



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.549 - SP (2016/0204694-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA - SP162259
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO LUIS FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO. EMPREGO DE SIMULACRO. MAJORANTE. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL. PENA-BASE ALTERADA. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é reiterada no sentido de não aplicar o princípio da insignificância a crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa.

3. O pedido de absolvição não comporta provimento, isso porque a condenação do paciente não foi fundada apenas no reconhecimento pessoal que se pretende anular. Com efeito, a sentença relata a existência de outras provas independentes que levaram ao convencimento do Juízo sobre a autoria e materialidade do crime.

Estando a sentença devidamente fundamentada, não é possível acolher a tese defensiva que pretende a absolvição por ausência de provas, uma vez que presentes outros elementos suficientes para ensejar a condenação.

4. A jurisprudência desta corte é reiterada no sentido de que, por mais ameaçadora que tenha sido a utilização do simulacro, não há a incidência da majorante do uso da arma, uma vez que ausente a potencialidade lesiva característica do instrumento. Precedentes.

Desse modo, necessária a reforma da dosimetria da pena para afastar a majorante do art. 157, §2º, inciso I e fixar a pena definitiva no mínimo legal.

2. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: "*fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

Seguindo tal entendimento, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo ou à intranquilidade social que a conduta gera, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se à situação já prevista no próprio tipo.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposto – após a exclusão da majorante – reprimenda definitiva igual a 4 anos de reclusão, é cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para excluir a majorante do emprego de arma de fogo, reduzir a pena ao mínimo legal e fixar o regime inicial 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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 09 de março de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.549 - SP (2016/0204694-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA - SP162259
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO LUIS FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de SERGIO LUIS FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática de roubo qualificado pelo emprego de arma à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 13 dias multa.

Irresignada, a defesa interpôs o recurso de apelação que restou desprovido nos termos da seguinte ementa:

Apelação Criminal - Roubo majorado Defesa requer a absolvição alegando insuficiência probatória Impossibilidade - Conjunto probatório suficiente para lastrear o decreto condenatório - Subsidiariamente, espera o afastamento de causa de aumento de pena, fixada a pena-base no mínimo legal - Descabimento - Pena e regime bem dosados, não comportando reparo - Apelo não provido (fl. 67).

No presente *writ*, a Defensoria Pública alega, em síntese: 1) a atipicidade da conduta, em razão da incidência do princípio da insignificância; 2) a ilicitude no procedimento de reconhecimento do paciente pela vítima; 3) incidência indevida da majorante do uso da arma, quando o paciente se valeu de simulacro.

Requer assim, a absolvição do paciente e, subsidiariamente, a redução da pena com a exclusão da majorante.

Liminar indeferida às fls. 199/200.

Informações prestadas às fls. 210/233 e 236/243.

O Ministério Público Federal se manifestou pela concessão parcial da ordem, conforme parecer de fls. 247/251.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 365.549 - SP (2016/0204694-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

A primeira tese defensiva diz respeito à aplicação do princípio da insignificância ao crime de roubo. Em que pese a argumentação deduzida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, a jurisprudência desta Corte Superior é reiterada no sentido de não aplicar o princípio da insignificância a crimes praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, como é o caso em análise.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INVIABILIDADE. INCURSÃO EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DELITO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA.

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. Pretensão de absolvição do paciente e de desclassificação da conduta que implicaria em incursão no acervo fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus.

3. A jurisprudência do STF e do STJ é pacificada no sentido da não aplicação do princípio da insignificância nos crimes praticados com grave ameaça ou violência contra a vítima, inclusive o roubo.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 187.087/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 10/03/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DECLASSIFICAÇÃO. SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ATIPICIDADE MATERIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias no âmbito do apelo extremo. (Súmula 7/STJ).

II - Inaplicável ao crime de roubo a causa supralegal de exclusão da ilicitude por tratar-se de delito que ofende o patrimônio e a integridade física da vítima, evidenciando maior grau de ofensividade, periculosidade e reprovabilidade da conduta, aptas a afastar a bagatela.

Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 599.968/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 04/03/2016).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. REGIME ABERTO. PRETENSÃO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A tese relativa à aplicação do princípio da insignificância não pode ser apreciada, tanto por se tratar de inovação recursal quanto por ausência do requisito do prequestionamento.

2. Condenado o agravante à pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, não há que se falar na fixação de regime aberto para seu cumprimento. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgInt no REsp 1589130/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 18/08/2016)

Em relação à tese da nulidade do reconhecimento pessoal, verifico que o pedido de absolvição não comporta provimento, isso porque a condenação do paciente não foi fundada apenas no reconhecimento pessoal que se pretende anular. Com efeito, a sentença de fls. 125/128 relata a existência de outras provas independentes que levaram ao convencimento do Juízo sobre a autoria e materialidade do crime.

Estando a sentença devidamente fundamentada, não é possível acolher a tese defensiva que pretende a absolvição por ausência de provas, uma vez que presentes outros elementos suficientes para ensejar a condenação. Entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diverso demandaria a revisão aprofundada do contexto fático-probatório que ensejou a condenação, procedimento vedado na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO MAJORADO (CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMAS DE FOGO). RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. CONFIRMAÇÃO POR OUTRAS PROVAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. MODUS OPERANDI, RISCO DE REITERAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício

2. **Conforme precedentes desta Corte, o reconhecimento fotográfico pode ser valorado em conjunto com outros elementos probatórios, que o reforcem, para o fim de convencimento quanto ao fato criminoso. (HC n. 29.644/MS, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 07/08/2014, DJe 01/09/2014). Na espécie, o reconhecimento fotográfico foi confirmado por outras provas, sendo que a própria vítima reconheceu, sem sombra de dúvida, ser o paciente o autor do crime de roubo. Precedentes.**

3. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime. Precedentes do STF e STJ.

4. No caso, a segregação cautelar foi preservada pelo Tribunal impetrado em razão da periculosidade do paciente, evidenciada pelo *modus operandi* do crime imputado - quatro agentes, portando armas de fogo, abordaram a vítima quando chegava à residência, por volta das 20h50, em seguida, entraram na casa e renderam os demais familiares.

Além disso, o paciente responde a uma ação penal na comarca de Natal, o que evidencia o risco de voltar a cometer delitos. Prisão mantida para a garantia da ordem pública. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido (HC 348.663/RN, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

08/11/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. PLEITO DE SER DEVIDO O EXAME PERICIAL. FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA DE NÃO TER SIDO REQUERIDO O EXAME PERICIAL. PRETENSÃO DE NULIDADE DO ATO DE RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTRAS PROVAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. A atual jurisprudência não tem admitido o emprego do habeas corpus em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional.

2. Tanto na sentença como no julgamento colegiado, o entendimento foi de não ter a prova pericial sido requerida e que, ainda que tivesse sido, não seria imprescindível na hipótese dos autos, uma vez que a autoria foi comprovada por outros meios e decorrido lapso temporal que tornaria a prova desnecessária.

3. Apesar de o reconhecimento pessoal ter sido realizado apenas na fase policial, e não em juízo, este não foi utilizado para justificar a condenação, tendo o julgador se amparado em outras provas e depoimentos.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 340.900/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/11/2016)

No que diz respeito à incidência da majorante da arma de fogo o pleito merece prosperar.

A denúncia relatou nos seguintes termos a conduta do paciente:

Segundo restou apurado, o indiciado, na data e local acima descritos, entrou no estabelecimento comercial da vítima e, empunhando o simulacro de arma de fogo, anunciou o assalto. A vítima entregou-lhe R\$ 70,00. O indiciado empreendeu fuga, tomando rumo ignorado (fl.19).

A sentença condenatória, por sua vez, destacou:

Por outro lado, sob o crivo do contraditório, a vítima narrou, de forma coerente e segura, a execução do delito, bem como o "modus operandi" do denunciado. Declarou que, na data dos fatos, foi abordado pelo acusado, no interior do estabelecimento comercial do qual é proprietário, momento em que o réu, empunhando arma de fogo, anunciou o assalto, exigindo-lhe a entrega de dinheiro. O réu subtraiu-lhe a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

importância, em dinheiro, de setenta reais e, em seguida, empreendeu fuga. Reconheceu o réu na delegacia de polícia e também em Juízo

[...]

O regime inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade é o fechado, nos termos do artigo 33 e seus parágrafos do Código Penal e à luz do artigo 110 da Lei n. 7.210/84. Este regime de cumprimento de pena privativa de liberdade justifica-se, posto que a sociedade, em especial, nos grandes centros, está aterrorizada diante do crescimento da criminalidade e da violência, mormente ante a abundância de delitos contra o patrimônio praticados, cada vez mais, de modo frio e arrojado, cabendo ao Poder Judiciário coibir os casos que vêm a sua análise, buscando devolver aos cidadãos um mínimo de paz social e ordem pública. Assinale-se que não se considerou apenas a gravidade evidente do crime, mas o modo pelo qual se desenvolveu o ato criminoso (fl. 1268127).

Instado a se manifestar sobre a majorante da utilização da arma, o Tribunal de Justiça de São Paulo assim se manifestou:

Grave ameaça contra a pessoa importa dizer em necessidade de reprimenda contundente e eficaz para conscientização de ilicitude e o abalo psíquico imposto sobre a vítima nos é bastante para a qualificadora do emprego de arma de fogo.

E caso, pois, da manutenção da r. sentença ora combatida, nos moldes em que lançada pelos seus próprios fundamentos fáticos e jurídicos (fl. 170).

Como visto, o paciente paciente foi preso em flagrante delito na posse de simulacro de arma de fogo, no momento em que praticava o crime de roubo.

O caso em análise não demanda a análise do contexto fático - probatório para afastar a majorante do uso de arma de fogo. A questão não é se o instrumento utilizado era ou não um simulacro, mas sim qual a consequência jurídica da utilização deste.

O Tribunal de Justiça de São Paulo justificou a aplicação da majorante, pois adotou o entendimento que a grave ameaça (exercida com simulacro) possui efeitos psíquicos tão deletérios à vítima que se faz necessária a equiparação da conduta ao uso de arma de fogo.

Entretanto, a jurisprudência desta corte é reiterada no sentido de que, por mais ameaçadora que tenha sido a utilização do simulacro, não há a incidência da majorante do uso da arma, uma vez que ausente a potencialidade lesiva característica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do instrumento.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA.

SIMULACRO. INEXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. MAJORANTE NÃO CARACTERIZADA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. APLICAÇÃO. REGIME PRISIONAL. PACIENTE UILLIAN. REINCIDENTE E PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO MANTIDO. PACIENTE ROMULLO.

PRIMÁRIO COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA ENTRE 4 E 8 ANOS DE RECLUSÃO. ALTERAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

- Embora apenas o paciente ROMULLO tenha interposto recurso de apelação, as questões debatidas na origem que não sejam de caráter exclusivamente pessoal aproveitam ao paciente UILLIAN, na esteira do disposto no art. 580 do CPP, razão pela qual sobre esses temas não há supressão de instância.

- É entendimento deste Tribunal Superior que o uso de simulacro na prática do delito de roubo, ainda que configure a grave ameaça, não constitui motivo para configurar a majorante supracitada, por ausência de potencial lesivo do objeto.

- 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".

- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 ocorreu em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

- Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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, o paciente ROMULLO é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e a determinação de regime inicial mais gravoso não está lastreada em fundamentação idônea, a atrair ao caso a incidência dos referidos enunciados de Súmula e a aplicação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

- As circunstâncias pessoais dos pacientes são diversas, pois UILLIAN é reincidente, razão pela qual a aferição de ilegalidade no estabelecimento do regime prisional não lhe aproveita.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas dos pacientes e, apenas em relação a ROMULLO, alterar o regime inicial para semiaberto (HC 363.593/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 30/09/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. ROUBO MAJORADO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISUM FUNDAMENTADO NA PROVA DOS AUTOS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, POR FALTA DE PROVAS OU DE RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE REEXAME DA PROVA. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO. SÚMULA 174/STJ CANCELADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Não há falar em nulidade do acórdão por falta de fundamentação quanto à participação do réu na empreitada criminosa, quando apontados fundamentos nesse sentido, mesmo que não extensivamente detalhados, com valoração da prova dos autos. Precedentes.

3. A via estreita do writ não é apropriada à análise do pleito de absolvição por falta de provas para a condenação ou de reconhecimento da minorante da participação de menor importância, dada a necessidade de reexame do material cognitivo produzido nos autos, para se infirmar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas.

4. Desde o cancelamento da Súmula 174/STJ, restou consagrado que a atemorização da vítima pelo emprego de simulacro de arma de fogo não constitui motivo apto à configuração da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, por ausência de incremento no risco ao bem jurídico tutelado, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, elementar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito de roubo.

5. O estabelecimento do regime fechado, sem qualquer fundamento concreto, em se tratando de réu primário, de bons antecedentes, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa e fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva (HC 119.070/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 26/05/2015).

Desse modo, forçoso concluir que o aumento da pena na terceira fase da dosimetria (fl. 127) deve ser decotado, ficando a pena definitiva fixada no patamar de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior a orientação de ser necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Os fragmentos do acórdão acima transcritos e a redução da pena ao mínimo legal, tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, demonstram que o regime fechado foi fixado sem fundamentação idônea.

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo ou à intranquilidade social que a conduta gera, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se à situação já prevista no próprio tipo.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposto reprimenda definitiva igual a 4 anos de reclusão, é cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTA STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. RECLAMO PROVIDO.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).*

2. *A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.*

3. *Recurso provido a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto (RHC 66.895/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).*

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO MAJORADO E RECEPÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 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.

III - Não se revela possível, in casu, a aplicação do princípio da consunção, porquanto a conduta de adquirir a arma, de um lado, e o delito de roubo majorado pelo uso de arma de fogo, de outro, ao que se tem, decorrem de desígnios autônomos, não se verificando a relação de meio-fim que autoriza a absorção de uma figura típica pela outra.

IV - No presente caso, o eg. Tribunal de origem concluiu tratar-se de crimes autônomos (roubo majorado e receptação), por terem momentos consumativos distintos e pela ciência do paciente quanto à origem ilícita da arma. Ademais, rever esse entendimento demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (precedentes).

V - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto (precedentes).

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do CP (precedentes).

VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

VIII - "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" (enunciado nº 718 da Súmula do col. Pretório Excelso).

IX - "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (enunciado nº 440 da Súmula desta Corte).

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem concedida parcialmente de ofício tão somente para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 343.283/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente SERGIO LUIS FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR, na Ação Penal n. 0000588-15.2010.8.26.0080, ao patamar de 4 anos de reclusão, fixado o regime inicial aberto, além da redução da pena de multa para o patamar de 10 dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0204694-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 365.549 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005881520108260080 1000120100005886 5881520108260080 672010

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SKROMOV DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA -
SP162259
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SERGIO LUIS FERREIRA DOS SANTOS JUNIOR (PRESO)

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.