



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 567695 - SP (2020/0071927-8)

**RELATOR** : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PEDRO NAVES MAGALHAES - SP305727  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : LUCIANO ALEXANDRE DE MACEDO (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. ARTS. 59 E 68 DO CP. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. USO DE FACA. FUNDAMENTO CONCRETO E IDÔNEO. PRECEDENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO SEMI-IMPUTABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. PENA IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. PACIENTE REINCENTE. INDICAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

*Writ* indeferido liminarmente.

### DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Luciano Alexandre de Macedo** contra ato coator proferido pela Décima Primeira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, nos autos do Processo n. 0001370-85.2017.8.26.0594, deu parcial provimento ao recurso ministerial para aumentar a pena a 4 anos de reclusão, em regime fechado, e 10 dias-multa, à razão mínima, pela prática de conduta descrita no art. 157 do Código Penal.

A impetrante alega, em síntese, que o aumento da pena se deu de forma contrária aos princípios constitucionais e à jurisprudência dos Tribunais pátrios.

Sustenta ser incabível a majoração da pena-base somente com base em argumentos genéricos. Ressalta que esse aumento depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.

Afirma que a ameaça com faca é justamente o que subsume a conduta ao tipo do art. 157 do Código Penal. Da mesma forma, o número de agentes já foi utilizado para qualificar o roubo e são inservíveis para exasperar a pena-base.

Argumenta que, a despeito da fração de diminuição pela semi-imputabilidade, art. 26, parágrafo único, do Código Penal, deve obedecer a maior ou menor capacidade de autodeterminação quando da prática do delito, não havendo falar em medição da culpabilidade pelas características apresentadas após o fato criminoso.

Defende que o regime inicial fechado para cumprimento de pena é ilegal, ante a previsão do art. 33, § 3º, e 59 do Código Penal. Nesse sentido, dispõem as Súmulas 269/STJ e 718 e 719/STF.

Aduz estarem presentes os requisitos para concessão da liminar, motivo pelo qual pede para que o paciente aguarde o julgamento final do *writ* em liberdade. No mérito, requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a redução da pena em 2/3 e a fixação do regime semiaberto (fls. 3/13).

É o relatório.

A concessão de ordem de *habeas corpus* demanda demonstração, de plano, da ilegalidade, ônus que recai sobre a impetrante, a quem cumpre instruir o feito com a prova pré-constituída de suas alegações.

*In casu*, verifico, de plano, a inviabilidade do presente *writ*.

Em relação à fixação da pena-base, o Tribunal local dispôs da seguinte maneira (fls. 52/53):

Não há dúvidas de que o emprego de faca na subtração torna a conduta mais reprovável, elevando a intensidade do dolo e a culpabilidade do infrator.

Além disso, demonstra maior ousadia do criminoso e eleva a chance de êxito do delito, na mesma medida em que diminui a possibilidade de reação da vítima.

Por tais motivos, o uso de faca na prática do roubo enseja punição mais severa e o acréscimo correspondente deve ser de 1/3, assim como ocorre quando verificada a causa de aumento de pena do emprego de arma de fogo, pois tanto esta quanto a faca impõem o mesmo temor e são igualmente aptas a matar a vítima em caso de reação ao assalto.

Dito isso, lembramos, ainda, que a r. sentença já havia aplicado acréscimo de 1/6 na primeira fase em razão dos maus antecedentes do réu (2 condutas roubo e furto fls. 247).

Portanto, considerando agora os maus antecedentes e a circunstância judicial desfavorável anteriormente apontada (uso de faca), o novo acréscimo da primeira fase deve ser de 1/2, resultando 06 anos de reclusão mais 15 dias-multas.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. A esse respeito: AgRg no AREsp n. 1.140.562/SP, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe 11/5/2018.

Ademais, o *quantum* de aumento decorrente da negativação das circunstâncias não está estipulado no Código Penal, de forma que, com base em fundamentação concreta, devem ser observados os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena (HC n. 416.254/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 11/10/2017).

*In casu*, a utilização de faca se mostra fundamento idôneo para exasperar a pena-base, tendo em vista o incremento de perigo que representa, conforme já decidido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no HC n. 524.590/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 29/10/2019.

Em relação à discussão sobre o patamar de diminuição pela semi-imputabilidade, verifico não ter havido discussão sobre o tema no Tribunal local, que se limitou a reafirmar o patamar fixado na origem (fl. 53):

Reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no art. 46 da Lei nº 11.343/06 (semi-imputabilidade), a redução se deu no patamar de 1/3, que agora perfaz 04 anos de reclusão mais 10 dias-multa, em definitivo.

É firme, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que, nesta instância superior, não há como se dispensar o necessário debate acerca da questão controvertida, sob pena de incursão em indevida supressão de instância.

Nesse sentido: o AgRg no HC n. 472.533/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 13/12/2018; o AgRg no AgRg no HC n. 453.621/ES, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 30/10/2018; e o AgRg no REsp n. 1.746.280/TO, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10/10/2018.

Desse modo, sem discussão sobre a razão da escolha do patamar de diminuição, inviável o conhecimento do *writ* no ponto.

Em relação ao regime inicial, o Tribunal local manteve o mais gravoso aos seguintes fundamentos (fl. 53):

Foi eleito o regime inicial fechado com base na periculosidade demonstrada pelo réu, reincidente em crime patrimonial, foragido do sistema penitenciário ao tempo dos fatos, sem contar a gravidade concreta da conduta criminosa, praticada mediante violência e grave ameaça exercida com o emprego de arma branca (faca).

Quanto ao regime inicial, o Superior Tribunal de Justiça entende como possível a fixação do regime inicial em modalidade mais gravosa do que a indicada pela quantidade da pena, desde que as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal tenham sido valoradas negativamente ou haja motivação idônea, baseada em fatos concretos.

Em suporte: Súmula 440/STJ e HC n. 211.814/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 29/2/2016.

Assim, o regime inicial pode ser recrudescido, a despeito do *quantum* da pena, diante de fundamentação concreta, *a contrario sensu* das Súmulas 718 e 719/STF e 440/STJ.

*In casu*, verifico que o Tribunal considerou a reincidência do paciente, bem como indicou fundamentação concreta para fixar o regime inicial, não havendo ilegalidade na fixação do regime fechado para pena igual a 4 anos de reclusão.

Ante o exposto, **indefiro liminarmente** o *writ*.

Publique-se.

Brasília, 23 de março de 2020.

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator