



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 401.040 - SP (2017/0121742-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CARLOS ALBERTO CARVALHO DOS SANTOS
ADVOGADOS : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO EM RAZÃO DE USO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 174/STJ CANCELADA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. REPRIMENDA INICIAL REDUZIDA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte superior, desde o cancelamento da Súmula 174/STJ, não admite mais a exasperação da pena-base com fundamento em simulacro de arma de fogo, o qual é apto para caracterizar apenas a grave ameaça, circunstância inerente ao tipo penal de roubo.

2. Agravo regimental improvido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de novembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 401.040 - SP (2017/0121742-0)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CARLOS ALBERTO CARVALHO DOS SANTOS
ADVOGADOS : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de decisão, de minha relatoria, que concedeu a ordem no *habeas corpus*, a fim de reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem, contudo, alterar a reprimenda final, além de fixar o regime inicial aberto.

Sustenta o agravante que *"propõe-se, em síntese, que não se admita enforçar a 'elementar' de um delito, ou qualquer elemento de uma figura típica, qualificada ou não, como algo tão inflexível que não se possa refletir na pena"*. Afirma, ainda, que *"dizer que a violência é elementar, ou que a ameaça é elementar, tornando-se a regra com inflexibilidade, significa em última análise afirmar que o legislador, ao criar a figura típica, só admitiu variação na pena para a hipótese de acontecerem novos fatos, externos ao tipo, e não quando o crime fosse mais ou menos grave diante do próprio tipo. Em outras palavras, não interessaria o grau de violência ou ameaça, o crime é igual, as penas são iguais, o regime prisional é igual"*. Destaca, também, que *"tem-se, então, uma situação absurda: a gravidade em si do crime é absolutamente irrelevante para dosar a pena e, com isso, para estabelecer regime de cumprimento"*.

Requer, assim, a reconsideração da decisão impugnada ou a submissão do agravo à Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 401.040 - SP (2017/0121742-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Compulsando-se os autos, nota-se que a ordem do *habeas corpus* foi concedida, nos seguintes termos (fls. 63/67):

[...]

No concernente ao pleito de redução da pena-base ao mínimo legal, colaciona-se, por oportuno, o seguinte trecho do acórdão de apelação que exasperou a sanção inicial, a saber (fls. 23/24):

A pena-base deve ser exacerbada em 1/6 (um sexto) — passando a ser de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 11 (onze) dias-multa, desprezadas as frações, já que: 1. o simulacro deveria ter sido reconhecido como majorante, uma vez que teve poder intimidativo, pois, não fosse assim, a vítima não teria deixado ocorrer o apossamento indevido de seu bem, ou teria, ao menos, esboçado alguma resistência. Assim já decidiu este Tribunal de Justiça (Ap. nº 00045277-40.2010.8.26.0050, rei. Des. José Damião Pinheiro Machado Cogan, 5ª Câm., j. em 04.10.12) : "Entendemos, com a devida vênia, que o emprego de arma de brinquedo serve para qualificar o roubo, já que na situação de tensão e temor em que a vítima é colocada não teria ela condições de distinguir entre o simulacro de arma e a arma verdadeira. Assim, o efeito causado por uma arma de brinquedo em situação audaciosa como a presente, em que os apelantes exigiram das vítimas seus pertences, em nada traz a certeza de que não tratar-se-ia de arma verdadeira. O temor sofrido pelas vítimas é grande, idêntico ao que ocorre no roubo com armas verdadeiras. Ao nosso ver, portanto, a arma de brinquedo, similar à verdadeira, justifica o reconhecimento da qualificadora"; 2. no entanto, como não foi reconhecido como majorante na terceira etapa, pode-se utilizá-la na primeira etapa como circunstância judicial desfavorável ao Réu.

Como é consabido, via de regra, não se presta o remédio heróico à revisão da dosimetria das penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Contudo, a jurisprudência desta Corte admite, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas, nas hipóteses de manifesta violação aos critérios dos arts. 59 e 68, do Código Penal, sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou ainda de erro de técnica.

No presente caso, tem-se que a pena-base foi fixada em 4 anos e 8



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão, mais 11 dias-multa em razão da utilização de simulacro de arma de fogo. Entretanto, a fundamentação utilizada, desde o cancelamento da Súmula 174/STJ, não é mais considerada idônea, na medida em que, nos termos da jurisprudência pacífica atual, o fato de o agente portar simulacro de arma de fogo não constitui elemento apto a justificar a imposição da sanção inicial acima do mínimo, por ser inerente ao próprio tipo penal. Nesse mesmo norte:

[...]

De rigor, portanto a redução da pena-base ao mínimo legal, qual seja, 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa. Destaco, contudo, que a sanção final não será alterada, uma vez que, não obstante o reconhecimento da confissão espontânea, a reprimenda intermediária não pode restar em patamar inferior ao piso legal, em obediência à Súmula 231/STJ. Ademais, ausentes causas de aumento ou diminuição, a pena final será de 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa.

No concernente ao regime inicial, tem-se que a Corte estadual alterou para o fechado, com os seguintes fundamentos (fls. 25/26):

Quanto ao regime inicial fixado, sua alteração para o fechado é imperiosa, seja: 1. pela preparação do Réu - esperar alguém sacar razoável quantidade de dinheiro no banco para então, apontando um simulacro de arma de fogo, subtrair toda a quantia retirada, se é que não existia outro agente dentro da agência para informá-lo sobre os vultuosos saques que havia naquele dia -, o que denota maior perigosidade do agente e maior facilitação na obtenção do resultado; (...)

Com efeito, nota-se que a Corte de origem alterou o regime inicial para o fechado, tendo em vista a preparação do Réu - esperar alguém sacar razoável quantidade de dinheiro no banco para então, apontando um simulacro de arma de fogo, subtrair toda a quantia retirada, contudo, tais elementos são inerentes ao próprio tipo penal violado. Isso porque, não obstante existirem julgados afirmando ser possível o agravamento do modo prisional pela especial preparação do delito, no presente caso, ao que consta do acórdão impugnado, não houve uma efetiva preparação anterior, tendo em vista que o agente apenas aguardava uma pessoa sacar um numerário maior para cometer o delito.

Dessa forma, nota-se que o fundamento utilizado para justificar a escolha do modo prisional mais gravoso não é idôneo. Assim, a fixação do regime fechado, in casu, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, in verbis:

"Súmula 440: "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".

Súmula 718/STF: "A opinião do julgador sobre a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

*Ainda nesse sentido:
[...]*

Dessa forma, tendo em vista o quantum final da pena não ser superior a 4 anos de reclusão, a favorabilidade das circunstâncias judiciais, pela redução da pena-base ao mínimo legal, e a primariedade do paciente (fl. 19), devida a concessão da ordem para fixar o modo prisional aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, c, do CP.

Ante o exposto, concedo a ordem para reduzir a pena-base ao mínimo legal, sem, contudo, alterar a reprimenda final, e fixar o regime inicial aberto.

Insurge-se o recorrente com relação à redução da pena-base ao mínimo legal, afirmando que o simulacro de arma de fogo seria idôneo a justificar o incremento. Contudo, não lhe assiste razão.

Isso porque, conforme destacado na decisão agravada, esta Corte superior, desde o cancelamento da Súmula 174/STJ, não mais admite a exasperação da sanção inicial com esteio em tal fundamento, por entender que se trata de circunstância inerente ao próprio tipo penal. Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR A UTILIZAÇÃO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO PARA EXASPERAR A PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NESTA CORTE. CANCELAMENTO DO ENUNCIADO N. 174 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido de que o uso de simulacro de arma de fogo não constitui motivo idôneo para exasperar ou majorar a pena no crime de roubo, prestando-se, tão somente, a caracterizar a grave ameaça, circunstância elementar do delito, razão pela qual a Súmula 174/STJ foi cancelada.

3. No caso, as penas aplicadas ao réu foram majoradas, na terceira fase da dosimetria, em 2/5, em razão da incidência de duas majorantes: uso de arma e concurso de agentes. Assim, afastada a majorante de uso de arma, deve incidir a fração mínima de 1/3.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas aplicadas ao paciente. (HC 320.340/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 15/02/2016).

Destaco que não há falar em inflexibilidade da regra, uma vez que, constatada a existência de gravidade concreta que justifique o incremento da pena-base, é devida a exasperação, sendo, contudo, inviável considerar possível o aumento da reprimenda inicial com fundamento na gravidade abstrata do delito, uma vez que em razão do caráter punitivo do Direito Penal, toda restrição superior à mínima cominada em abstrato, bem como escolha de regime prisional mais gravoso, devem ser devidamente justificadas, não se prestando a tal o emprego de simulacro de arma de fogo, apto, tão-somente, a evidenciar a grave ameaça, ínsita ao delito.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0121742-0

AgRg no
HC 401.040 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00463642120168260050 10362016 20170000217516 463642120168260050

EM MESA

JULGADO: 14/11/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO CARVALHO DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CARLOS ALBERTO CARVALHO DOS SANTOS
ADVOGADOS : FABIANA CAMARGO MIRANDA GUERRA
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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