



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.046 - SP (2011/0085914-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : **MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **RICARDO KAKAZU**
PACIENTE : **RENATO SATURNINO DA CUNHA (PRESO)**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO EM FACE DA PERSONALIDADE PERIGOSA DO AGENTE. POSSIBILIDADE. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO EM FACE DA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE.

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. A circunstância de o primeiro paciente estar sob o efeito de drogas no momento em que se utilizou de uma faca para ameaçar a vítima denota a sua periculosidade mais acentuada no caso concreto, estando, assim, justificada a elevação da pena-base.

3. No crime de roubo circunstanciado, 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.

4. Na hipótese, as instâncias ordinárias utilizaram-se de critério matemático para justificar a fração de aumento aplicada (3/8), o que configura ofensa à Súmula 443 do STJ.

5. Há de ser fixado o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao segundo paciente, uma vez que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para aplicar a fração mínima de 1/3 em razão das majorantes do roubo, redimensionando a pena cominada aos dois pacientes, e para estabelecer o regime inicial semiaberto para o segundo paciente.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília, 03 de setembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.046 - SP (2011/0085914-8)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de RICARDO KAKAZU e RENATO SATURNINO DA CUNHA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que, em primeira instância, os pacientes foram condenados pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Ao paciente RICARDO KAKAZU, doravante denominado PRIMEIRO PACIENTE, foi imposta a pena de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, em regime fechado, e o pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, e ao paciente RENATO SATURNINO DA CUNHA, doravante denominado SEGUNDO PACIENTE, foi imposta a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e o pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo (fls. 69/85).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa (fls. 86/97).

No presente *writ*, a impetrante sustenta que: (a) a pena-base do PRIMEIRO PACIENTE teria sido exacerbada sem a devida fundamentação, pois o fato de o agente ter praticado o delito sob o efeito de droga não é causa de aumento de pena, mas sim de isenção desta (art. 45 da Lei n. 11.343/2006); (b) o número de majorantes do roubo não é suficiente para elevar a pena acima da fração mínima de 1/3; e (c) o SEGUNDO PACIENTE faz jus a regime prisional mais brando.

Requer, ao final, a redução da pena-base do PRIMEIRO PACIENTE para o mínimo legal; a redução da fração em face das majorantes para 1/3 e o estabelecimento do regime semiaberto para o SEGUNDO PACIENTE.

Prestadas as informações (fls. 69/85).

O MPF opina pela denegação da ordem (fls. 109/112).

Os autos foram a mim atribuídos em 10/09/2014 (fl. 121).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 204.046 - SP (2011/0085914-8)

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.

No caso em apreço, quanto ao PRIMEIRO PACIENTE, a impetrante se insurge contra a fixação da pena-base acima do mínimo legal.

Quanto ao tema, cumpre transcrever a fundamentação adotada pela sentença e mantida pelo acórdão impugnado (fl. 79):

Atendendo às diretrizes do art. 59 do Código Penal, e levando em conta a personalidade do réu, deve a pena base ser fixada acima do mínimo legal. Como relatou a vítima, foi ele quem a abordou portando a faca e exerceu a efetiva ameaça contra ela, além de ter praticado o delito sob o efeito de drogas, de modo a demonstrar maior periculosidade. Desta forma, a pena base é majorada em 1/6, resultando em 4 anos e 8 meses de reclusão e 11 dias-multa.

Observa-se que o magistrado singular valorou negativamente a personalidade do agente em razão de ele estar sob o efeito de drogas no momento em que se utilizou de uma faca para ameaçar a vítima, o que denotaria a sua periculosidade mais acentuada no caso concreto, estando, pois, justificada a elevação da pena-base.

Frise-se, por oportuno, que a análise do pedido de isenção da pena com base no art. 45 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe amplo reexame do conjunto probatório da ação penal para o fim de verificar se o agente estaria ou não inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, o que é inviável na estreita via do *habeas corpus*.

No que diz respeito à terceira fase da dosimetria, esta Corte firmou o 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."

No presente caso, a sentença e o acórdão da apelação fundamentaram a majoração na terceira etapa de aplicação da pena, na fração de 3/8, tão somente com base no número de causas de aumento, o que está em desacordo com a jurisprudência desta Corte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o que se retira do seguinte excerto do voto condutor, com grifos acrescentados (fl. 96):

Sendo cinco as causas, em ocorrendo duas, como é a hipótese, entende-se que o percentual de 3/8 é o que melhor atende ao critério da proporcionalidade na retribuição penal.

Destarte, forçoso o redimensionamento da reprimenda imposta aos pacientes.

Em relação ao PRIMEIRO PACIENTE (RICARDO), conforme estabelecido pelas instâncias ordinárias, considerando como desfavorável a personalidade perigosa do réu, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa. Na segunda etapa, mantenho a elevação da pena em 1/6 em razão da agravante da reincidência, o que resulta em 5 (cinco), 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa. Na terceira fase, presentes as majorantes relativas ao emprego de arma e ao concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II, do CP), aumento a pena na fração mínima de 1/3 (um terço), fixando-a em 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, e tornando-a definitiva nesse patamar.

No que toca ao SEGUNDO PACIENTE (RENATO), conforme estabelecido pelas instâncias ordinárias, fixo a pena-base no mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda etapa, mantenho inalterada a sanção, já que não é possível aplicar a atenuante da maioria relativa para diminuir a pena para alguém do mínimo legal. Na terceira fase, presentes as majorantes relativas ao emprego de arma e ao concurso de agentes (art. 157, § 2º, I e II, do CP), aumento a pena na fração mínima de 1/3 (um terço), estabelecendo-a em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, e tornando-a definitiva nesse patamar.

Quanto ao regime prisional, mantenho o regime fechado para o PRIMEIRO PACIENTE, considerando, para tanto, a presença da circunstância judicial desfavorável acima identificada e da reincidência.

Todavia, em relação ao SEGUNDO PACIENTE, verifica-se que deve ser abrandado do regime de cumprimento de pena.

Com efeito, 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 para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça 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, respectivamente, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

No caso, verifica-se que as instâncias ordinárias determinaram o regime fechado para o SEGUNDO PACIENTE com base na gravidade em abstrato do delito.

É o que se retira da sentença (fls. 84/85):

Iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado e não poderão recorrer em liberdade. A prática de crimes graves (roubo duplamente agravado) exige repressão e punição mais rigorosas, uma vez que delitos assim geram intranquilidade de trabalhadores e famílias de grandes ou pequenas cidades. Ademais, Ricardo demonstrou estar intimamente ligado ao mundo do crime, pois ostenta condenação anterior por tráfico, sendo reincidente, e ambos estão profundamente envolvidos com as drogas, tanto que praticaram o roubo justamente para possibilitar a aquisição de entorpecentes, o que demonstra que qualquer benefício só servirá de incentivo a voltarem a delinquir.

Esse entendimento foi confirmado pelo Tribunal no julgamento da apelação, nos seguintes termos (fl. 96):

Foi fixado o regime inicial fechado para os dois réus, em razão da gravidade dos delitos praticados e porque o réu RICARDO é reincidente e ambos praticaram o delito para possibilitar a aquisição de entorpecentes.

Assim, há de ser fixado o regime semiaberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao SEGUNDO PACIENTE, uma vez que é réu primário, cuja pena-base foi arbitrada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

À vista do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao PRIMEIRO PACIENTE (RICARDO) para 7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, e ao SEGUNDO PACIENTE (RENATO) para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0085914-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 204.046 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1342010 501000586110 50100058612

EM MESA

JULGADO: 03/09/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **MARIANA SALOMÃO CARRARA - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **RICARDO KAKAZU**

PACIENTE : **RENATO SATURNINO DA CUNHA (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC).