AgRg no HABEAS CORPUS Nº 914373 - SP (2024/0177802-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	JHONATAN EVANGELISTA DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADO	:	LUIZ FABIANO PEREIRA - SP373573
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. DOSIMETRIA. EXAPERAÇÃO DA PENA-BASE. ARMA DE FOGO MUNICIADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

I - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal.

II - Na hipótese de ilegalidade flagrante, concede-se a ordem de ofício.

III - A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judicial 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.

IV - O emprego de arma de fogo municiada, conjugado com outros elementos, tais como o concurso de agentes, violência exacerbada ou restrição da liberdade, pode justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

V - Na hipótese, a exasperação da pena-base acima do mínimo legal foi fundamentada de maneira inadequada, com base na gravidade abstrata do delito de roubo. O fato de a arma de fogo, por si só, estar municiada, sem a presença de outros elementos, não constitui um fundamento idôneo para aumentar a pena-base acima do mínimo legal.

VI - A via do *habeas corpus* é incompatível com a pretensão que objetive o revolvimento de fatos e provas.

Agravo regimental desprovido. Concedida parcialmente a ordem, de ofício.

Documento eletrônico VDA43105353 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:07
Código de Controle do Documento: 585e7aee-d3d8-4b1e-8942-7179dfb3512d

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, contudo conceder parcialmente a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 20 de agosto de 2024.

Ministro Messod Azulay Neto
Relator

Documento eletrônico VDA43105353 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:07
Código de Controle do Documento: 585e7aee-d3d8-4b1e-8942-7179dfb3512d

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 914373 - SP (2024/0177802-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MESSOD AZULAY NETO**
AGRAVANTE	:	JHONATAN EVANGELISTA DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADO	:	LUIZ FABIANO PEREIRA - SP373573
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. DOSIMETRIA. EXAPERAÇÃO DA PENA-BASE. ARMA DE FOGO MUNICIADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

I - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não admite a impetração de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal.

II - Na hipótese de ilegalidade flagrante, concede-se a ordem de ofício.

III - A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judicial 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.

IV - O emprego de arma de fogo municiada, conjugado com outros elementos, tais como o concurso de agentes, violência exacerbada ou restrição da liberdade, pode justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes.

V - Na hipótese, a exasperação da pena-base acima do mínimo legal foi fundamentada de maneira inadequada, com base na gravidade abstrata do delito de roubo. O fato de a arma de fogo, por si só, estar municiada, sem a presença de outros elementos, não constitui um fundamento idôneo para aumentar a pena-base acima do mínimo legal.

VI - A via do *habeas corpus* é incompatível com a pretensão que objetive o revolvimento de fatos e provas.

Documento eletrônico VDA43105349 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:06
Código de Controle do Documento: b1397d28-6348-43d3-9679-dbd0e04175d7

Agravo regimental desprovido. Concedida parcialmente a ordem, de ofício.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental (fls. 121-138) interposto por JHONATAN EVANGELISTA DE SOUSA contra a decisão monocrática (fls. 109-116) que não conheceu do *habeas corpus* impetrado contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi inicialmente condenado pelo Juízo da 6ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, como incurso no art. 157, § 2º-A, I, combinado com o art. 14, II, do Código Penal, à pena de 03 (três) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial fechado e 10 (dez) dias-multa, nos termos da sentença de fls. 36-41.

A defesa interpôs apelação criminal ao Tribunal de Justiça, que rejeitou a preliminar e, no mérito, negou provimento ao recurso, mas redimensionou, de ofício, a pena pecuniária para 08 dias-multa, conforme o acórdão de fls. 42-106.

Após o trânsito em julgado, ocorrido em 27/04/2024, sobreveio a impetração do presente *writ* objetivando a concessão da ordem para afastar a causa de aumento de pena do artigo 157, § 2º-A, I, do Código Penal, reduzir a pena-base ao mínimo legal, revisar a fração de diminuição pela tentativa e fixar regime inicial prisional menos gravoso.

O *habeas corpus* não foi conhecido (fls. 109-116).

No regimental (fls. 121-138), o agravante defende a possibilidade de conhecimento da impetração e, via de consequência, o afastamento da causa de aumento de pena do art. 157, § 2º-A, I, do Código Penal, a revisão da dosimetria da pena e do regime inicial prisional.

É o relatório.

VOTO

O agravante sustenta que o *habeas corpus* impetrado em substituição à revisão criminal merece ser conhecido por estar ligado diretamente à liberdade de locomoção. Argumenta que a exasperação da pena-base, a fração eleita para causa de diminuição de

Documento eletrônico VDA43105349 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:06
Código de Controle do Documento: b1397d28-6348-43d3-9679-dbd0e04175d7

pena decorrente da modalidade tentada do delito e o regime inicial prisional foram estabelecidos a partir de fundamentação inidônea.

Ocorre que o *habeas corpus* não foi conhecido por ter sido impetrado em substituição à revisão criminal, conforme o entendimento consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PORTEILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. WRIT IMPETRADO CONTRA ACÓRDÃO TRANSITADO EM JULGADO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO NESTA CORTE. NÃO INAUGURADA A COMPETÊNCIA DO STJ. INADMISSIBILIDADE. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TEMA NÃO ANALISADO NA ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.*
>
> *Agravo regimental improvido"* (AgRg no HC 561.185/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 16/03/2020).

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DOSIMETRIA DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. HIPÓTESE DE NÃO CONHECIMENTO DO MANDAMUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *4. Tratando-se de impetração que se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, já transitado em julgado, contra o qual seria cabível a interposição de revisão criminal, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.*
>
> *[...]*
>
> *6. Agravo regimental improvido"* (AgRg no HC 486.185/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 07/05/2019).

Além disso, para que as teses que buscam o afastamento da causa de aumento

Documento eletrônico VDA43105349 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:06
Código de Controle do Documento: b1397d28-6348-43d3-9679-dbd0e04175d7

prevista no artigo 157, § 2º-A, I, do Código Penal, e a modulação da causa de diminuição de pena do artigo 14, parágrafo único, do Código Penal, fossem acolhidas, seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório, o que não é permitido no rito do *habeas corpus*, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA ROUBO. ANIMUS NECANDI EVIDENCIADO. NÃO CABIMENTO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REDUTOR DA TENTATIVA. FRAÇÃO MÉDIA. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. REAVALIAÇÃO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *[...]*
>
> *4. A Corte local aplicou a minorante da tentativa no patamar de 1/3 (um terço), "considerando o iter criminis percorrido, valorando-se, pois, que os agentes chegaram a dar coronhadas e tentar efetuar disparos de arma de fogo contra o ofendido". Trata-se de conclusão harmônica com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual o quantum de redução da pena, em razão da tentativa, deve ser proporcional ao iter criminis percorrido pelo agente.*
>
> *5. A inversão do julgado, de forma a verificar se, na hipótese dos autos, deve ser aplicada fração diversa do redutor ora examinado, implicaria, necessariamente, profunda análise do arcabouço fático-probatório atinente ao caso, o que é vedado na via estreita do habeas corpus.*
>
> *6. Agravo regimental desprovido"* (AgRg no HC n. 700.651/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 13/6/2022).

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. SUFICIÊNCIA DA PROVA ORAL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Não apreendida a arma de fogo e não periciado o seu potencial vulnerante, é possível a comprovação dessa majorante mediante prova oral, inclusive o depoimento da vítima. Precedentes da Corte.*
>
> *2. Agravo regimental não provido"* (AgRg no HC n. 719.988/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 28/3/2022).

Documento eletrônico VDA43105349 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:06
Código de Controle do Documento: b1397d28-6348-43d3-9679-dbd0e04175d7

Por outro lado, verifico que o Tribunal de Apelação manteve a exasperação da pena-base em 08 (oito) meses, com base na premissa de que a arma de fogo municiada demonstra maior grau de censura.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o emprego de arma de fogo municiada, conjugada com outros elementos, tais como concurso de agentes, violência exacerbada ou restrição da liberdade, pode justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. A esse respeito cito os seguintes julgados:

> *"[...]*
> *1. As instâncias ordinárias valoraram negativamente as circunstâncias do delito com base no excessivo grau de ameaça exercida pelos agentes (três) com o uso arma de fogo municiada, o que destoou das circunstâncias normais do tipo. A vítima, inclusive, foi trancada no banheiro do estabelecimento, causando-lhe maior temor e assegurando, assim, o sucesso da empreitada criminosa.*
> *[...]*
> *Agravo desprovido"* (AgRg no HC n. 440.485/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 1/8/2018).

> *"[...]*
> *2. O emprego da arma municiada é fundamento idôneo apenas para caracterizar a majorante do art. 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal (vigente à época dos fatos), mas não para fixar fração mais gravosa na terceira fase da dosimetria do crime de roubo.*
> *[...]*
> *5. Agravo desprovido"* (AgRg no HC n. 554.402/RJ, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 2/6/2020).

> *"[...]*
> *II - 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.*
> *III - O Tribunal de origem bem fundamentou a fixação do regime mais gravoso, ante a periculosidade dos pacientes, evidenciada pelo modus operandi empregado na execução do crime, vale dizer, "mediante o emprego de arma de fogo e concurso de três agentes, que se evadiram na posse do veículo subtraído. Destaca-se que um dos roubadores logrou êxito em fugir da perseguição policial e a arma de fogo apreendida estava municiada".*

Documento eletrônico VDA43105349 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:06
Código de Controle do Documento: b1397d28-6348-43d3-9679-dbd0e04175d7

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 782.917/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 28/4/2023).

Contudo, no caso em análise, entendo que o fato de a arma de fogo estar municiada, por si só, não constitui fundamento idôneo para exasperar a pena-base acima do mínimo legal, pois a conduta do agravante não ultrapassou os elementos que compõem a definição típico-normativa do roubo circunstanciado pelo uso de arma de fogo, conforme se verifica nas razões de decidir da sentença (fl. 40):

> "[...]
> *Na primeira fase da dosimetria, verifica-se que a arma estava municiada. Assim, majoro a pena do roubo em 1/6, fixando-a em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.*
> [...]."

E de igual modo, não é idônea a fundamentação apresentada pelo acórdão (fls. 84-85), porquanto lastreada na gravidade abstrata do delito:

> "[...]
> É dos autos que o réu foi extremamente ameaçador durante a ação criminosa. A vítima estava no interior do seu veículo e com a sua família, quando foi abordada pelo réu que portava uma arma de "fogo", impedindo qualquer reação. O criminoso apontou a arma de "fogo" na direção das filhas e da esposa da vítima para a tentativa de subtração. A vítima afirmou, em Juízo, que as suas filhas gritaram muito durante o crime. A grave ameaça foi extrema e desnecessária e as consequências do crime também foram graves, o que, de fato, acentua ainda mais a necessidade de uma pena mais severa, em função das consequências acarretadas, causando traumas e intranquilidade na vítima e na sua família. As circunstâncias militam contra o réu.
> [...]
> Assim, as penas do réu foram exasperadas para 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no piso, o que se prestigia [no duro, deveriam ser 11 (onze) dias-multa, mantida a paridade, mas concordou o "Parquet"
> [...]."

Assim, nos termos do § 2º do artigo 652 do Código de Processo Penal, afasto a

Documento eletrônico VDA43105349 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:06
Código de Controle do Documento: b1397d28-6348-43d3-9679-dbd0e04175d7

exasperação da pena-base e procedo ao redimensionamento da pena.

1ª fase: Fixo a pena-base do delito de roubo em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

2ª fase: Mantenho os parâmetros do acórdão impugnado, que não reconheceu agravantes e reconheceu as atenuantes previstas no artigo 65, incisos I e III, alínea "d" do Código Penal, ficando a pena intermediária em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em atenção ao entendimento consolidado pela Súmula n. 231/STJ.

3ª fase: Mantenho os parâmetros do acórdão impugnado que reconheceu a causa de aumento referente ao emprego de arma de fogo no patamar de 1/3, em atenção à vedação à *reformatio in pejus*, e a causa de diminuição de pena pela tentativa, no patamar de 1/3, ficando a pena definitiva em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, e 9 (nove) dias-multa.

Estabeleço o regime inicial aberto com fulcro no artigo 33, § 2º, "c", do Código Penal, porquanto o agravante é primário e não há circunstâncias judiciais negativas do artigo 59 do Código Penal que autorizem o estabelecimento do regime inicial prisional mais gravoso.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental. Concedo a ordem em parte, de ofício, em favor de JHONATAN EVANGELISTA DE SOUSA para fixar a pena privativa de liberdade em 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicial aberto, e multa pecuniária equivalente a 9 (nove) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.

Documento eletrônico VDA43105349 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MESSOD AZULAY NETO Assinado em: 28/08/2024 17:40:06
Código de Controle do Documento: b1397d28-6348-43d3-9679-dbd0e04175d7

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0177802-2 **PROCESSO ELETRÔNICO**

AgRg no HC 914.373 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 15128986320238260228

EM MESA JULGADO: 20/08/2024

Relator
Exmo. Sr. Ministro **MESSOD AZULAY NETO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário
Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	LUIZ FABIANO PEREIRA
ADVOGADO	:	LUIZ FABIANO PEREIRA - SP373573
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	JHONATAN EVANGELISTA DE SOUSA (PRESO)
INTERES.	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	:	JHONATAN EVANGELISTA DE SOUSA (PRESO)
ADVOGADO	:	LUIZ FABIANO PEREIRA - SP373573
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, contudo concedeu parcialmente a ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Daniela Teixeira votaram com o Sr. Ministro Relator.Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Documento eletrônico VDA42954365 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MARCELO PEREIRA CRUVINEL, QUINTA TURMA Assinado em: 21/08/2024 00:21:47
Código de Controle do Documento: F51CF9E8-2E99-4116-8F5E-F6084C200551