



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.394 - SP (2015/0290527-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO RAFAEL ALVES GOMES
PACIENTE : KLÉBER AUGUSTO MEDINA DA SILVA
PACIENTE : LUIZ HENRIQUE ALVES DE ALMEIDA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MENORIDADE RELATIVA. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA N. 440/STJ. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– De acordo com a Súmula n. 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, no caso, a menoridade relativa.

– A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a incidência da majorante pela utilização de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, uma vez comprovada sua utilização por outros meios de prova, como o testemunho da vítima.

– As circunstâncias judiciais foram favoráveis (art. 59 do Código Penal - CP), os pacientes são primários e o regime fechado foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito. Assim, é cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal e do enunciado n. 440 da Súmula da desta Corte.

– À vista da ausência de elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto aos pacientes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.394 - SP (2015/0290527-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : JOÃO RAFAEL ALVES GOMES

PACIENTE : KLÉBER AUGUSTO MEDINA DA SILVA

PACIENTE : LUIZ HENRIQUE ALVES DE ALMEIDA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de JOÃO RAFAEL ALVES GOMES, KLÉBER AUGUSTO MEDINA DA SILVA e LUIZ HENRIQUE ALVES DE ALMEIDA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n. 008114-21.2012.8.26.0126.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau, às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa (fl. 95):

APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo qualificado Materialidade e autoria comprovadas - Absolvição - Impossibilidade Afastamento das causas de aumento de pena - Incabível - Pena Aplicada corretamente - Regime inicial fechado - Adequado - Apeio improvido.

A impetrante sustenta que deve ser reconhecida a incidência da atenuante prevista no art. 65, I, do Código Penal, haja vista que dois dos pacientes, Kléber Augusto e João Rafael, à época dos fatos, eram menores de 21 anos. Afirma que a fixação da pena-base no mínimo legal não constitui óbice à aplicação de nenhum atenuante. Aduz ser necessário o afastamento da causa de aumento referente ao uso de arma, pois não foi apreendida.

Ressalta, ainda, que a pena imposta e as circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

favoráveis dos pacientes permitem a fixação de regime prisional menos gravoso, à luz dos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, alega que o juiz sentenciante tem o dever de realizar a detração da pena, nos termos do que determina o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, devido estarem presos há mais de 2 anos.

Requer, assim: a) que a pena imposta aos pacientes Kléber Augusto e João Rafael seja fixada aquém do mínimo legal; b) o afastamento da majorante do crime de roubo previsto no art. 157, § 2º, I, do CP; c) a realização da detração penal; e d) a fixação de regime diverso do fechado para o início do cumprimento da pena.

Liminar indeferida às fls. 113/115.

Informações prestadas às fls. 122/124, 127/159, 161/176, 184/185 e 188/196.

Parecer do Ministério Público Federal, às fls. 197/198, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.394 - SP (2015/0290527-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique em ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto à primeira alegação, sobre a atenuante da menoridade relativa, incidente no caso o Enunciado n. 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

No que se refere ao afastamento da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP, ante a ausência de apreensão e perícia da arma de fogo, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento no sentido de que a incidência da aludida majorante prescinde de apreensão e perícia da arma de fogo, notadamente quando comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo de testemunhas.

No depoimento da vítima consta a informação de que foi utilizada arma de fogo, conforme se verifica no seguinte trecho da sentença:

[...]

Pois bem, em juízo, a vítima Marcos Penninch narrou que enquanto dois indivíduos ingressaram no estabelecimento, outro permaneceu no lado de fora, dentro de um veículo.

Disse que estava sozinho dentro da mercearia, momento em que os indivíduos ingressaram no estabelecimento, sendo que um deles anunciou o assalto, portando arma de fogo, e o outro, aproveitando-se dessa situação, entrou atrás do balcão e subtraiu os bens (fl. 65).

Assim, uma vez comprovada a utilização de arma de fogo, inafastável a incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal.

Nesse sentido, confira-se:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. TESE DE ATIPICIDADE QUANTO AO DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL. SÚMULA 500/STJ. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. [...]. HC 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. A Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.127.954/DF Representativo da Controvérsia , firmou entendimento no sentido de que delito de corrupção de menores é crime formal, bastando a participação do menor na prática do delito em companhia de agente imputável. Súmula 500/STJ.

3. A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, e 15 dias-multa.

(HC 199.584/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 03/12/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, são prescindíveis a apreensão e a perícia na 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 comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há relato da vítima sobre o emprego do artefato.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a ilegalidade na terceira etapa da dosimetria e redimensionar a pena final do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa.*

(HC 238.052/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 27/10/2015)

Por último, quanto ao regime prisional, observo que as circunstâncias judiciais foram favoráveis (art. 59 do CP), os pacientes são primários e o regime fechado foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito. Assim, é cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal. A propósito, confira-se 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.

Por fim, à vista da ausência, nestes autos, de elementos suficientes à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar dos pacientes autoriza a fixação de regime mais brando.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENOR. [...]. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N.º 12.736/12. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N.º 1.117.073/PR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Contudo, o estabelecimento do regime prisional deve observar os termos do § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, segundo o qual "[o] tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

5. Conforme entendimento sedimentado na Súmula n.º 611, do Supremo Tribunal Federal, transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções proceder à fixação do regime prisional adequado.

6. "É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior." (REsp 1.117.073/PR, 3.ª Seção, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU de 29/06/2012; sem grifos no original.)

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do Paciente permite, na hipótese, a fixação de regime mais brando

(HC n. 286824/SP, Relatora Min Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/05/2014).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto aos pacientes, bem como para determinar que o Juízo das Execuções examine, com base no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar dos mesmos permite a fixação de regime mais brando.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0290527-7

HC 341.394 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00081142120128260126 1260120120081144 20150000607916 81142120128260126

EM MESA

JULGADO: 04/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GUSTAVO SIQUEIRA MARQUES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOÃO RAFAEL ALVES GOMES
PACIENTE	: KLÉBER AUGUSTO MEDINA DA SILVA
PACIENTE	: LUIZ HENRIQUE ALVES DE ALMEIDA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.