracto do crime – Súmula 718/STF. Excepcionalidade que justifica a concessão, ex officio, da ordem.

1. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está inserido em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

2. Contudo, há excepcionalidade que justifica a concessão, ex officio, da ordem, porquanto: a) o paciente foi condenado pelo crime de roubo triplamente circunstanciado (CP, art. 157, § 2º, I, II e V) à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, tendo o juiz fixado a pena-base no mínimo legal, bem assim a pena de multa, à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis, invocando, para a imposição do regime mais gravoso, "o emprego de violência e grave ameaça à pessoa", que, longe de constarem do rol de circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais do art. 59 do Código Penal, a que se refere o § 3º do art. 33 do mesmo Estatuto, integram a estrutura típica do crime de roubo; b) considerada a pena-base fixada em quatro anos e não excedente a oito, em relação a réu não reincidente (§ 2º, b, do art. 33), bem como a ausência de indicação de quaisquer das circunstâncias desfavoráveis do art. 59 do Código Penal, a fixação do regime semiaberto é impositiva; c) o regime mais gravoso do que o permitido segundo a pena aplicada exige motivação idônea (Súmula 719), e a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não justifica a imposição de regime mais gravoso que o previsto em lei (Súmula 719); d) in casu, o juiz incorreu em manifesta incongruência ao fixar a pena-base em 4 (quatro) anos, ou seja, no mínimo legal cominado para o tipo, à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis e não se tratando de réu reincidente, para, alfim, estabelecer o regime fechado. Cf. nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte: HC nº 83.509, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 21.11.03, e HC 85.108, Rel. o Min. Eros Grau, DJ de 8/4/2005.

3. Ordem de habeas corpus julgada extinta por inadequação da via processual, mas concedida, ex officio, em consonância com os pareceres dos Órgãos do Ministério do Público Federal oficiantes no STJ e nesta Corte, para que o paciente inicie o cumprimento da pena no regime semiaberto." (HC 109.344/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, DJe de 11/10/2012 – grifei.)

"HABEAS CORPUS MANEJADO CONTRA DECISÃO INDEFERITÓRIA DE LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DO MÉRITO. CONHECIMENTO DESTE WRIT. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAIS. PACIENTE CONDENADO POR ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO ANTERIOR AO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA PELO STJ. MATÉRIA PREJUDICADA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PENA INFERIOR A OITO ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. MAJORAÇÃO DA PENA DECORRENTE DA PRESENÇA DE TRÊS CAUSAS DE AUMENTO E DO MODO DE EXECUÇÃO DA CONDUTA DELITUOSA. RAZOABILIDADE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

I – O Superior Tribunal de Justiça concedeu parcialmente a ordem, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Nessa parte, este habeas corpus está prejudicado.

II – Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

III – A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial. Precedentes.

IV – A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido da impossibilidade da fixação de regime prisional mais gravoso, quando a sentença condenatória é desprovida de fundamentação ou motivada na gravidade em abstrato do crime. Incidência das Súmulas 718 e 719 do STF.

V – É ilegal a fixação de regime fechado quando a pena estabelecida em patamar inferior a oito anos, e inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis contra o paciente ou fatos concretos a justificarem a decisão.

VI – A majoração da reprimenda em 2/5 decorreu da presença de três causas de aumento (§ 2º do art. 157 do CP) e pelo modo de execução da conduta delituosa.

VII – A reprimenda fixada, definitivamente, em 7 anos de reclusão (num intervalo que varia de 4 a 10 anos) não desbordou os lindes da proporcionalidade e da razoabilidade, não havendo, a meu ver, flagrante ilegalidade ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem, sendo certo que não se pode utilizar o habeas corpus para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado foi o paciente (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia).

VIII – Habeas corpus prejudicado em parte e, nessa extensão, concedida parcialmente a ordem, apenas para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente." (HC 111.959/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 16/08/2012.)

No mesmo sentido, ainda, a Súmula n.º 440/STJ: "**[f]ixada 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**" (grifei).

No mais, relembre-se que a edição de súmulas é apenas o último passo no processo de uniformização da jurisprudência, que se dá após inúmeras discussões e divergências acerca do sentido e alcance de dispositivos dentre os próprios ministros, em diversos órgãos julgadores.

O acolhimento de posições pacificadas ou sumuladas pelos tribunais superiores ou pelo Supremo Tribunal Federal – vinculantes, ou não – está longe de significar um "engessamento" da atividade judicante. O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provoca a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prosseguindo, consigne-se que a lei n.º 11.276/2006, ao alterar o 1.º, do art. 518, do Código de Processo Civil, estabeleceu que "[o] juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal" (sublinhei).

Com efeito, vê-se que o Legislador Pátrio, atento à necessidade de se racionalizar o sistema jurídico Pátrio, conferiu às súmulas editadas pelo Pretório Excelso e por esta Corte Superior natureza dispositiva, que inclusive impedem o recebimento de recurso, se observada a Jurisprudência do STF e do STJ. Infere-se, assim, que tais súmulas não têm mero papel indicativo, devendo ser observadas pelos diversos Órgãos jurisdicionais do País.

Reproduzo ainda, por relevante, a percuciente lição do ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni, o qual, em artigo publicado no site da Revista Consultor Jurídico na internet, em 10 de abril de 2012, advertiu o que se segue:

"Uma "Corte de Precedentes", ao exercer sua função de colaborar com a construção do direito, não pode se desligar do seu dever de tutelar a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais. A Corte deixa, assim, de objetivar apenas a tutela do litigante mediante a correção da interpretação do direito e passa a estar consciente de sua missão de revelar o sentido do direito, bem como de sua responsabilidade perante o futuro.

*A Corte tem função proativa, prevenindo agressões ao Direito e permitindo a sua evolução e transformação. **Se o STJ tem a função de dar unidade ao direito federal mediante a instituição de precedentes, os seus ministros e turmas, assim como os tribunais inferiores, deles não podem divergir. O precedente pode ser revogado pela Corte quando presentes circunstâncias que assim aconselhem, tomando-se a cautela de não violar a confiança justificada dos jurisdicionados, mediante a atribuição, se for o caso, de efeitos prospectivos à decisão revogadora.***

Por sua vez, os tribunais inferiores, diante do precedente, devem bem operar com a técnica da distinção (distinguishing), evitando aplicar o precedente em face de casos diversos. Tem-se, nesta dimensão, verdadeira unidade do direito federal, real dignidade das decisões da Corte, evitando-se a violação da segurança jurídica e da igualdade perante o direito. Como consequência, há tutela jurisdicional muito mais tempestiva e barata [...], evitando-se a litigiosidade diante da solução já expressa no precedente.

[...].

É preciso que o sentido do direito federal tenha estabilidade e que os precedentes sejam criados e revogados apenas quando necessário em face da evolução da concepção geral do direito e da própria realidade social. Com isso a vida dos processos não ultrapassará, em regra, o segundo grau de jurisdição, priorizando-se a tempestividade da tutela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisdicional, a economia de gastos financeiros e a racionalidade do serviço dos Tribunais e do próprio STJ, além de – e isto é mais importante – a coerência da ordem jurídica, a segurança e a igualdade perante o direito. [...]”.

(<http://www.conjur.com.br/2012-abr-10/primeiro-grau-efetividade-stj-cumpra-papel> – acessado em 12 de abril de 2012; grifei.)

Assim, concluindo, considerado o *quantum* da pena imposta, incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"* e que *"[a] determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código"*.

Ante o exposto, acompanho a conclusão da eminente Relatora para NÃO CONHECER do *habeas corpus*, já que não há ilegalidade quanto ao reconhecimento da majorante relativa ao emprego de arma de fogo. Entretanto, CONCEDO ordem de *habeas corpus ex officio*, para fixar como regime inicial de cumprimento da reprimenda o semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0251492-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 222.409 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13452008 50080707335 707336020088260050 990090693797

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FLÁVIA QUINTAES LOUVAIN COELHO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ MÁRCIO BARBOSA

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 maioria, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Votou vencida a Sra. Ministra Laurita Vaz.