



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.629 - SP (2013/0200922-6)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NELSON DIEGO PINTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, COMBINADO COM OS ARTS. 29 E 70, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. AUMENTO DA PENA EM 3/8. NÚMERO DE QUALIFICADORAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. FRAÇÃO DE AUMENTO REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto em lei, a menos que seja constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

IV - A aplicação da fração de 3/8 (três oitavos) apenas com base na quantidade de majorantes contraria o entendimento desta Corte consolidado em sua Súmula 443. Precedentes.

V - Fração de aumento reduzida ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), restando a sanção definitiva fixada em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias multa, mantido os demais termos do acórdão apontado como coator.

VI - Deve ser mantido o regime de cumprimento da pena fixado pelas instâncias ordinárias, em razão da gravidade concreta do fato delituoso, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, circunstância que evidencia a maior periculosidade social do agente, justificando a resposta estatal mais severa. O indivíduo que pratica o crime de roubo valendo-se de arma branca ou imprópria expõe o patrimônio e a incolumidade física da vítima a determinado risco, decorrente do nível de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

intimidação e possibilidade de resistência. Diversa é a situação na qual o delito em tela é cometido com o emprego de arma de fogo, pois dotada de maior potencial ofensivo, não só em relação à vítima, mas também em face de terceiros. Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal. Precedentes. Ademais, a análise da adequação do regime inicial de cumprimento da pena pode ser feita com base na totalidade da sentença ou do acórdão condenatórios, quando existirem dados concretos para tanto, em outros tópicos do *decisum* impugnado, que não possam ser desprezados.

VII - *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena imposta ao Paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUINTA Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 20 de maio de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRA REGINA HELENA COSTA

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.629 - SP (2013/0200922-6)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NELSON DIEGO PINTO

RELATÓRIO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **NELSON DIEGO PINTO**, apontando-se, como autoridade coatora, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, combinado com os arts. 29 e 70, *caput*, todos do Código Penal, às penas de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa (e-STJ Fls. 18-27).

Inconformada, a Defesa interpôs a Apelação Criminal n. 0003075-64.2010.8.26.0562 perante o Tribunal *a quo* que, à unanimidade, negou provimento ao recurso (e-STJ Fls. 29-40).

No presente *writ*, alega a Impetrante ausência de fundamentação idônea para exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, mediante adoção da fração de 3/8.

Aduz, ainda, que o regime inicial de cumprimento da pena foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, em flagrante violação às Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte Superior.

Requer, liminarmente, o estabelecimento do regime prisional semiaberto e, no mérito, a concessão da ordem para que seja alterado o *quantum* imposto na terceira fase de aplicação da pena e confirmado o regime inicial semiaberto de cumprimento da reprimenda.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ Fls. 46-47).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações (e-STJ Fls. 57-137 e 140-158).

Parecer ministerial (e-STJ Fls. 163-167).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.629 - SP (2013/0200922-6)

RELATORA : MINISTRA REGINA HELENA COSTA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NELSON DIEGO PINTO

VOTO

A EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA REGINA HELENA COSTA (Relatora):

De início, verifico tratar-se, em verdade, de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, porquanto ataca acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n. 0003075-64.2010.8.26.0562 (e-STJ Fls. 29-40).

Ocorre que, acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do *Habeas Corpus* n. 109.956/PR (Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.09.2012), a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. IMPRESCINDIBILIDADE DE DEVIDA INSTRUÇÃO E DE PRÉVIA SUBMISSÃO À INSTÂNCIA DE ORIGEM. INVIABILIDADE DA ANÁLISE DIRETA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 3.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPUGNAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. IMPETRAÇÃO MANEJADA COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. 4. EXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA EXÍGUA DO MANDAMUS. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Os temas suscitados pela defesa não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, o que impede a verificação da existência de flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão de habeas corpus de ofício.

3. Relativamente à matéria efetivamente submetida ao prévio crivo da Corte a quo, visa o impetrante valer-se do remédio heroico como verdadeira revisão criminal, o que não se mostra cabível e apenas confirma o desvirtuamento dos institutos do processo penal.

4. Mostra-se inviável, na via eleita, avaliar se as provas constantes dos autos são suficientes para caracterizar o concurso formal de crimes, porquanto tal procedimento não se coaduna com o processamento do habeas corpus, que demanda a demonstração do constrangimento ilegal de forma patente. Precedente.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 265.741/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 03.09.2013, DJe 16.09.2013, destaques meus).

Na mesma linha, destaco os seguintes julgados desta Corte:

AgRg no HC 267.702/MG, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 02.10.2013; HC 227.271/MS, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 19.09.2013; HC 143.559/DF, 5ª T., Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 16.09.2013; HC 272.762/TO, 6ª T., Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

16.09.2013; HC 178.850/RS, 6ª T., Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe de 13.09.2013.

Assim, de rigor o não conhecimento do presente *habeas corpus*.

A despeito da impossibilidade de conhecimento do *writ*, convencionou-se analisar as alegações apresentadas, de forma fundamentada, a fim de apreciar a necessidade de concessão da ordem, de ofício.

Em todo caso, a ilegalidade passível de justificar a impetração do *habeas corpus* deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito, que não demandem incursão no acervo probatório constante dos autos (v.g. HC 155.924/RJ, 6ª T., Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29.08.2012).

No caso sob exame, o Impetrante logrou demonstrar, apenas em parte, a existência de ilegalidade flagrante capaz de justificar a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, tendo o Tribunal *a quo* mantido a sentença que estabeleceu o aumento da pena à razão de 3/8, nos seguintes termos (e-STJ Fls. 37-39):

A pena-base foi fixada no mínimo legal, restou inalterada na segunda-fase e, em seguida, foram bem reconhecidas as causas de aumento de pena do emprego de arma e do concurso de agentes, o que elevou a sanção em 3/8.

Correto o aumento acima do mínimo.

Com efeito, se qualquer arma até mesmo a arma branca ou a arma imprópria - basta à incidência da causa de aumento de pena do artigo 157 § 2º, I do Código Penal, o uso de arma de fogo justifica aumento em patamar superior ao mínimo.

Nesse sentido vem decidindo esta Colenda Câmara:

“Isto porque, a elevação da pena na fração acima indicada (5/12) tem fundamento no advento da Lei nº 9.246/96, pois, ao criar duas novas figuras qualificadas no § 2º do artigo 157 do Código Penal (incisos IV e V), não mais autoriza e nem tampouco justifica a majoração nos moldes anteriores. Desse modo, deve-se impor o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento de 1/3 quando for uma qualificadora; 3/8 quando forem duas; 5/12 (ou 2/5) quando forem três; 11/24 quando forem quatro e no máximo quando forem cinco qualificadoras.” (Apelação Criminal nº 990.08.097207-3, Rel. Des. Fernando Torres Garcia; no mesmo sentido: Apelação nº 1435655/7, Rel. Cardoso Perpétuo, j. 08.06.04; Apelação nº 1439995/7, Rel. Cláudio Caldeira, j. 07.10.04; Apelação nº 1453479/4, Rel. Pedro de Alcântara, j. 20.10.04; Apelação nº 1449671/9, Rel. Lopes da Silva, j. 19.10.04).

Contudo, consoante entendimento firmado no âmbito desta Corte Superior de Justiça, a presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de exasperação da punição em percentual acima do mínimo legal previsto, exceto quando constatada a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não se verifica na hipótese dos autos.

De fato, 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 n. 443/STJ).

Confiram-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OPERANDI QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

6. A presença de mais de uma majorante no crime de roubo não é causa obrigatória de aumento da reprimenda em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie. Incidência da Súmula n.º 443 deste Tribunal.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, tão somente na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

(HC 231.510/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO QUANTO AO PEDIDO DE REVISÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ALTERAÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

(...)

2. O presente recurso se presta a corrigir omissão no julgado proferido, em especial no quantum da pena. Na hipótese, houve omissão quanto ao pedido de revisão da pena na terceira fase da dosimetria, uma vez que foi estipulada a razão de 3/8 (três oitavos) para acréscimo da reprimenda, enquanto a defesa pleiteava a aplicação do mínimo legal (1/3). Portanto, necessário rever a dosimetria na referida fase.

3. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

4. Embargos de declaração acolhidos a fim de reduzir a razão de acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria de 3/8 (três oitavos) para 1/3 (um terço), tornando a reprimenda do paciente Claudinei definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, e a pena do paciente José em 6 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, mantida a concessão do regime semiaberto para o paciente Claudinei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(EDcl no HC 223.137/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013).

Sendo assim, impõe-se que a exasperação, na terceira fase da dosimetria, seja reduzida para a fração mínima de 1/3, prevista no art. 157, § 2º, do Código Penal.

Passo, pois, ao redimensionamento da pena.

In casu, portanto, tem-se que a pena-base foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa (e-STJ Fl. 25).

Ante a inexistência de agravantes ou atenuantes, mantém-se a pena em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias multa.

Na terceira fase da dosimetria, a pena é aumentada em 1/3 (um terço), em razão das duas majorantes, restando fixada definitivamente em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Mantendo-se a fração de 1/6 em razão do concurso formal, a pena resta definitivamente fixada em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias multa.

Quanto ao regime de cumprimento da pena fixado pelas instâncias ordinárias, verifica-se que deve ser mantido, em razão da gravidade concreta do fato delituoso, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, circunstância que, segundo o atual entendimento da 5ª Turma desta Corte, evidencia a maior periculosidade social do agente, justificando a resposta estatal mais severa.

Com efeito, a determinação do regime prisional não se vincula, de forma absoluta, ao montante da pena privativa de liberdade.

Assim, à luz do princípio da individualização da pena, que atua tanto a favor como contra o réu, e atento à necessidade e suficiência da resposta estatal, para a reprovação e prevenção do crime, o magistrado deve fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda levando em conta que não pode ser oferecida a mesma resposta para casos nos quais a exposição ou ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolutamente desigual.

É dizer, o indivíduo que pratica o crime de roubo valendo-se de arma branca ou imprópria, como, por exemplo, um estilete, uma tesoura, um gargalo de garrafa quebrada ou um pedaço de madeira, expõe o patrimônio e a incolumidade física da vítima a determinado risco, decorrente do nível de intimidação e possibilidade de resistência.

Diversa é a situação na qual o delito em tela é cometido com o emprego de arma de fogo, pois dotada de maior potencial letal, não só em relação à vítima, mas também em face de terceiros.

Ademais, entendo que não se pode perder de vista que, como regra, a diferença entre a consumação de um roubo ou de um latrocínio está mais relacionada com a reação da vítima do que propriamente com a disposição do sujeito ativo.

De fato, “o agente que se utiliza de arma de fogo para subtrair bens da vítima atua com ousadia e periculosidade extremadas, estando disposto a “matar ou morrer”, o que torna a infração mais grave e reprovável” (RHC 42.206/SP, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 26.02.2014).

Por outro lado, se a circunstância judicial referente aos antecedentes ou a agravante da reincidência – que não geram maior risco imediato ao bem jurídico tutelado – podem embasar a imposição de regime fechado, com maior razão, a prática do delito patrimonial em questão, no qual a violência ou grave ameaça tenha sido exercida com emprego de arma de fogo, justifica a imposição do regime mais gravoso.

Em tais casos, mesmo que a pena-base seja estabelecida no mínimo legal, não haverá contrariedade à Súmula 440 desta Corte, por força da gravidade concreta do delito, decorrente da utilização de instrumento dotado de maior poder letal.

A propósito, os seguintes precedentes da 5ª Turma desta Corte:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À SÚMULA 443/STJ. 3. REGIME FECHADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

3. Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, o agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo não deve ser tratado de modo idêntico àquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução "emprego de arma" - causa especial de majoração da pena no crime de roubo - abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau ou de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quanto as armas de fogo - conduta que constitui crime autônomo e grave; nada mais razoável e lógico do que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da resposta penal. Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo (aspecto quantitativo), justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita (aspecto qualitativo).

4. Ordem não conhecida.

(HC 282978/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 02/04/2014).

"HABEAS CORPUS" SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o "decisum" que impõe regime de cumprimento mais severo do que prevê a lei requer motivação respaldada em elementos concretos, não sendo suficiente a gravidade em abstrato do delito. Súmulas nº 718 e nº 719, do STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. É certo que o comando legal do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, não determina que o regime inicial tenha por baliza a pena-base fixada, e sim, que o Magistrado deva fundamentar seu decisum apoiado nas circunstâncias elencadas no art. 59, do mesmo Codex.

3. Igualmente, as Súmulas n.º 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal e a Súmula n.º 440, deste Sodalício, refutam a imposição de regime mais gravoso, quando lastreada, apenas, na gravidade abstrata do delito ou através de motivação inidônea.

4. "In casu", as instâncias ordinárias se apoiaram nos fatos concretos, ante as peculiaridades das circunstâncias que cercaram a prática da ação delituosa, sopesando a grave ameaça empregada e a impossibilidade de reação da vítima, em face do emprego de arma de fogo, quando da estipulação do regime inicial fechado.

5. "Habeas corpus" não conhecido por ser substitutivo do recurso cabível.

(HC 279.272/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME, COMO NO CASO, PELO FIRME E COESO DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ILEGALIDADE. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Hipótese em que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa, pela suposta prática do delito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal.

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória, tão somente na terceira fase da dosimetria da pena, a fim de reduzir a reprimenda do Paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

(HC 231.510/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVAS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO MOTIVADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS N. 718 E 719 DO STF E SÚMULA N. 440 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso quando, apesar de a pena-base ter sido estabelecida no mínimo legal, foram consideradas as circunstâncias fáticas ensejadoras do regime mais gravoso, caracterizadas pela utilização de arma de fogo - potencialmente mais lesiva -, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente. Precedentes.

- O crime de roubo cometido com uso de arma de fogo exprime maior periculosidade social do agente, o que exige que seja dada uma resposta penal mais severa para a repressão e prevenção do delito, justificando-se, então, a imposição do regime mais gravoso.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 250.543/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013).

PENAL. REGIME INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. USO ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor no apenamento, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, circunstância que evidencia a acentuada periculosidade do paciente" (HC 206.767/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 22/09/2011).

Nego provimento ao recurso especial.

(REsp 1329069/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 27/06/2013).

No mesmo sentido, já se pronunciou a 6ª Turma desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO CRIME.

1. Apesar da aplicação da pena no mínimo legal e da primariedade do agravante, a fixação do regime mais severo teve fundamentação idônea, extraída de elementos concretos da prática delitiva, em que houve ameaças às vítimas, por meio da utilização direta de arma de fogo.

2. Inexiste ilegalidade na imposição do regime fechado, tampouco desrespeito ao comando das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF.

3. A estipulação do regime de cumprimento da pena não está atrelado, em caráter absoluto, à pena-base. O fato de esta ser colocada no mínimo legal não torna obrigatória a fixação de regime menos severo, desde que, por meio de elementos extraídos da conduta delitiva, seja demonstrada a gravidade concreta do crime, de forma a autorizar a imposição de regime mais rigoroso do que aquele permitido pelo quantum da reprimenda.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 169855/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 29/05/2013).

Por fim, compartilho do entendimento segundo o qual a análise da adequação do regime inicial de cumprimento da pena pode ser feita com base na totalidade da sentença ou do acórdão condenatórios, quando existirem dados concretos para tanto, em outros tópicos do *decisum*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado, que não possam ser desconsiderados.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. 3. MAJORAÇÃO DA PENA, NA TERCEIRA FASE, ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DE 1/3 (UM TERÇO) E FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PARTICULARIDADES APONTADAS NA TOTALIDADE DA SENTENÇA QUE AUTORIZAM O TRATAMENTO MAIS RIGOROSO. AUSÊNCIA DE OFENSA ÀS SÚMULAS 433 E 440/STJ. ILEGALIDADE MANIFESTA INEXISTENTE. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA.
(...)

2. No julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, ocorrido em 13/12/2010, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou compreensão no sentido de que a incidência da causa de aumento contida no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia da arma, quando comprovado, por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas, a efetiva utilização do artefato para a intimidação do ofendido, como ocorreu no caso dos autos.

3. "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). "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 440/STJ).

4. Na espécie, extrai-se da totalidade da sentença condenatória a existência de motivação suficiente para a majoração da pena em fração acima do mínimo legal de 1/3 (um terço) e para a fixação do regime fechado, pois se demonstrou que as condutas perpetradas pelos pacientes merecem maior rigor na punição, de forma que a aplicação da pena mínima e de regime prisional mais brando nesses casos ofenderia, a um só tempo, os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, cabendo frisar que esse último



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incide ainda que conduza à fixação de uma pena mais gravosa ao réu - e não apenas em seu benefício. Ademais, as decisões judiciais devem ser analisadas como um todo e não por capítulos, visto que, apesar de eventual deficiência no tópico específico da motivação da pena, em muitos casos é impossível desprezar, pela descrição fática, a efetiva existência de dados concretos possíveis de serem considerados.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 254.004/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 26/08/2013, destaque meu).

No caso, a imposição de regime mais severo resta justificada na gravidade concreta do fato, levando-se em consideração, principalmente, o emprego de arma de fogo, que evidencia, inegavelmente, a periculosidade exacerbada da conduta, que expôs a vítima e seu patrimônio a um risco muito maior.

Isto posto, **NÃO CONHEÇO** do *habeas corpus*.

Porém, com fundamento nos arts. 3º e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, **CONCEDO A ORDEM, DE OFÍCIO**, apenas para alterar a fração das causas de aumento do roubo para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando a pena do Paciente, definitivamente, para de **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 15 (quinze) dias multa.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0200922-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.629 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030756420108260562 20130000169899 30756420108260562 712010

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **REGINA HELENA COSTA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: NELSON DIEGO PINTO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.