



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.425 - SP (2014/0150951-7)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAGNO RODRIGUES SOARES DA SILVA

EMENTA

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. ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO JUSTIFICADO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E EMPREGO DE ARMA DE FOGO - MAIOR PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA.**

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. No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal pelo Tribunal de origem, no julgamento do apelo ministerial, ante o reconhecimento da existência de circunstância judicial desfavorável – violência real empregada contra a vítima – autoriza a imposição do regime fechado, nos moldes que preconiza o art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Ademais, em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele 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, 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 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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de agosto de 2014 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.425 - SP (2014/0150951-7)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Magno Rodrigues Soares da Silva, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, bem como ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Irresignadas, as partes recorreram. O Tribunal estadual, por sua vez, deu parcial provimento aos apelos. O da acusação para aumentar a pena-base em 1/6 e o da defesa para reduzir o aumento pelas três majorantes, resultando numa pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de 14 (quatorze) dias-multa.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que "o regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado como semiaberto, tendo em vista que para a fixação de regime mais severo do que a lei penal admite não basta a mera afirmação acerca da gravidade em abstrato do delito, pois tal circunstância já foi considerada pelo legislador penal quando da elaboração do preceito secundário do respectivo tipo penal" (fls. 2/3).

Assevera que o estabelecimento do regime mais rigoroso, na hipótese, afronta o comando contido nos enunciados nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte.

Busca, inclusive liminarmente, seja fixando o regime semiaberto para o início de desconto da sanção reclusiva.

Liminar indeferida às fls. 37-38.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 46-48), opinou pelo não conhecimento do *writ* e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 297.425 - SP (2014/0150951-7)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, passo a analisar, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso, já de início não vejo como estabelecer regime diverso do fechado, tendo em vista a fixação da pena-base acima do mínimo legal pelo Tribunal de origem – no julgamento do apelo ministerial – ante o reconhecimento da existência de circunstância judicial desfavorável – violência real empregada contra a vítima (fl. 27) –, de modo que, na espécie, o regime prisional imposto encontra-se em consonância com o disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

(...)

REPRIMENDA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO JUSTIFICADO. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há constrangimento ilegal na fixação do regime fechado quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, verifica-se a desfavorabilidade de diversas circunstâncias judiciais, o que indica que o modo mais gravoso para o início do desconto da sanção privativa de liberdade é o que se mostra mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

2. Habeas corpus não conhecido. (HC 216.860/PE, Relator o Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 29/05/2013)

De toda sorte, consoante a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada ao acusado. Devem ser consideradas as demais circunstâncias do caso concreto para a escolha do regime que efetivamente se mostre mais adequado à repressão e prevenção do delito.

Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, penso que não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade.

Ora, 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Não me parece coerente que a circunstância judicial do antecedente penal ou a agravante da reincidência decorrentes de situações e fatos pretéritos que não tornam mais grave ou perigosa a ação do agente no crime em exame, autorizem a fixação do regime fechado, e a constatação do uso de arma de fogo no cometimento do delito não possa conduzir ao agravamento do regime prisional.

Se inexistem dúvidas de que o crime praticado com emprego de arma de fogo expressa maior periculosidade social do agente e esse fato, por si só, não pode ser sopesado no exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal por constituir causa de aumento a ser analisada na terceira fase de aplicação da pena, nada obsta o reconhecimento de que o roubo foi cometido em circunstância especial apta a exigir a imposição do regime fechado para o início de cumprimento da sanção privativa de liberdade.

Não é compreensível que uma circunstância judicial reconhecida como desfavorável e que tenha aumentado a sanção em 1 (um) mês possa ensejar a aplicação de regime fechado, e não o possa o emprego de arma de fogo, conduta muito mais grave, que constitui delito autônomo e, no crime de roubo, é causa de aumento de pena autorizadora da elevação de pelo menos 1/3 (um terço) da reprimenda intermediária. Em síntese, a causa de aumento, pela sua própria natureza, deve prevalecer sobre circunstância judicial para efeito de fixação do regime prisional mais rigoroso, sob pena de subversão da coerência e da própria estruturação lógica do sistema punitivo.

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 –, de forma que o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que veda a imposição do regime fechado com base apenas na gravidade abstrata do crime, somente poderá ser aplicado quando o estabelecimento do regime menos rigoroso se mostrar suficiente para o caso e na hipótese da fixação da pena-base no mínimo legal refletir, de fato, menor reprovabilidade da conduta do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A persistência do entendimento de que a constatação do emprego de arma de fogo não reflete no regime de pena certamente conduzirá o aplicador da lei na busca pela punição adequada a cada conduta – vale dizer, na efetivação do princípio fundamental da individualização da pena –, a desprezar, ainda que de forma equivocada e contrária ao entendimento desta Corte, o uso do referido artefato como circunstância majorante – que autoriza a elevação da pena em pelo menos 1 (um) ano e 4 (quatro) meses – e considerá-lo como circunstância judicial desfavorável, a exemplo das "circunstâncias do crime", as quais defluem "do próprio fato delituoso, tais como forma e natureza da ação delituosa, os tipos menos utilizados, objeto, tempo, lugar, forma de execução e outras semelhantes" (BITTENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**, Parte Geral 1, 17. Ed. Saraiva, Rio de Janeiro: pág. 757), notadamente quando a reprimenda já venha a ser exasperada por força de outra causa de majoração, como, por exemplo, o concurso de agentes.

Evidente, ainda, que 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, sendo certo que o regime fechado é o mais adequado para a reprovação da conduta.

Por outro vértice, tenho a plena convicção de que a aplicação da mesma quantidade e qualidade de pena aos que praticam crime de roubo com arma branca ou imprópria, e aos que cometem com arma de fogo sinalizaria verdadeiro estímulo à conduta mais grave e perigosa, ou seja, ao emprego de instrumento com maior capacidade de intimidação e de destruição, sem nenhuma consequência adicional.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TENTATIVA. PRETENSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS BRANDO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDUTA SOCIAL REPROVÁVEL. PERSONALIDADE DESFAVORÁVEL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO DE OFÍCIO.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de recursos, e nem sequer para as revisões criminais.

2. Não se entremostra ilegal a decisão que fixou a pena base acima do mínimo legal, ante o reconhecimento da reprovabilidade da conduta social e da personalidade do paciente voltada para o crime.

3. A fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena teve por baliza as peculiaridades das circunstâncias que cercaram a prática da ação delituosa, sopesando a grave ameaça empregada e a impossibilidade de reação das vítimas, em face do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, em observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Penal. Inexistência de constrangimento ilegal.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 199.695/MS, Relator o Ministro **Moura Ribeiro**, DJe de 11/11/2013)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. FALTA DE APREENSÃO DA ARMA. PROVA PERICIAL. DISPENSABILIDADE. PROVA ORAL COMPROBATÓRIA DA SUA UTILIZAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DEMONSTRADA.

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1.^a Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956/PR, julgado em 07/08/2012, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5.^a Turma desse Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso próprio, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II - Entretanto, no caso dos autos, essa orientação merece ser afastada, uma vez que o presente writ foi impetrado antes da modificação do entendimento jurisprudencial desta Corte Superior e constatada a possibilidade da ordem ser concedida de ofício.

III - A 3.^a Seção desta Corte, no julgamento do EREsp n. 961.863/RS, ocorrido em 13.12.10, 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 comprovados, 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.

IV - O Supremo Tribunal Federal, na mesma linha de entendimento, já registrou que a periculosidade do agente, revelada pela prática do crime de roubo qualificado pelo uso de arma e concurso de pessoas, pode constituir motivação bastante para fixação de regime inicial fechado (HC n. 75.663/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 27/4/2001).

V - Ordem denegada. Liminar Cassada. (HC 243.865/SP, Relatora a Ministra **Regina Helena Costa**, DJe de 11/11/2013)

(...)

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- A ausência de perícia no artefato utilizado no crime não afasta a incidência da majorante de emprego de arma quando existentes outros meios comprobatórios de sua utilização. Precedentes.

- 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, Relatora a Ministra **Marilza Maynard** - Desembargadora Convocada do TJ/SE -, DJe de 28/06/2013)

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

"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, Relator o Ministro **Campos Marques** - Desembargador Convocado do TJ/PR -, DJe de 27/06/2013)

Ademais, a imposição do regime fechado, segundo se extrai da sentença condenatória, encontra-se devidamente motivada na gravidade concreta da conduta, pois afirmou o Juízo de primeiro grau que o delito foi "cometido com emprego de arma de fogo e participação de vários agentes que impossibilitaram a resistência das vítimas, restringindo sua liberdade, denotador de dolo intenso, periculosidade e destemor exacerbado" (fl. 18).

Ante o exposto, não conheço do presente *mandamus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0150951-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 297.425 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00480392420138260050 480392420138260050 8862013

EM MESA

JULGADO: 19/08/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MOURA RIBEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MARIO LUIZ BONSAGLIA

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MAGNO RODRIGUES SOARES DA SILVA

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 Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.