



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 585.347 - SP (2020/0127549-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MARQUES DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A APLICAÇÃO SUCESSIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. *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. Destarte, 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*, pois exigiriam 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, 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 farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

4. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta. No caso, a Corte de origem olvidou-se de motivar a adoção das frações de aumento de forma cumulada, tendo se limitado a ressaltar a incidência das duas majorantes, o que não serve como justificativa para o incremento sucessivo.

5. Embora a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional indicado pela quantidade de pena a ele imposta, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para a imposição do meio prisional mais gravoso (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 6



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 8 meses de reclusão, mais 16 dias-multa, a ser cumprida em regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em regime diverso.

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

Brasília (DF), 16 de junho de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 585.347 - SP (2020/0127549-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MARQUES DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de **GABRIEL MARQUES DE SOUZA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime prisional fechado, mais 22 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal (e-STJ, fls. 23-44).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, ficando mantido o inteiro teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 53-57).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) deve ser afastada a incidência da causa de aumento de emprego de arma de fogo, pois o artefato não foi apreendido e, por consectário, não restou submetido a perícia para atestar seu potencial lesivo; b) na terceira fase, caso mantida a majorante do emprego de arma de fogo, deve ser afastada a aplicação sucessiva dos aumentos, por ofensa ao art. 68, parágrafo único, do CP; c) o regime prisional fechado mostra-se desproporcional, já que nada indica a necessidade de fixação do meio prisional mais severo do que o indicado pelo *quantum* de reprimenda imposto ao réu.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de rever o cálculo dosimétrico e fixar o meio prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, apenas para reduzir o incremento na terceira fase da dosimetria a 2/3 e estabelecer o regime prisional semiaberto (e-STJ, fls. 62-71).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 585.347 - SP (2020/0127549-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL MARQUES DE SOUZA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. AUMENTO DA PENA NA TERCEIRA FASE. ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA A APLICAÇÃO SUCESSIVA DAS CAUSAS DE AUMENTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. *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. Destarte, 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*, pois exigiriam 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, 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 farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

4. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta. No caso, a Corte de origem olvidou-se de motivar a adoção das frações de aumento de forma cumulada, tendo se limitado a ressaltar a incidência das duas majorantes, o que não serve como justificativa para o incremento sucessivo.

5. Embora a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional indicado pela quantidade de pena a ele imposta, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para a imposição do meio prisional mais gravoso (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena a 6 anos e 8 meses de reclusão, mais 16 dias-multa, a ser cumprida em regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em regime diverso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, 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. Destarte, 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*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

"Atendendo às diretrizes previstas no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do crime, com correção monetária desde aquela data. Não há que se falar em confissão, eis que o réu não admitiu o emprego de arma de fogo para o exercício da ameaça. A menoridade relativa não pode atenuar a pena, pois esta já foi fixada no mínimo legal. Não existem outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar. O crime foi cometido em concurso de agentes, razão pela qual aumento a pena acima fixada em 1/3. O crime foi também cometido mediante emprego de arma de fogo para o exercício da ameaça, razão pela qual aumento a pena fixada em 2/3. Não existem outras causas de aumento ou diminuição de pena a aplicar. Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a ação e CONDENO GABRIEL MARQUES DE SOUZA, qualificado nos autos, à pena de 08 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 22 (vinte e dois) dias-multa, calculados cada qual em um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo do cometimento do crime, com correção monetária desde aquela data, por infração ao artigo 157, §2º, inciso II, e §2º-A, inciso I, do Código Penal. A pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado, ante a gravidade e circunstâncias do crime praticado. Conforme reiterada jurisprudência, "a concessão de regime aberto ou semiaberto, nos casos onde a periculosidade do agente é evidente, equivale a uma autentica impunidade e no incentivo injustificável para a pratica de outra infração" (RJDTACRIM volume 10-abril/junho 1991 – pagina: 115, relator: Silva Rico). No mesmo sentido: "é de se manter o regime fechado de prisão quando tratar-se de crime grave, como é o roubo, pois aqueles que insistem em praticá-lo demonstram conduta social afrontosa ao clamor publico e personalidade distorcida" (RJDTATCRIM volume 16 – outubro/dezembro 1992 – pagina 141 – relator: Afonso Faro)" (e-STJ, fls. 41-42).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Colegiado de origem, por sua vez, desproveu o apelo defensivo, asseverando:

"A pena-base foi fixada no piso, em 04 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Embora presente a atenuante da menoridade relativa, esta não poderia conduzir a reprimenda aquém do mínimo, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase, houve exasperação em 1/3, diante da presença da causa de aumento de pena do concurso de agentes.

Depois, em razão do emprego de arma de fogo, foi aplicada nova majoração, na fração de 2/3, totalizando, em definitivo, 08 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, e pagamento de 22 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Agiu com seu costumeiro acerto o D. Magistrado sentenciante.

Pretende a defesa a incidência do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, no entanto, razão não lhe assiste.

Insta salientar que tal preceito é uma faculdade conferida ao magistrado, uma vez que a redação é clara ao dispor que o juiz pode (e não deve) aplicar somente uma causa de aumento de pena.

Evidentemente que o agente que emprega duas ou mais majorantes merece maior reprovabilidade de sua conduta, não podendo ser apenado como aquele que se utilizou apenas da arma de fogo para a prática delitiva, em respeito ao princípio da individualização da pena.

Ora, o emprego de arma de fogo e do concurso de agentes aumentaram em muito a potencialidade lesiva da conduta ilícita, além de diminuir a capacidade de resistência da ofendida e aumentar seu temor sobre a conduta dos agentes.

Assim sendo, mantenho tal como estabelecida a reprimenda final, com ambos os aumentos empregados.

Outrossim, não era mesmo caso de soma dos aumentos, ao invés de aumentos consecutivos, e para explanar a questão, trago um exemplo prático.

Se versassem os autos a respeito de dois roubos majorados em continuidade delitiva, na terceira fase, aplicaríamos primeiramente o aumento previsto no artigo 157, § 2º, do Código Penal. No resultado desta conta, aplicaríamos o aumento trazido no bojo do artigo 71, do mesmo Diploma Legal.

Logo, como se vê, cada aumento deve ser aplicado no resultado anterior da reprimenda obtido durante a dosimetria da pena.

Por fim, em que pese o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, verifico que, a detração a ser realizada ante o tempo de prisão cautelar cumprido, a meu ver, não autorizaria, por si só, a imposição de regime prisional mais brando.

Ora, nestes autos do processo de conhecimento não há elementos suficientes para se aferir se o réu preenche os requisitos de ordem subjetiva para a progressão de regime prisional, o que cabe ao Juízo das Execuções" (e-STJ, fls. 55-57).

Inicialmente, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

Para corroborar tal entendimento, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. RECONSIDERAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO PESSOAL. VIOLAÇÃO DO ART. 226 DO CPP. CONDENAÇÃO FUNDADA EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. MERA IRREGULARIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ. APREENSÃO E PERÍCIA DE ARMA DE FOGO. POTENCIALIDADE LESIVA. PRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, NEGANDO-LHE PROVIMENTO.

1. Impugnada suficientemente a decisão de inadmissão do recurso especial, deve ser conhecido o agravo.

2. O desrespeito às balizas do art. 226 do Código de Processo Penal, concernentes ao reconhecimento pessoal, acarretam o enfraquecimento da força probante da providência, mas não a sua invalidação (HC 196.797/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/3/2014, DJe 24/3/2014).

3. O acolhimento do pleito defensivo de absolvição demanda revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Para o reconhecimento da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, 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 que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva. Súmula 83/STJ.

5. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas lhe negar provimento."

(AgRg no AREsp 1617926/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 5/3/2020, DJe 10/3/2020, destacou-se).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. DESNECESSIDADE DE PERICIAR A ARMA DE FOGO. PRECEDENTES. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO RELATIVO A ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. TEMA NÃO ABORDADO PELA CORTE ORIGINÁRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. ELEMENTO CONCRETO APONTADO PARA JUSTIFICAR O MODO MAIS GRAVOSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - É assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos.

II - No que diz respeito à incidência da causa de aumento de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prevista no inciso I § 2º do art. 157 do Código Penal (emprego de arma), a Terceira Seção desta Corte, quando do julgamento do EREsp n. 961.863/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, é dispensável a apreensão e realização de perícia no respectivo objeto, desde que existentes outros meios que comprovem a utilização da arma de fogo na prática delituosa.

III - No caso dos autos, a r. sentença condenatória, mantida pelo o eg. Tribunal de origem, se lastreou na prova oral colhida em juízo - depoimentos das vítimas e dos policiais -, ao concluir pela aptidão da arma de fogo utilizada no crime de roubo, como se observa dos excretos acima transcritos.

IV - Pontue-se que, 'conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito.' (HC n. 106.479/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13/12/2010).

V - Quanto ao percentual de diminuição da atenuante da menoridade relativa, percebe-se que o Tribunal de origem não examinou a referida questão. Desse modo, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

VI - No que tange ao regime inicial, a jurisprudência do STJ é iterativa no sentido de que, ainda que o condenado seja primário e o *quantum* de pena aplicada seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito) anos, justifica-se o regime inicial fechado, quando presente circunstâncias judiciais desfavoráveis. No caso em apreço, as circunstâncias do crime foram valoradas negativamente. VII - Ademais, cumpre destacar que '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' (HC n. 452.147/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 14/08/2018).

VIII - Na hipótese em foco, nota-se a presença de elementos concretos para a imposição de regime mais gravoso, não se restringido a fundamentação a considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, uma vez que a Corte originária destacou que o sentenciado disparou arma de fogo contra os policiais.

Agravo regimental desprovido"

(AgRg no HC 500.019/RJ, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 1/10/2019, DJe 8/10/2019, destacou-se).

Por outro lado, insurge-se a defesa contra a aplicação do aumento de 2/3 pelo emprego de arma de fogo e de 1/3 pela majorante da comparsaria.

Sobre o tema, cumpre esclarecer que a jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES, DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO LEGAL. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA DO *WRIT*. DOSIMETRIA. ART. 68 DO CP. CONCURSO DE MAJORANTES. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A APLICAÇÃO CUMULATIVA DAS FRAÇÕES DE AUMENTO. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 3. Quanto ao art. 157, § 2º-A, do CP, 'a instauração do incidente de inconstitucionalidade é incompatível com a via célere do habeas corpus porque a celeridade exigida ficaria comprometida com a suspensão do feito e a afetação do tema à Corte Especial para exame do pedido' (HC 244.374/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, DJe 1º/8/2014). 4. A jurisprudência da Suprema Corte é no sentido de que o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento referente à parte especial do Código Penal, quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

5. No caso, as instâncias de origem não fundamentaram concretamente a adoção das frações de aumento de forma cumulada, limitando-se apenas a ressaltar a incidência das duas majorantes nos crimes de roubo imputados ao paciente. Ademais, não configura fundamentação concreta a menção às razões ou consequências que levaram o legislador a prever as referidas circunstâncias como causas de aumento.

[...] 7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente ao patamar de 7 anos e 8 meses de reclusão e 16 dias-multa, mantidas as demais disposições do acórdão impugnado." (HC 542.236/SP, minha Relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019).

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO APENAS DA MAJORANTE DE MAIOR VALOR. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO, MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A teor do art. 68, parágrafo único, do Código Penal, a aplicação das causas majorantes e minorantes se dá sem compensação, umas sob as outras, não sendo admissível a pretendida tese de incidência de única majorante dentre as aplicáveis.

2. Tendo sido o crime de roubo praticado com o efetivo emprego de arma de fogo e ainda mediante concurso de cinco agentes, correta foi a incidência separada e cumulativa das duas causas de aumento.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 512.001/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

29/08/2019).

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. LEI N.º 13.654/2018. DOSIMETRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA NO SENTIDO DE SER VEDADO O CÚMULO DE CAUSAS DE AUMENTO DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE QUE SEJA APLICADA APENAS A MAJORANTE DE MAIOR VALOR. IMPROCEDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO CORRETA DO ART. 68, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO, HAVENDO FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA, NA HIPÓTESE. PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO SOMENTE DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2.º-A, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. *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 a 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 revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/03/2015).

- A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de que o art. 68, Parágrafo Único, do Código Penal, não exige que o juiz aplique uma única causa de aumento da parte especial do Código Penal quando estiver diante de concurso de majorantes, mas que sempre justifique a escolha da fração imposta.

- Assim, não há ilegalidade flagrante, em tese, na cumulação de causas de aumento da parte especial do Código Penal, sendo razoável a interpretação da lei no sentido de que eventual afastamento da dupla cumulação deverá ser feito apenas no caso de sobreposição do campo de aplicação ou excessividade do resultado (ARE 896.843/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 23/09/2015).

- Contudo, na hipótese ora analisada, as instâncias ordinárias não fundamentaram, concretamente, o cúmulo de causas de aumento, com remissão a peculiaridades do caso em comento, pois o *modus operandi* do delito, como narrado, confunde-se com a mera descrição típica das majorantes reconhecidas, não refletindo especial gravidade.

- Assim, respeitada a proporcionalidade da pena no caso concreto, e a intenção da Lei n. 13.654/2018, afasta-se a majorante do art. 157, § 2.º, inciso II ('A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade se há o concurso de duas ou mais pessoas'), aplicando-se apenas a do art. 157, § 2.º-A, inciso I ('A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços)' se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo'), ambas do Código Penal.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do paciente ao novo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar de 9 anos e 26 dias de reclusão, e 21 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 472.771/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 13/12/2018, grifou-se).

Conforme visto acima, a Corte de origem olvidou-se de motivar a adoção das frações de aumento de forma cumulada, tendo se limitado a ressaltar a incidência das duas majorantes, o que não serve como justificativa para o incremento sucessivo.

Nesse contexto, resta evidenciada flagrante ilegalidade na aplicação cumulativa das causas de aumento previstas no art. 157, § 2º e § 2º-A, ambos do Código Penal.

Passa-se, pois, à nova dosagem da pena.

Partindo da pena-base de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, deve permanecer inalterado o *quantum* de reprimenda na etapa intermediária, em razão do óbice da Súmula n. 231/STJ. Por fim, aplicando-se exclusivamente o aumento de 2/3 pelo emprego de arma de fogo, chega-se à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, mais 16 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".

In casu, embora a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional indicado pela quantidade de pena a ele imposta, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para a imposição do meio prisional mais gravoso (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

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

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal - CP. 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.

4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi 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 Código Penal.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir, à fração de 1/3, o aumento da pena do paciente, decorrente das majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 381.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017, destacou-se).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE RECLUSÃO DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 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.

- **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 n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.**

- No caso dos autos, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final ter sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas em elementos inerentes ao próprio tipo penal, e no fato de o paciente estar preso por outro processo, ainda em curso, fundamento igualmente inidôneo. Incidem, ao caso, assim, os referidos enunciados sumulares.

- *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar regime inicial aberto.

(HC 381.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017, grifou-se).

Em verdade, tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena superior a 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos 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 de desconto da pena, nos termos do art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reduzir a pena a 6 anos e 8 meses de reclusão, mais 16 dias-multa, a ser cumprida em regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em regime diverso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0127549-8

HC 585.347 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00075358820188260635 20200000310628 75358820188260635

EM MESA

JULGADO: 16/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GABRIEL MARQUES DE SOUZA (PRESO)
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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.