



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.998 - RJ (2017/0200339-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL ALVES CARVALHO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 443/STJ. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/5, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA, PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO QUE SE ALICERÇOU NA GRAVIDADE CONCRETA DO TIPO PENAL VIOLADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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 espécie, é de ser mantida a fração de aumento de 2/5, ante as majorantes do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, pois a Corte local fundamentou a fração acima do mínimo nas peculiaridades concretas do delito, quais sejam, ação praticada em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo mirada para uma criança de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas nove anos de idade, o que demonstra a reprovabilidade concreta da conduta, a ensejar uma maior resposta penal. 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. 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.

– 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*.

– Na espécie, não obstante o paciente seja primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o regime inicial fechado restou fixado com base na gravidade concreta do delito, consistente no fato de o crime ter sido praticado em concurso de três agentes e com uso ostensivo de arma de fogo, que foi mirada para uma criança de apenas nove anos de idade, denotando a maior periculosidade do agente. Precedentes.

– *Habeas corpus* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.998 - RJ (2017/0200339-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : GABRIEL ALVES CARVALHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GABRIEL ALVES CARVALHO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a Apelação n. 0012223-28.2015.8.19.0204.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 64 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, II, do Código Penal (fls. 19/27).

Inconformadas, ambas as partes apelaram. O Tribunal de origem, ao apreciar os apelos, negou provimento ao recurso defensivo e proveu o ministerial, para fixar a pena do paciente em 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, 67 dias-multa, nos termos do acórdão juntado às fls. 28/40.

Neste *writ*, sustenta a impetrante haver constrangimento ilegal na fixação da pena, na terceira fase da dosimetria, em fração superior a 1/3, baseada a fundamentação em critério meramente matemático, referente ao número de majorantes presentes no caso, sem a indicação de circunstâncias concretas a justificarem a exasperação acima do patamar mínimo, o que está em desacordo com o disposto no enunciado sumular n. 443/STJ.

Por fim, aponta constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial mais gravoso que o patamar de pena comporta, o que afronta o entendimento firmado nos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e 440 da Súmula desta Corte.

Requer, liminarmente, a aplicação de regime inicial semiaberto. No mérito, pleiteia a confirmação da liminar e que se promova o aumento da pena do crime de roubo, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira fase, no mínimo legal de 1/3.

Pedido liminar indeferido (fls. 43/44).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 49/57).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.998 - RJ (2017/0200339-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a realização de nova dosimetria da pena, para que seja aplicada, em sua terceira fase, a fração mínima de 1/3, alegando que a fração de 2/5 escolhida lastreou-se apenas no quantitativo das majorantes reconhecidas, incidindo, no caso, a Súmula n. 443/STJ.

Sabe-se que 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 da Súmula n. 443/STJ, *o aumento na terceira fase de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Assim, em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, acima da fração mínima de 1/3, requer devida fundamentação, com referência às circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo.

No caso, o sentenciante, após considerações acerca da materialidade e da autoria do delito, condenou o paciente como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. A pena-base foi fixada no mínimo legal de 4 anos de reclusão e, na fase derradeira, a sanção restou majorada em 1/3, ante o concurso de agentes, alcançando o montante definitivo de 5 anos e 4 meses de reclusão.

O Tribunal revisor, ao julgar o apelo da acusação, reconheceu a incidência da causa de aumento relativa ao emprego de arma e modificou a fração de aumento para 2/5, tendo o voto condutor do acórdão recorrido assentado que (fl. 40):

Ainda quanto à terceira fase da dosimetria, não se descarta que a simples quantidade de majorantes não basta para autorizar aumento superior a um terço. Contudo, a conduta dos réus superou as figuras básicas do art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal. Note-se que eram três os criminosos e que um deles, Gabriel, empunhava um revólver – arma de grande capacidade de intimidação e alto poder lesivo – tendo-o mirado diretamente para uma criança de nove anos de idade. Portanto, justifica-se uma maior exasperação, o que se faz na fração de 2/5 (dois quintos), alcançando a pena final o patamar de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão mais e 67 (sessenta e sete) dias-multa.

Pela leitura do excerto acima transcrito, verifica-se que a Corte local conferiu legalidade à escolha da fração superior à mínima, pois ofertou motivação concreta, consubstanciada nas circunstâncias em que o delito ocorreu, quais sejam, com o concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo, que foi mirada para uma criança de apenas nove anos de idade, o que demonstra a reprovabilidade concreta da conduta, a ensejar uma maior resposta penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, não se trata de caso em que a simples gravidade das causas de aumento da pena, tomada abstratamente e apenas em seu aspecto numérico, foi usada como motivação para a exasperação da reprimenda, em violação do teor da mencionada Súmula n. 443 do STJ, como apontado pela defesa.

Nessa linha, destaco:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DA REPRIMENDA EM 5/12 (CINCO DOZE AVOS). PRESENÇA DE FATORES QUE INDICAM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA. COAÇÃO INEXISTENTE.

1. É possível o incremento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço) quando há a presença de três causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Verificando-se que o aumento em 5/12 (cinco doze avos), na terceira etapa da dosimetria, encontra-se devidamente fundamentado nas particularidades do caso concreto, indicadoras da necessidade de maior reprovabilidade da conduta perpetrada, não há constrangimento ilegal a ser sanado.

3. Mantida a reprimenda em patamar superior a 8 (oito) anos de reclusão, é inviável o estabelecimento de regime diverso do fechado para o resgate inicial, haja vista o não preenchimento do requisito objetivo previsto no artigo 33, § 2º, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 366.980/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. AFASTAMENTO DO CONCURSO FORMAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONSUMAÇÃO DO DELITO. DOSIMETRIA DA PENA NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE. ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL MENOS GRAVOSO. APLICAÇÃO DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTITUTO DA DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ.

(...)

4. O STJ consagrou o entendimento de que "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Súmula 443/STJ).

5. O Tribunal a quo fez menção ao concurso de três agentes na prática do roubo e ao emprego de armas por eles, fundamentando, assim, a aplicação de fração superior à mínima legal, na terceira fase da dosimetria da pena, razão pela qual não se verifica afronta ao teor do referido verbete sumular n. 443/STJ. Precedentes.

(...)

7. Quanto aos pedidos de fixação de regime menos gravoso e aplicação do instituto da detração, o agravante deixou de impugnar os fundamentos utilizados pela decisão agravada para rechaçá-los, atraindo a aplicação do óbice previsto na Súmula 182 desta Corte. Precedentes.

8. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (AgRg no AgRg no AREsp 782.539/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 25/09/2017) - grifei.

Diante de tais considerações, mantém-se a fração de aumento da pena provisória em 2/5, decorrente das majorantes do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes.

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

Nessa linha, foi editada a Súmula n. 440/STJ, segundo a qual, *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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abstrata do delito.

Na mesma esteira, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

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.

No caso, o acórdão recorrido, após redimensionar a pena do paciente para 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, fixou o regime inicial fechado, destacando que *o regime de pena do corréu Gabriel não pode ser diverso do fechado ante a existência de circunstâncias concretas, acima mencionadas, a revelar sua sobrelevada culpabilidade (art. 33, §3º, do Código Penal).*

Observa-se que, não obstante o paciente seja primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o regime inicial fechado restou fixado com base na gravidade concreta do delito, ante as circunstâncias em que se operou o delito, consistentes no fato de o crime ter sido praticado em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo, que foi mirada para uma criança de apenas nove anos de idade, denotando a maior periculosidade do agente, a ensejar a necessidade de um maior rigor penal.

A propósito:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria. (HC 222.445/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

III - O paciente é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, tendo sido condenado à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, seria a princípio aplicável o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

IV - Por outro lado, não se constata flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o fechado, diante da gravidade concreta do delito praticado, considerando que o paciente, juntamente com mais 4 (quatro) agentes, subtraiu um automóvel mediante emprego de arma municiada, fatos que, somados, asseguraram uma maior intimidação ao ofendido, logo, ausente o alegado constrangimento ilegal (precedentes). Ressalva do entendimento pessoal do Relator. Habeas corpus não conhecido. (HC 386.607/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 20/06/2017) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do habeas corpus, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0200339-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 411.998 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00122232820158190204 034029382015 122232820158190204 34029382015

EM MESA

JULGADO: 10/10/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	GABRIEL ALVES CARVALHO
CORRÉU	:	ANDRE PHELIPE DOS SANTOS

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."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.