



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.776 - SP (2015/0259385-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRI VINICIUS SAMPAIO DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA AQUÉM DO MÍNIMO EM RAZÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA 443/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ENTENDIMENTO SUMULADO DO STF E DO STJ. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do eg. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Tendo sido fixada a pena base do crime de roubo no seu mínimo legal, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão mais 10 (dez) dias-multa, torna-se inviável a sua redução pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (**Súmula n. 231/STJ**).

IV - As penas, na terceira fase da dosimetria, foram exasperadas em 3/8 (três oitavos), considerando apenas a quantidade de majorantes. Assim, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que o aumento foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, violando o enunciado da Súmula n. 443/STJ, segundo o qual "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (precedentes).

V - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, c/c o artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto **(precedentes)**.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente para **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa**, e, **confirmando a liminar** deferida, fixar o regime prisional **semiaberto** para o início do cumprimento das reprimendas.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.776 - SP (2015/0259385-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de HENRI VINICIUS SAMPAIO DOS SANTOS, em face de v. acórdão proferido pela col. 15ª Câmara de Direito Criminal do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática da conduta prevista no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, em regime inicial fechado**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, que, à unanimidade, negou provimento ao apelo em v. acórdão cuja ementa transcrevo, **verbis**:

"APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo duplamente majorado consumado - Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas - Prova robusta a admitir a condenação do acusado - Pena e regime prisional fixados, com critério e corretamente - Recurso desprovido" (fl. 92).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante, inicialmente, que o eg. Tribunal **a quo**, na terceira fase da dosimetria, majorou a pena em 3/8 em razão, unicamente, da presença de duas causas de aumento, em flagrante violação à Súmula 443 deste Tribunal.

Argumenta, ademais, que *"a fundamentação lançada pelos d. Desembargadores para negar ao paciente o regime semiaberto foi absolutamente inidônea"* (fl. 7).

Requer, por fim, a aplicação da atenuante da confissão e da fração de 1/3 para as majorantes de arma e concurso de agentes, bem como a fixação do regime inicial semiaberto.

Liminar **deferida**, às fls. 106-107, *"para que se observe em relação ao paciente o regime semiaberto até o julgamento final deste habeas corpus"*.

Informações prestadas às fls. 119-120.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 142-144, pela **concessão da ordem de ofício**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.776 - SP (2015/0259385-2)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. PENA
BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA
AQUÉM DO MÍNIMO EM RAZÃO DA
ATENUANTE DA CONFISSÃO.
IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ.
INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES.
FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA
443/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL
SEMIABERTO. ENTENDIMENTO SUMULADO
DO STF E DO STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do eg. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Tendo sido fixada a pena base do crime de roubo no seu mínimo legal, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão mais 10 (dez) dias-multa, torna-se inviável a sua redução pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (**Súmula n. 231/STJ**).

IV - As penas, na terceira fase da dosimetria, foram exasperadas em 3/8 (três oitavos), considerando apenas a quantidade de majorantes. Assim, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que o aumento foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação, violando o enunciado da Súmula n. 443/STJ, segundo o qual *"o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para sua exasperação a mera indicação do número de majorantes"* (**precedentes**).

V - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, c/c o artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto (**precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente para **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa**, e, **confirmando a liminar** deferida, fixar o regime prisional **semiaberto** para o início do cumprimento das reprimendas.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio(v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

No presente **writ**, requer a impetrante, em síntese, a) a aplicação da atenuante da confissão, b) a redução para 1/3 da fração aplicada para as majorantes de arma e concurso de agentes e c) a fixação do regime inicial semiaberto.

Quanto ao primeiro argumento, a ordem **não** merece concessão, eis que, tendo sido fixada a pena base no seu mínimo legal, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão mais 10 (dez) dias-multa, torna-se inviável a sua redução pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

É este o entendimento firmado nesta Corte, cristalizado na Súmula n. 231, **in verbis**: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXCLUSÃO DA COAUTORIA E DA AMEAÇA. DILAÇÃO PROBATÓRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NECESSIDADE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO STJ. DELAÇÃO PREMIADA. NÃO APLICAÇÃO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. *Em que pese o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, impossível a redução da reprimenda, na segunda fase, dada a fixação da pena-base no mínimo legal, não podendo a pena ser reduzida abaixo desse patamar, nos termos do Enunciado Sumular n. 231 do STJ.*

4. *Agiu com acerto a Corte de origem, ao negar a aplicação da delação premiada ao paciente, visto que ele, simplesmente, apontou os coautores do crime, não havendo celebração de prévio acordo com o fim de colaborar, efetivamente, com a investigação.*

5. *Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao Juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível lhe coarctar a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.*

6. *O Tribunal local alicerçou a fixação do regime mais gravoso tão somente na gravidade genérica do delito, além de elementos próprios do tipo penal em comento, e não indicou nenhum elemento concreto dos autos (como o modus operandi ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais) para a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.*

7. *A ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.*

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto" (HC n. 333.823/SP, Sexta Turma, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/12/2015).*

"PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA DO USO DE ARMA. SIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...]

3. *Segundo a jurisprudência desta Corte de Justiça, para haver a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, mostra-se irrelevante a forma em que manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação, sendo que, in casu, as instâncias ordinárias, apesar de terem reconhecido a confissão de um dos corréus, afastaram a aplicação da atenuante, uma vez não integral aquela.

4. Hipótese em que, ainda que reconhecida a atenuante da confissão, a reprimenda não pode ser minorada, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Súmula 231 desta Corte.

5. É pacífico o entendimento deste Tribunal de que a simulação do emprego de arma de fogo configura grave ameaça, elementar do crime de roubo, porém não caracteriza a causa de aumento de pena pelo uso de arma.

6. Havendo as instâncias ordinárias utilizado a simulação da arma de fogo para qualificar o roubo, caracteriza-se o constrangimento ilegal.

*7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a majorante do uso de arma, fixando a pena dos pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto" (HC n. 229.221/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 3/8/2015).*

No que tange ao **segundo argumento**, insta consignar, por oportuno, que na terceira fase da dosimetria da pena, a majoração da reprimenda acima do patamar mínimo é legitimada não pela quantidade de causas de aumento de pena, mas pela fundamentação emitida pelo órgão julgador com base em dados concretos extraídos dos autos.

Na hipótese, verifica-se que a pena foi exasperada em **3/8** (três oitavos) em virtude, unicamente, da incidência de **duas causas** de aumento de pena (violência com emprego de arma e concurso de pessoas), conforme se depreende do seguinte excerto da r. sentença condenatória, mantida pelo v. acórdão:

*"Considerando os elementos acima e os demais parâmetros contidos no artigo 59, do Código Penal, fixo a pena-base em seu mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa. Deixo de atenuar a reprimenda pela confissão e menoridade relativa por já estar em seu patamar mínimo para esta fase da dosimetria. **Procedo, nos termos do artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, ao acréscimo de 3/8 (ou 9/24), em razão das causas de aumento especial previstas nos incisos I e II, do parágrafo 2º, do artigo 157, do Código Penal, ou seja, a pena resulta em 05 (cinco) anos e 06 (quatro) (sic) meses de reclusão e pagamento 13 (treze) dias-multa. Não há causas de diminuição. A míngua de qualquer outra causa legal de alteração, torno esta definitiva" (fl. 81, grifei).***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente caso, portanto, verifica-se que o aumento acima do patamar mínimo careceu de motivação, pois decorreu, tão somente, do fato de estarem presentes **duas majorantes**.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que o aumento de pena em **3/8** foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação.

Acerca do tema, mister colacionar alguns precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. ROUBO. DUAS MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

1. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Inteligência da Súmula n. 443 do STJ.

2. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de diminuir para 1/3 o aumento procedido na terceira etapa da dosimetria do crime de roubo" (HC n. 301.849/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 13/10/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. 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.

[...]

III - 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.

IV - A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

V - 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.

VI - Fração de aumento reduzida ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), restando a sanção definitiva fixada em 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa.

[...]

*VI - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena, nos termos da fundamentação" (HC n. 292.606/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Regina Helena Costa**, DJe de 29/8/2014).*

Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado, consoante o disposto no enunciado n. **443** da Súmula/STJ, 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"*.

Dessarte, **in casu**, deve ser aplicado o aumento na terceira fase da dosimetria em seu patamar mínimo, qual seja, 1/3 (um terço), devendo ser fixada a pena do paciente em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 13 (treze) dias-multa.**

Por fim, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime **semiaberto** é de regra desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP).

Examinando os autos, verifico que os referidos requisitos foram atendidos. Trata-se de **paciente primário**. A quantidade da pena aplicada é superior a **4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão**. A pena base foi fixada no **mínimo legal** em razão da ausência de qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão para não conceder o **regime semiaberto** para o cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda.

Transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto da r. sentença condenatória, no **punctum saliens**:

"Para o condenado, determino o regime inicial fechado para início do cumprimento da pena, por ser este o regime que mais se coaduna com a natureza do crime, qual seja, roubo com emprego de arma branca e concurso de agentes.

[...]

É inaceitável a aplicação do regime mais brando. Isso porque o crime foi cometido com grave ameaça à pessoa, mediante emprego de arma branca e concurso de agentes" (fls. 81-82, grifei).

Em sede recursal, eis o que constou do v. acórdão vergastado acerca do regime de cumprimento das penas:

"Fica mantido o regime inicial fechado, pois, no caso em tela, o apelante, em concurso com pessoa, demonstrou maior periculosidade e ousadia ao render a vítima, mediante grave ameaça, portando arma branca (faca), (cf. TJSP, Apelação n. 0001192-18.2011.8.26.0281, Des. Rel. Nelson Fonseca Júnior, j. em 05.06.2014).

[...]

Note-se que, a determinação legal de fixação do regime inicial fechado não impede a devida individualização da pena durante sua execução, quando, conforme as circunstâncias objetivas e subjetivas relacionadas a cada sentenciado, é possível a progressão de regime e obtenção de outros benefícios previstos na Lei de Execução Penal" (fls. 99-100).

Ainda acerca do tema, mister colacionar alguns julgados proferidos pelo col.

Supremo Tribunal Federal:

*"**Habeas corpus.** 2. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime semiaberto. Possibilidade: primariedade do agente; circunstâncias judiciais favoráveis (pena-base fixada no mínimo legal); e fundamentação inadequada (gravidade **in abstracto** do delito). 4. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 5. Aplicação das Súmulas 718 e 719. 6. Decisão monocrática do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. **Writ** não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 119.287, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 14/5/2014).

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 2. A imposição do regime menos gravoso não está condicionada somente ao **quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. 3. Fixação do regime de cumprimento da pena lastreada na gravidade abstrata do delito. 4. Condenação à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, reincidência inexistente e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal na sentença, preenchem os requisitos legais para a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP). 5. Ordem concedida" (HC n. 118.930, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 21/11/2013).**

No mesmo sentido, os seguintes precedentes do **Superior Tribunal de Justiça**:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Compete ao juiz natural da causa indicar, à luz do artigo 33 do Código Penal, motivadamente, qual o regime inicial para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

2. **A fixação do regime inicial fechado teve fundamentação inidônea, visto que, apesar da primariedade da condenada, das circunstâncias judiciais favoráveis e do quantum de pena (5 anos e 4 meses de reclusão), o regime carcerário inicial foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito, em afronta aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e n. 718 e 719 do STF.**

3. Na hipótese dos autos, tanto na sentença quanto no acórdão, a imposição do regime prisional fechado está motivada na gravidade abstrata do delito e em erro quanto à premissa sobre a qual se desenvolveu a motivação judicial, qual seja, o emprego de arma de fogo, haja vista ter sido o roubo cometido com uso de uma faca.

4. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto ao paciente" (HC n. 278.204/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 18/9/2014, grifei).

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO SUPERIOR À FRAÇÃO MÍNIMA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA SEM FUNDAMENTO CONCRETO. CRITÉRIO NUMÉRICO. ENUNCIADO N. 443 DA SUMULA DO STJ. REGIME PRISIONAL INICIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. VERBETE N. 440 DA SÚMULA DO STJ.

1. Consoante jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte Superior, é ilegal o aumento da pena com fundamento apenas na quantidade de majorantes do crime de roubo, sem qualquer fundamentação concreta. Súmula n. 443 do STJ.

2. **É inidônea a fixação de regime inicial mais severo com apoio apenas na opinião em abstrato do julgador quanto ao crime em apreço, sobretudo quando o apenado é primário e a pena-base não vai além do mínimo legal, como na espécie. Súmula n. 440 do STJ.**

3. Recurso especial provido para reduzir a pena corporal para 5 anos e 4 meses de reclusão e fixar o regime inicial semiaberto" (REsp n. 1.409.857/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 19/8/2014, grifei).

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados das Súmulas n. **718/STF**, n. **719/STF** e n. **440/STJ**, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

"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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

"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."

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus.**

Contudo, concedo a ordem de ofício para, com fundamento na Súmula n. 443/STJ, reduzir as penas do paciente para **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa**, e, **confirmando a liminar deferida**, fixar o regime prisional **semiaberto** para o início do cumprimento das reprimendas, salvo se por outro motivo estiver o paciente preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0259385-2

HC 338.776 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 30318459420158260405 4072013

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANA CAROLINA CARNEIRO BARDE BEZERRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRI VINICIUS SAMPAIO DOS SANTOS (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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.