



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.357 - SP (2014/0150777-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL ALVES

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. MAJORANTES. ACRÉSCIMO FUNDADO EM CRITÉRIO MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes." Súmula 443 do STJ.

3. "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." Súmula 440 do STJ.

4. A Quinta Turma deste Tribunal, na sessão de julgamento de 28/04/2015, ao julgar os *Habeas Corpus* ns. 269.495/SP, 299.980/SP e 304.634/SP, entre outros, por maioria de votos, firmou a orientação de que o emprego de arma de fogo na empreitada criminoso, por si só, não acarreta o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, notadamente se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem todas favoráveis ao acusado.

5. Na hipótese, em respeito à orientação firmada pela maioria dos integrantes do aludido Órgão fracionário, com a ressalva do ponto de vista do relator, o regime deve ser o semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao paciente, visto que se trata de réu reincidente, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão inferior a 4 anos de reclusão, consoante dispõem o art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal e a Súmula 269 do STJ.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para modificar o percentual de aumento de pena em relação ao concurso de agentes e ao emprego de arma para 1/3, cabendo ao Juízo da Execução o redimensionamento da reprimenda, fixando o regime prisional semiaberto para o seu cumprimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de junho de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.357 - SP (2014/0150777-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de SAMUEL ALVES, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Narram os autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal (fls. 49/55).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, a qual foi parcialmente provida para, afastando a causa de aumento relativa à restrição de liberdade, bem como reconhecendo a forma tentada do delito, fixar a pena em 3 anos e 8 meses de reclusão e pagamento de 8 dias-multa, mantido o regime inicial fechado (fls. 60/72).

No presente *writ*, a impetrante aponta a existência de constrangimento ilegal na fixação da reprimenda e do regime prisional.

Sustenta que a mera alusão à quantidade de causas de aumento não justifica a aplicação da fração de 3/8 sobre a pena, bem como que a referência à gravidade abstrata do delito não é fundamento válido para se fixar o regime prisional fechado, nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, para "elevar a pena em somente 1/3, na terceira fase da dosimetria (cf. Súmula nº 443 STJ) e fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena (cf. Súmula nº 269 STJ)" (fl. 7).

Liminar indeferida pelo em. Ministro Moura Ribeiro à fl. 37.

Informações às fls. 45/76.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem (fls. 80/85).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.357 - SP (2014/0150777-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

De início, no que se refere à exasperação da pena na terceira fase da dosimetria, esta Corte Superior firmou entendimento de que a fixação acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em dados concretos, não servindo de justificativa a mera quantidade de majorantes.

A questão já se encontra, inclusive, sumulada, nos termos do verbete 443: "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."

In casu, observa-se que a majoração na terceira etapa de aplicação da reprimenda, na fração de 3/8, ocorreu tão somente com base no número de causas de aumento, o que vai de encontro à jurisprudência desta Corte. Leia-se (fls. 25/26):

Com a introdução de duas novas causas de aumento de pena no art. 157, pela Lei nº 9.426/96, este Egrégio Tribunal, sempre com o escopo de não se afastar daqueles almejados critérios de justiça, alterou o sistema de fixação dos percentuais de aumento, entre o mínimo e o máximo previstos:

"...Com advento da Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, que introduziu duas novas causas de aumento de pena no art. 157, do Código Penal, entende-se que com o ingresso dos incisos IV e V no aludido dispositivo (art. 157, do Código Penal), as frações de aumento de pena devem remodeladas, tendo em vista que o aumento de 1/3 até metade deverá ser dividido por cinco. Assim, observando-se o mesmo critério progressivo adotado anteriormente, presente uma qualificadora, o aumento deve ser de 1/3; em se tratando de duas qualificadoras a elevação será de 3/8, concorrendo três qualificadoras o acréscimo será de 5/12; com quatro qualificadoras o aumento será de 11/24 e na hipótese de concorrência das cinco qualificadoras, o acréscimo deve suceder no seu patamar máximo (1/2). Embora não se deva trabalhar com tais números como se fosse uma tabela fixa, é deste critério de gradação axiológica que se deve partir. Um roubo cometido com uma qualificadora não é igual a um assalto perpetrado com duas qualificadoras, ou mais. As hipóteses revelam agentes com temibilidade e potencialidade crimínógenas diferentes..." (grifo nosso). (TACRIM -SP, Apelação nº 1.119.107/7 - Rei. Juiz Xavier de Aquino).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destarte, forçoso o redimensionamento da reprimenda imposta ao paciente, para que o aumento de pena, em virtude do concurso de agentes e do emprego de arma, seja de 1/3.

Quanto ao regime de cumprimento da pena, esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou a compreensão de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto no preceito secundário da norma, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito.

Sobre o tema, este Tribunal Superior editou a Súmula 440, com a seguinte redação:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 718/STF: 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 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso dos autos, o Tribunal de origem, mesmo fixando a pena-base no mínimo legal, estabeleceu o regime prisional mais gravoso com base na periculosidade dos agentes dessa espécie delituosa, nos seguintes termos (fl. 27):

Em se tratando de roubo qualificado, entende essa Câmara que o único regime prisional adequado é o inicial fechado, tanto para o apelante Claudio que é primário, como para o apelante Samuel, reincidente.

A meu ver, as circunstâncias em que o delito foi praticado – em concurso de agentes e mediante o emprego de arma de fogo – justificam a fixação do regime prisional mais gravoso, qual seja, o fechado, a despeito de a pena ser inferior a 8 anos de reclusão.

Com efeito, filio-me ao entendimento de que o emprego de arma na prática delitiva denota não só maior periculosidade do agente mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, sendo tal gravidade tão manifesta, que não se requerem maiores explanações para descrever o óbvio.

Registre-se que "o comando legal do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim que o magistrado deva fundamentar sua sentença apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59 do mesmo Estatuto." (HC 295.232/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 09/03/2015)

A propósito, vejam-se os seguintes precedentes das Turmas de Direito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal desta 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. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E EMPREGO DE ARMA DE FOGO - MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. (...)

2. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal pelo Tribunal de origem, no julgamento do apelo ministerial, ante o reconhecimento da existência de circunstância judicial desfavorável - violência real empregada contra a vítima - autoriza a imposição do regime fechado, nos moldes que preconiza o art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Ademais, em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico 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. Se a locução "emprego de arma" - causa especial de majoração da pena no crime de roubo -, abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau, de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quanto as armas de fogo - conduta que constitui crime autônomo e grave -, nada mais razoável e lógico que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da resposta penal. Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo - aspecto quantitativo -, justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita - aspecto qualitativo.

4. Ordem não conhecida. (HC 297.425/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 27/08/2014)

HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. PRIMÁRIO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO DA PENA NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA FUNDAMENTADA EM DADOS FÁTICOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...)

2. Na espécie, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, "uma vez que a conduta do acusado e seus comparsas excedeu o dolo normal à espécie (observe-se que os agentes restringiram a liberdade do ofendido e de uma amiga deste, por cerca de 40 minutos, nos quais as vítimas permaneceram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sendo ameaçadas de morte, sob a mira de uma arma de fogo) ".

3. Na terceira fase da dosimetria da pena, a exasperação da pena motivou-se em elementos concretos do caso - a conduta criminosa "que impeliu pavor às vítimas, gerando traumas e sequelas irreparáveis, principalmente com o uso de arma de fogo e superioridade de pessoas" -, razão pela qual não há que se falar em constrangimento ilegal por ausência de fundamentação.

4. Inexiste ilegalidade na escolha do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - o emprego de arma de fogo, a restrição de liberdade da vítima e o concurso de agentes, com periculosidade e destemor exacerbados -, ainda que o agente seja primário e o quantum da pena - 5 anos e 8 meses de reclusão - seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

5. Habeas Corpus não conhecido. (HC 282.211/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 07/04/2014)

Entretanto, a Quinta Turma deste Tribunal, na sessão de 28/04/2015, ao julgar os *Habeas Corpus* n. 269.495/SP, 299.980/SP e 304.634/SP, entre outros, por maioria de votos, firmou a orientação de que o emprego de arma de fogo na empreitada criminosa, por si só, não acarreta o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, notadamente se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem todas favoráveis ao acusado.

Assim, em respeito à orientação firmada pela maioria dos integrantes do aludido Órgão fracionário, com a ressalva do meu ponto de vista, fixo o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao paciente, visto que se trata de réu reincidente, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão inferior a 4 anos, consoante dispõem o art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal e a Súmula 269 desta Corte.

À vista do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, apenas para modificar o percentual de aumento da pena em relação ao concurso de agentes e ao emprego de arma para 1/3, cabendo ao Juízo da Execução o redimensionamento da reprimenda, fixando o regime prisional semiaberto para o seu cumprimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0150777-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.357 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032126920128260564 1152012 32126920128260564

EM MESA

JULGADO: 02/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: SAMUEL ALVES
CORRÉU	: CLAUDIO SABOIA FERREIRA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.