



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.790 - SP (2019/0220063-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER
ADVOGADO : FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO FRANCISCO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3 AGENTES ENVOLVIDOS NA EMPREITADA CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.

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, como no caso dos autos, ressaltando-se, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Segundo o enunciado n. 443 da Súmula do STJ, "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".

Na hipótese dos autos, a pena foi aumentada em 3/8, com fundamento no elevado número de agentes (três). Tal circunstâncias revela a maior gravidade concreta da conduta delitiva, nos termos do referido enunciado.

3. O enunciado n. 440 da Súmula do STJ afirma que, "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".

No caso dos autos, embora a pena não tenha ultrapassado 8 anos, o regime fechado foi devidamente fundamentado pelas instâncias ordinárias, tendo em vista a maior gravidade do delito, evidenciada pelo *modus operandi*, visto que o paciente praticou o crime em plena via pública, em concurso com mais dois agentes, atingiu mais de uma vítima e, especialmente, com o emprego de arma de fogo, artefato que possui grande potencial lesivo.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 03 de setembro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.790 - SP (2019/0220063-2)

IMPETRANTE : FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER
ADVOGADO : FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RODRIGO FRANCISCO DA SILVA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de RODRIGO FRANCISCO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação n. 1500392-77.2018.8.26.0536.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, e no art. 157, § 2º, II, c.c. o art. 14, II, na forma do art. 71, todos do Código Penal – CP (roubos circunstanciados consumado e tentado).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal *a quo* deu provimento ao recurso para reduzir a pena para 6 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, mantido o regime fechado.

No presente *writ*, a impetrante alega que o aumento na terceira fase da dosimetria foi estabelecido em patamar acima do mínimo legal, com base apenas no número de majorantes, desrespeitando, assim, o enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Alega, também, afronta ao enunciado n. 440 da Súmula do STJ, sob o fundamento de que o regime mais gravoso teria sido fixado pelo Magistrado sentenciante e ratificado pelo Tribunal de origem com base na gravidade abstrata do delito.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a redução da fração de aumento na terceira etapa da dosimetria para o patamar mínimo de 1/3, bem como a alteração do regime prisional dos ora pacientes para o semiaberto.

Indeferido o pedido de liminar e prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* e, se conhecido,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA QUESTÃO DE FUNDO PARA FINS DE VERIFICAÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL), POR DUAS VEZES, E TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II C.C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DECORRENTE DAS MAJORANTES EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE REVELAM A MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO PARA PENA- BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PRECEDENTES DESSA CORTE SUPERIOR. PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM (fl. 69).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 523.790 - SP (2019/0220063-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, como no caso dos autos, ressalvando-se, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a primeira refere-se ao *quantum* de aumento da pena em razão da incidência das majorantes previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal – CP, os quais, ao tempo do crime, assim dispunham:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - [...]

*§ 2º - A pena aumenta-se de **um terço até metade**:*

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

[...]

Segundo o enunciado n. 443 da Súmula do STJ, "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".

Na hipótese dos autos, a pena foi aumentada em 3/8, com fundamento, sobretudo, no elevado número de agentes (três). Tal circunstância revela a maior gravidade concreta da conduta delitiva, nos termos do referido enunciado.

Confirmam-se, aliás, os seguintes trechos do acórdão impugnado:

[...]

Na derradeira fase do cálculo, pelas causas de aumento do emprego de arma e concurso de pessoas, as penas foram exasperadas em 3/8 (três oitavos), aumento este que se mostra, no caso concreto, adequado para a reprovação dos delitos cometidos contra as vítimas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lilian e Ronivon, observada não só a duplicidade de majorantes, **mas também o número de agentes (três)**, além do emprego de uma arma de fogo na consecução desses ilícitos, de alto poder vulnerante e de intimidação, a demonstrar maior reprovabilidade na conduta do acusado e justificar a exasperação, ficando em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no piso legal.

[...]

O regime inicial fechado deve, a meu ver, ser preservado, tendo em conta a gravidade concreta das condutas perpetradas pelo acusado, que revelou ousadia e periculosidade diferenciada ao abordar as vítimas no portão da residência delas, fazendo uso de uma arma de fogo em duas oportunidades, de elevado poder vulnerante e de intimidação, para a consecução dos ilícitos, não merecendo, bem por isso, iniciar a sanção corporal em regime prisional mais brando, que não se mostra, na espécie, suficiente à prevenção e reprovação dos delitos praticados (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal) (fls. 32/33).

A propósito, cito os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8 NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO QUE TAMBÉM SE ALICERÇOU NA GRAVIDADE CONCRETA DO TIPO PENAL VIOLADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- É de ser mantida a fração de aumento de 3/8, ante as majorantes do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pois as instâncias ordinárias fundamentaram a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do delito - a participação de mais de dois agentes no momento da empreitada -, circunstâncias que justificam o emprego da fração escolhida. Precedentes.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. (HC 391.273/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 1/6/2017, DJe 8/6/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1) UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. 2) DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA EM 3/8 NA TERCEIRA FASE. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO E ELEVADO NÚMERO DE AGENTES QUE PARTICIPARAM DA EMPREITADA CRIMINOSA (QUATRO). FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA - STJ. 3) PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA NA QUANTIDADE DE AGENTES ROUBADORES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Nos termos do disposto no Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "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". Ressalva do entendimento deste Relator.

- Todavia, na hipótese, o aumento da pena na fração de 3/8 foi devidamente justificado nas circunstâncias do roubo, ou seja, no emprego de arma de fogo e no elevado número de agentes que participaram da empreitada criminosa, o que demonstra sua maior ousadia e periculosidade, não incidindo, portanto, a Súmula n. 443/STJ.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. (HC 317.148/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/4/2015, DJe 29/4/2015).

Dessa forma, não merece reparo a dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias.

A segunda controvérsia diz respeito ao regime prisional do paciente, condenado à pena de 6 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, inicialmente no regime fechado.

Quanto ao tema, dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP:

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) 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;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

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

O enunciado n. 440 da Súmula do STJ afirma que, *"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"*.

No caso dos autos, embora a pena não tenha ultrapassado 8 anos, o regime fechado foi devidamente fundamentado pelas instâncias ordinárias, tendo em vista a maior gravidade do delito, evidenciada pelo *modus operandi*, visto que o paciente praticou o crime em plena via pública, em concurso com mais dois agentes, atingiu mais de uma vítima e, especialmente, com o emprego de arma de fogo, artefato que possui grande potencial lesivo.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440/STJ. INAPLICABILIDADE. REGIME FECHADO ESTABELECIDO MOTIVADAMENTE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

- Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, a definição do regime prisional não está condicionada, de forma absoluta, à quantidade de pena aplicada, uma vez que se deve dar relevo aos demais elementos concretos do delito.

- Na hipótese, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado, em razão da gravidade concreta do crime, o que foi destacado pelo Tribunal a quo, ao enfatizar o *modus operandi* do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo, tendo em vista a participação organizada de dois agentes, a violência física exacerbada, o uso de arma de fogo apontada à vítima, a qual foi abordada enquanto estava no interior do estabelecimento comercial em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que trabalhava, após a destruição da porta de vidro que a protegia. Precedentes desta Corte.

- *Habeas corpus* não conhecido. (HC 432.357/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 12/4/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel.

Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

III - In casu, o regime inicial fechado foi fixado pelas instâncias ordinárias com base na gravidade em concreto do delito, principalmente pelo fato do crime, ora em análise, ter sido cometido quando o paciente estava foragido de estabelecimento prisional, o que demonstra maior periculosidade e descaso com a Justiça, ainda que o quantum da pena seja inferior a oito anos, não se configurando, portanto, flagrante ilegalidade apta a possibilitar a concessão da ordem de ofício.

Habeas corpus não conhecido. (HC 439.417/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 30/4/2018)

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0220063-2

HC 523.790 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15003927720188260536

EM MESA

JULGADO: 03/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO PEDRO BANDEIRA DE MELO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER
ADVOGADO	: FABIANNE CARVALHO NEVES XAVIER - SP324570
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RODRIGO FRANCISCO DA SILVA (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.