



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 579.177 - SP (2020/0105657-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS MARTINS DE OLIVEIRA ARMOND (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO COM BASE NO DEPOIMENTO DO RÉU E EM PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719 DO STF. DETRAÇÃO. TEMA NÃO ANALISADO PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º-A, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há o depoimento do acusado e comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

4. Para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias, no sentido do emprego de arma de fogo, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do *writ*.

5. As instâncias ordinárias majoraram a reprimenda em 3/8 em razão da incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3. Ofensa ao disposto na Súmula 443/STJ.

6. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719 do STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Tratando-se de réu primário ao qual foi imposta pena superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

8. No que se refere à detração do tempo de prisão cautelar, verifica-se que o tema ora deduzido não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o seu exame por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, e estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 09 de junho de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 579.177 - SP (2020/0105657-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS MARTINS DE OLIVEIRA ARMOND (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **VINICIUS MARTINS DE OLIVEIRA ARMOND**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 13 dias-multa, pela prática da conduta descrita no art. 157, parágrafo 2º, I e II, do Código Penal (e-STJ, fls. 24-34).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, tendo a Corte Estadual, por maioria, negado provimento ao recurso, mantendo a sentença condenatória inalterada. O aresto foi acostado aos autos às fls. 49-56, e-STJ.

Os embargos infringentes opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 61-64).

Neste *writ*, a impetrante pleiteia “a) afastar a incidência da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal; b) caso se entenda pela sua manutenção, corrigir a dosimetria de pena, tendo em vista a incidência de duas causas de aumento de pena sem a devida fundamentação; c) afastar o regime inicial fechado, eis que indevidamente fixado; e d) assegurar a incidência do art. 387, § 2º, do Código de Processo” (e-STJ, fl. 4).

Aduz, pra tanto, que sendo o emprego de arma de fogo circunstância que deixa vestígio, deve ser realizado exame de corpo de delito direto ou indireto, o que não é possível diante da não apreensão da arma de fogo supostamente utilizada na prática criminosa.

No tocante às causas de aumento de pena, assevera que deve ser respeitado o disposto na Súmula 443/STJ, por não ter sido concretamente fundamentado aumento maior que o mínimo legal.

Por fim, alega que o regime mais gravoso imposto ao paciente não encontra justificativa idônea, tendo sido utilizada fundamentação genérica, baseada na gravidade abstrata da conduta, em clara ofensa às Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, devendo, ainda, ser aplicada a detração penal.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 68), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem, mas pela concessão de *habeas corpus*, de ofício (e-STJ, fls. 155-166).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 579.177 - SP (2020/0105657-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS MARTINS DE OLIVEIRA ARMOND (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO COM BASE NO DEPOIMENTO DO RÉU E EM PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DA CONDUTA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719 DO STF. DETRAÇÃO. TEMA NÃO ANALISADO PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.
3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º-A, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há o depoimento do acusado e comprovação testemunhal atestando o seu emprego.
4. Para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias, no sentido do emprego de arma de fogo, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do *writ*.
5. As instâncias ordinárias majoraram a reprimenda em 3/8 em razão da incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento superior ao mínimo legal de 1/3. Ofensa ao disposto na Súmula 443/STJ.

6. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719 do STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Tratando-se de réu primário ao qual foi imposta pena superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

8. No que se refere à detração do tempo de prisão cautelar, verifica-se que o tema ora deduzido não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o seu exame por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, e estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença e dos acórdãos da apelação e dos embargos infringentes, respectivamente:

"[...] Enfatizou que no dia dos fatos o acusado e seu comparsa entraram na loja e VINÍCIUS exibiu a arma e mandou abrir o cofre onde estava guardado o dinheiro. Contou que o acusado anunciou o assalto e deu a volta por trás aproximando-se dos caixas, ordenando que abrissem os caixas e o cofre, sendo que ele mesmo subtraiu os dinheiros dos caixas e do cofre, colocando-os em uma 'sacolinha', evadindo-se do local, logo em seguida.

(...)

Ressalte-se que, também não há se falar em não reconhecimento da causa de aumento de pena em razão da arma de fogo não ter sido apreendida, tendo em vista a declaração da vítima Paloma asseverando que o réu estava na posse de uma arma de fogo no momento da prática do roubo.

Decisões neste sentido:

(...)

Passo a dosar a pena.

Na análise das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, apura-se que o acusado não ostenta maus antecedentes, assim como as circunstâncias do delito não revelam anormalidade a justificar fixação de pena maior nesta fase, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, esses calculados em seu mínimo legal, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na segunda fase de dosagem da pena, nada há a ser considerado, pois a pena já foi fixada no mínimo-legal.

Na derradeira fase da fixação da reprimenda, cabível os acréscimos decorrentes das causas de aumento reconhecidas na sentença e prevista no §2º, incisos I e II, do artigo 157, do Código Penal, em razão do emprego de arma e do concurso de agentes. Nesse particular, a pena deve receber aumento de 3/8, resultando em uma reprimenda de 5 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias- multa. “No crime de roubo, sendo cinco as qualificadoras previstas no §2º do artigo 157 do Código Penal, a majoração da pena deve obedecer ao seguinte critério: 1/3, se presente uma causa; 3/8, se presentes duas causas; 5/12, se presentes três; 7/16, se quatro e de 1/2, se presentes as cinco causas especiais de aumento” (RJDTACrim 63/64).

À mingua de outros elementos que influenciem na fixação da pena e não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

havendo outras causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, torno definitiva a reprimenda aplicada ao réu.

Tal majoração é necessária, pois o emprego de arma poderia ter redundado em lesão à vítima. Não é ínfimo o número de ocorrências com morte de assaltos, significando, o porte de arma, pelo roubador, sua incontestável supremacia em desfavor dos frágeis cidadãos.

Por outro lado, o concurso de agentes assegurou uma maior intimidação à vítima, que bem se atentou à presença de dois indivíduos na prática do roubo, sendo o acusado VINÍCIUS e outro indivíduo identificado como Guilherme Ramos Bonilha, conhecido pelo apelido de “Alemão”.

Ora, apenar-se igualmente um roubo meramente circunstanciado (uma só causa de aumento), e um roubo duplamente circunstanciado (com duas causas de aumento), pela aplicação da fração mínima de aumento legal (1/3 um terço), iria contra a individualização de penas em face de condições de agentes e circunstâncias, o que, certamente, não desejam os Tribunais Pátrios, nem mesmo o Colendo Superior Tribunal de Justiça (não sendo, a Súmula nº 443, contraditória à afirmativa, visando, ela, tão-somente, a que se justifique mais minuciosamente o quantum de majoração, o que ora se faz).

E visto o número de causas de aumento configuradas, em face das previstas em lei, a fração é a mais lógica, porque proporcional (parecendo que outra derivaria de convicção íntima).

(...)

Nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, pois se trata de roubo cometido por dois agentes em comparsaria, além do emprego de arma de fogo para a prática da ação criminosa. O fato de não se exasperar penas em primeira fase se deve a que as circunstâncias que o tornam gravíssimo, extremamente lesivo, o delito, são previstas como causas de aumento, matéria de terceira fase.

Dessa forma, o regime prisional inicial fechado é o mais adequado e também merece manutenção, considerada a finalidade primária de prevenção e reprovação da conduta criminosa, além da gravidade de tal conduta típica, fato que causa clamor público e instabilidade na paz social, constituindo uma resposta mais efetiva à criminalidade violenta, mormente considerando a crescente onda de roubo à mão armada e de crimes violentos que assolam o País. O Tribunal tem decidido reiteradamente que o regime fechado é o único aplicável a autor de roubo, ainda que primário o agente e independentemente da quantidade da pena aplicável (Ap. nº1.205.473/2 e 1.183.025/6 e também STF, RJTACrim 39/571 e no mesmo sentido TJSP JTJ 186/286, 188/315; RJTACrim 42/242, 43/222,44/137).

(...)

À míngua de outros elementos que autorizem a “progressão imediata” de regime de cumprimento da pena, mantenho o regime inicial fechado, nos termos da nova redação do artigo 387, §2º, do CPP. Isto porque não basta apenas o requisito objetivo da pena, mas também os subjetivos e, à míngua destes, mantenho o regime inicial aplicado." **(e-STJ, fls. 27-33).**

"[...] Tampouco prospera pleito defensivo para o afastamento do emprego de arma de fogo. Apesar de o artefato não ter sido apreendido e periciado, seu emprego foi comprovado a partir dos relatos da vítima e da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

testemunha, o que, conforme jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, basta para caracterizar a causa de aumento:

(...)

Relativamente à dosimetria da pena, contra a qual a defesa não se insurgiu, não há reparo a fazer.

Na primeira fase, o douto magistrado a quo fixou a pena-base no mínimo legal, o que se manteve inalterada na segunda seguinte pela ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira etapa, pela existência de duas causas de aumento (concurso de agentes e emprego de arma de fogo), o acréscimo de 3/8 (três oitavos) às penas deve ser preservado, já que em conformidade com o entendimento desta Turma Julgadora.

A despeito dos argumentos defensivos, o regime fechado imposto ao acusado é o mais recomendável, já que apenas este realmente proporcionaliza a sanção e a conduta grave praticada, servindo não só de meio de prevenção de ações semelhantes, como de resposta adequada à expectativa da sociedade ordeira. Esta C. Câmara entende que, em crimes de roubo praticado em comparsaria e emprego de arma de fogo, a fixação de regime prisional diverso do fechado não se mostra recomendável para a repreensão da conduta." (e-STJ, fls. 53-54).

"[...] A r. sentença fixou pena -base no mínimo legal (4 anos de reclusão e 10 dias -multa) e a exasperou no patamar de 3/8 em razão da presença das causas de aumento dos incisos I e II, do § 2º, do artigo 157 do Código Penal, decisão essa que foi mantida pela doughta maioria no v. Acórdão embargado.

Não se desconhece o teor da Súmula 443 do STJ, todavia, tal como a doughta maioria, entendo que, nos crimes de roubo, o emprego de duas causas de aumento de pena - no caso, o concurso de agentes e emprego de arma de fogo - aumenta a chance de êxito da empreitada, imprime maior poder de intimidação imposto à vítima, reduzindo-lhe a possibilidade de reação, de modo que se afigura razoável a aplicação de índice de aumento maior que o mínimo de 1/3.

A presença das duas causas de aumento no cometimento do roubo não pode ser igualada à prática do crime com uma só causa de aumento, sob pena de se conferir tratamento igual a situações desiguais.

Assim, referido índice está dentro dos limites da lei e atende ao princípio da individualização da reprimenda, punindo de forma mais severa a conduta de maior grau de reprovabilidade e maior periculosidade do agente que atua desta maneira, como no presente caso.

E ainda que assim não fosse, já que a Lei estabeleceu um intervalo de 1/3 a 1/2 para a escolha do índice a ser empregado em cada caso concreto, sem apontar outros critérios, parece óbvia a existência de uma proporção direta entre o índice e a quantidade de causas de aumento.

Pelas razões expostas, entendo que a Súmula 443 do STJ, não sendo vinculante, possibilita entendimento diverso a critério do sentenciante" (e-STJ, fls. 63-64).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há o depoimento do acusado e de testemunhas assegurando o seu emprego.

Para corroborar tal entendimento, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA PELAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO IMPLEMENTADO NA PRIMEIRA FASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIVERSOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. No caso, a pena-base do Agravante foi fixada acima do mínimo legal em virtude das consequências do crime, tendo em vista o relevante prejuízo causado às Ofendidas, sendo que "as vítimas necessitaram mudar de domicílio ante as condutas dos réus, pois a filha de J. S. O. não mais entrava na casa, dada a sensação de insegurança, a qual também afetou toda a unidade familiar", elemento que não se afigura inerente ao próprio tipo penal.

3. Inexistindo ilegalidade patente na análise do art. 59 do Código Penal, o quantum de aumento a ser implementado na pena-base fica adstrito ao prudente arbítrio do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via angusta do *habeas corpus*. Precedentes.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, é dispensável a apreensão e a perícia da arma de fogo para a incidência da respectiva causa de aumento de pena no crime de roubo, quando evidenciada a sua utilização no delito por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou o depoimento de testemunhas.

5. A Corte de origem manteve o acréscimo de 3/8 (três oitavos) em razão das duas majorantes do delito de roubo (emprego de arma de fogo e concurso de agentes), com fundamentação concreta, tendo em vista a pluralidade de agentes - pelo menos três comparsas - e a utilização de, no mínimo, duas armas de fogo, o que demonstra a idoneidade da majoração, conforme firmado no Verbete Sumular n.º 443 do Superior Tribunal de Justiça.

6. Considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque reconhecida circunstância judicial desfavorável ao Condenado, que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também é reincidente, tem-se por justificada a imposição de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC 516.188/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/8/2019, DJe 2/9/2019, grifou-se).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. INCREMENTO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE. TRÊS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. LEGALIDADE.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal é analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio* (art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal).

3. O paciente ostenta mais de uma condenação com trânsito em julgado, o que justifica o incremento da pena-base em 1/6 por maus antecedentes.

4. Para desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias e albergar pleito de afastamento das majorantes do art. 157, § 2º, I e V, do CP é necessário o revolvimento do material fático-probatório, providência vedada na via estreita do habeas corpus.

5. A Terceira Seção deste Tribunal Superior firmou entendimento de que, para o reconhecimento da presença da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mostra-se dispensável a apreensão da arma de fogo e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva (EREsp n. 961.863/RS), como no caso.

6. "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 n. 443/STJ).

7. A pena foi aumentada em 5/12, com arrimo em fundamentação idônea (gravidade concreta). O roubo foi praticado: a) em concurso de dois agentes - enquanto o paciente vigiava, seu comparsa recolhia os bens que guarneciam a residência; b) com emprego de arma de fogo - intimidando e humilhando as vítimas; e c) com restrição da liberdade das vítimas por tempo superior ao necessário para efetivar a ação delituosa - as vítimas ficaram trancadas em um banheiro e, após, amarradas na sala, tendo conseguido soltar-se muito tempo depois da saída dos agentes. Aplicação da Súmula 443/STJ afastada.

8. *Habeas corpus* não conhecido" (HC 481.845/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 9/4/2019, DJe 6/5/2019, grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP N. 961.863/RS). MAJORANTE DE RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. TEMPO JURIDICAMENTE RELEVANTE. MAJORANTE MANTIDA. REEXAME DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL - CP. PEDIDO PREJUDICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve 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.

2. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma prescinde de apreensão e perícia da arma, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova. No caso em apreço, as instâncias ordinárias concluíram pela incidência da majorante em razão da prova oral colhida nos autos (depoimento das vítimas), que foram enfáticas e unânimes quanto à utilização de arma de fogo, o que afasta a necessidade de apreensão e perícia da arma.

3. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que, para a configuração da majorante de restrição da liberdade das vítimas no delito de roubo, a vítima deve ser mantida por tempo juridicamente relevante em poder do réu, sob pena de que sua aplicação seja uma constante em todos os roubos. Precedentes.

Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias, com base nas provas dos autos, concluíram pela incidência da causa de aumento de pena, sobretudo porque as vítimas permaneceram subjugadas por mais de 2 (duas) horas e também foram trancadas em um quarto, tempo relevante e mais que o suficiente para a consumação do crime, não havendo como se afastar a majorante, haja vista ser necessário o reexame aprofundado de provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

4. Inalterada a dosimetria da pena aplicada aos pacientes, fica prejudicado o pedido de abrandamento do regime prisional, porquanto, estabelecida a reprimenda corporal em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado é o adequado, consoante disciplina o art. 33, § 2º, a, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido." (HC 428.617/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/6/2018, DJe 1/8/2018, grifou-se).

Outrossim, para infirmar a conclusão das instâncias ordinárias, no sentido do emprego de arma de fogo, seria necessário revolver o contexto fático-probatório dos autos, providência que não se coaduna com a via do *writ*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que concerne à terceira fase da dosimetria, vê-se que as instâncias ordinárias majoraram a reprimenda em 3/8 em razão da incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3.

Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 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."

A propósito:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. PENAS REDUZIDAS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA O REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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 habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- **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 pelas majorantes previstas no § 2º, incisos I e II, do art. 157, do Código Penal, na terceira fase da dosimetria da pena, operou-se na fração de 3/8, levando-se em conta apenas o critério numérico, deixando de apontar uma fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3, contrariando, assim, a mencionada Súmula n. 443/STJ. Precedentes.**

- Quanto à fixação do regime prisional, sabe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

- Na espécie, não obstante o paciente seja primário e o novo montante da pena (6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão) comporte, em princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, pois o delito foi praticado com violência real contra a vítima, mediante um golpe no pescoço, permite a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, reduzindo as penas do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 13 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 407.390/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017, grifou-se).

Nesse passo, evidenciada flagrante ilegalidade em relação à terceira fase da dosimetria, passa-se à nova análise das penas aplicadas aos pacientes.

Com efeito, na primeira etapa, a pena do réu foi estabelecida no mínimo legal, em 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa. Na fase intermediária, a reprimenda foi mantida inalterada. Na terceira etapa, diminuído o aumento para 1/3 pelas duas majorantes, deve a pena ser fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão, além de 13 dias-multa.

Por fim, de acordo com a Súmula 440/STJ, "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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso dos autos, o regime prisional fechado carece de amparo legal e fático.

Com efeito, malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduza, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

A seguir, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO IMPOSTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONDIÇÕES JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA APLICADA INFERIOR A 8 ANOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 440/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA PARA ALTERAR O REGIME INICIAL DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. A Corte de origem não utilizou fundamentação idônea capaz de justificar a imposição do regime mais rigoroso ao Paciente, já que a atuação com outro comparsa não demonstra, por si só, no caso dos autos, maior reprovabilidade da conduta e a violência não exacerbada,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontada pelo Tribunal a quo, constitui tão somente uma elementar do crime de roubo. Ressalta-se, ainda, que foi reconhecida a primariedade do Acusado pelo Juízo sentenciante, sendo-lhe atribuídas condições judiciais favoráveis, razão pela qual a pena-base foi fixada no patamar mínimo para o delito.

2. *In casu*, incide a Súmula n.º 440 desta Corte Superior, que consigna, *in verbis*: "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

3. Ordem de *habeas corpus* concedida para fixar o regime inicial semiaberto." (HC 490.412/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/5/2019, DJe 30/5/2019, grifou-se).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve 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.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e ns. 718 e 719 da Súmula do STF.

3. A mera referência genérica, pelo Tribunal a quo, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, inerentes ao próprio tipo penal, não constitui motivação idônea para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, conforme entendimento desta Corte. Precedentes.

4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade dos pacientes, sendo imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento inicial da pena dos pacientes." (HC 469.398/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2019, DJe 15/2/2019, grifou-se).

Por certo, tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena entre 4 e 8 anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

E no que se refere à detração do tempo de prisão cautelar, verifica-se que o tema ora deduzido não foi objeto de cognição pela Corte de origem, o que obsta o seu exame por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, e estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0105657-6

HC 579.177 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00303659320178260405 303659320178260405

EM MESA

JULGADO: 09/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RAFAEL ALVAREZ MORENO - SP323932
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VINICIUS MARTINS DE OLIVEIRA ARMOND (PRESO)
CORRÉU	: GUILHERME RAMOS BONILHA
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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.