



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.082 - SP (2016/0036934-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DIOGO CÉSAR PERINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDER BARROS ASECIO (PRESO)

EMENTA

*HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS ELEMENTOS CONCRETOS QUANTO À SUA IMPRESCINDIBILIDADE. PREJUDICIALIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, 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 superveniência do trânsito em julgado da condenação torna prejudicado o pleito relativo à ilegalidade da manutenção da prisão preventiva do paciente.

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*" - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

4. Na hipótese, o aumento da pena ocorreu em fração superior a 1/3, em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *"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"* (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.
6. No caso dos autos, ao paciente primário, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena definitiva ter ficado nos patamares definidos no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, a atrair a incidência dos referidos enunciados sumulares.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de junho de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.082 - SP (2016/0036934-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DIOGO CÉSAR PERINO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDER BARROS ASECIO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de EDER BARROS ASECIO, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002456-36.2014.8.26.0032).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, n/f do art. 29, *caput*, ambos do Código Penal, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso da defesa, nos seguintes termos (fls. 25/38):

APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo Majorado Absolvição por fragilidade probatória - Impossibilidade - Provas hábeis a ensejar a condenação - Redução das penas, com afastamento da majorante de emprego de arma ou redução do aumento operado na última etapa da dosimetria, com fixação de regime prisional mais brando - Descabimento - Penas e regime corretamente dosados, não comportando reparos, bem delineada a incidência da causa de aumento referida Apelo não provido.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a determinação da custódia cautelar no bojo da sentença sem demonstração dos pressupostos legais autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Alega, ainda, ilegalidade na majoração em razão das causas de aumento do delito de roubo, porquanto apenas o critério matemático não é fundamento para majorar acima do mínimo. Por fim, afirma que o regime mais gravoso foi fixado apenas com base na gravidade abstrata do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, requer, na liminar, a fixação do regime semiaberto, bem como a expedição do alvará de soltura para aguardar o julgamento do presente *mandamus* em liberdade. No mérito, pede a confirmação da liminar, e o redimensionamento da pena.

O pedido liminar foi deferido às fls. 47/51 para determinar que o paciente aguardasse no regime semiaberto o julgamento do mérito do *writ*.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 84/93, pelo conhecimento do *habeas corpus*:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE NA QUANTIDADE DE MAJORANTES E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO STJ. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA DEFINITIVA INFERIOR A OITO ANOS. RÉU PRIMÁRIO E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO (ART. 33, §2º DO CÓDIGO PENAL). PARECER PELA CONCESSÃO DA ORDEM PARA REVOGAR A PRISÃO PREVENTIVA, APLICAR A FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO) NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA E ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 349.082 - SP (2016/0036934-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca-se, na presente impetração, o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente de ordem de prisão cautelar antes do trânsito em julgado da condenação, bem como a redução da fração de 3/8 para o mínimo de 1/3 em razão da incidência de duas majorantes – concurso de agentes e emprego de arma –, bem como a fixação de regime semiaberto.

Em primeiro lugar, em consulta ao *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifica-se que o trânsito em julgado ocorreu em 7/3/2016, ficando, assim, prejudicado o pleito relativo à ilegalidade na manutenção da prisão preventiva do paciente.

No que tange à condenação, o Superior Tribunal de Justiça firmou o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto.

O referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

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.

Em relação às majorantes do roubo, o Juízo de primeiro grau fixou o aumento da pena nos seguintes termos (fl. 23):

Atento à diretriz do art. 59 do Código Penal, verifico que o réu é primário e era menor de 21 anos de idade à época do fato (fls. 65), de modo que aplico a pena-base no mínimo legal de quatro anos de reclusão e dez dias-multa. Tendo em vista o reconhecimento de duas qualificadoras (emprego de arma de fogo e concurso de agentes), aumento a pena de 3/8, perfazendo a pena de cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias-multa.

Conforme se extrai do trecho acima transcrito, as instâncias ordinárias aumentaram a pena, na terceira fase da dosimetria, considerando apenas a quantidade de majorantes imputadas ao paciente, deixando de evidenciar de que forma sua conduta desbordou para um comportamento mais grave, mediante fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.

Assim, necessária a realização de nova dosimetria.

Na primeira e na segunda etapas, fica mantida a pena estabelecida pelas instâncias ordinárias - 4 anos de reclusão.

Na terceira fase, aplico a fração mínima de 1/3 (um terço) em razão da incidência de duas causas de aumento – emprego de arma e concurso de agentes – e fixo a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.

Ademais, busca-se a fixação do regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *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*. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

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

No caso dos autos, após fixada a pena-base no mínimo legal, o regime inicial fechado foi determinado sem fundamentação concreta, nos seguintes termos (fl. 23):

O réu terá seu nome lançado no rol dos culpados após o trânsito em julgado e iniciará o cumprimento da pena em regime fechado, tendo em vista que praticou crime grave, mediante grave ameaça contra a pessoa exercida com o emprego de arma de fogo, o que revela personalidade violenta e periculosidade à ordem pública, e impõe a necessidade de iniciar o cumprimento da pena em regime fechado e afasta possibilidade de obtenção de qualquer benefício.

Assim, a mera referência genérica à violência empregada no delito de roubo não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo** a ordem, de ofício, para redimensionar a pena para 5 anos e 4 meses de reclusão, e, confirmando a liminar anteriormente deferida, fixar o regime semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0036934-3

HC 349.082 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024563620148260032 20150000830950 24563620148260032

EM MESA

JULGADO: 28/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DIOGO CÉSAR PERINO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDER BARROS ASECIO (PRESO)

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.