



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.787 - SP (2015/0228505-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO RODRIGUES BEZERRA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (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 próprio, 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 - 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).

IV - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*".

VI - "*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*" (**Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003**).

VII - "*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 da Súmula nº 440 desta Corte**).

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 11 (onze) 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), 16 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.787 - SP (2015/0228505-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de FABIO RODRIGUES BEZERRA em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, **em regime inicial fechado**, e 13 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de **apelação**, ao qual o eg. Tribunal de origem **negou provimento**, em acórdão assim ementado:

"ROUBO AGRAVADO - EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS - DESCLASSIFICAÇÃO - TENTATIVA - INOCORRÊNCIA - A RES FURTIVA SAIU EFETIVAMENTE DA ESFERA DE DISPONIBILIDADE DA VÍTIMA - CRIME IMPOSSÍVEL - NÃO CONFIGURAÇÃO - A INEFICÁCIA DO MEIO E/OU IMPROPRIEDADE DO OBJETO - NÃO CARACTERIZADA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO - APREENSÃO DA RES EM POSSE DO RÉU - RECONHECIMENTO PESSOAL - MANUTENÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO - CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA - PENA E REGIME MANTIDOS - RECURSO NÃO PROVIDO" (fl. 42).

Daí o presente **mandamus**, no qual alega a impetrante a existência de constrangimento ilegal, uma vez que foi estabelecido o regime prisional fechado, apesar do **quantum** da pena autorizar o regime semiaberto, as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Aduz que a fixação do regime mais severo sem a devida fundamentação contraria as Súmulas nº 718 e 719/STF e nº 440/STJ. Sustenta, ainda, que o aumento de pena, na terceira fase da dosimetria, na fração de 3/8, considerando tão somente a quantidade de majorantes, viola diretamente o teor da Súmula 443 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, portanto, a redução da pena imposta, aplicando para tanto a causa de aumento na fração de 1/3, bem como a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

Liminar deferida, às fls. 76-77, para "*que se observe em relação ao paciente o regime semiaberto até o julgamento final deste **habeas corpus**.*"

Informações prestadas às fls. 100-125.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 89-98, manifestou-se pela denegação da ordem do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.787 - SP (2015/0228505-5)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (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 próprio, 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 - 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).

IV - 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).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"*.

VI - *"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"* (Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

VII - *"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 da Súmula nº 440 desta Corte).

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 11 (onze) dias-multa, e, confirmando a liminar deferida, fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento das reprimendas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (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 próprio, 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**.

Na presente impetração, busca-se a redução da pena mediante a aplicação da fração de 1/3 para as majorantes do concurso de agentes e uso de arma de fogo, bem como a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

Para melhor delimitar a **quaestio**, transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

"Desta forma, caracterizado o crime de roubo qualificado, passo a dosar a pena.

O réu é primário (fls. 71), razão pela qual fixo sua pena base no mínimo legal, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, correspondente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos (art. 49, § 1º, do Código Penal), em virtude da situação econômica do réu.

Em razão das causas de aumento dos incisos I e II, do artigo 157, § 2º, do Código Penal, aumento a pena aplicada de 3/8 (três oitavos), chegando à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão e 1.3 dias- multa, em seu valor unitário mínimo. Anoto que o aumento operou-se acima do mínimo legal em razão da presença de duas causas de aumento.

Ante a ausência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição a serem apreciadas, torno a pena acima fixada como definitiva.

Diante da gravidade do crime cometido, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, único adequado para aqueles que - como no caso sob trato - cometem roubo qualificado, um dos crimes que mais perturbam a paz pública nos dias que correm e que merece, bem por isso, severa resposta por parte do Poder Judiciário.

Isto posto, CONDENO FÁBIO RODRIGUES BEZERRA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, aplicando-lhe, em consequência, a pena privativa de liberdade de 5 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e a pena pecuniária de 13 dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos". (fls. 25-26 - grife).

No que tange à redução da pena, 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.

No presente caso, verifica-se que a **causa de aumento acima do patamar mínimo careceu de motivação**, pois decorreu, tão somente, em razão da presença de **duas majorantes**.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que o aumento de pena foi aplicado sem que houvesse a devida fundamentação.

Neste sentido:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 13/10/2014).*

"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.

[...]

IV - A presença de mais de uma qualificadora no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual 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 (dezessete) 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, aplicado o aumento em seu patamar mínimo, a pena do paciente pelo delito do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal deve ser redimensionada para 5 anos e 4



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão e 11 dias-multa.

Acerca do **regime prisional**, observa-se que a r. sentença confirmada pelo v. acórdão fixou o regime inicial fechado para cumprimento de pena com base apenas na gravidade em abstrato do delito, sem examinar, portanto, os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c/c o art. 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 ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que não há razão para não conceder o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda, **pois a gravidade em abstrato do crime** não constitui motivo suficiente a justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena.

Faz-se, portanto, indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, **b**, e § 3º, e 59 do CP. Tal entendimento, aliás, foi consignado no enunciado Sumular n. **719** do col. **Pretório Excelso**, o qual transcrevo, respectivamente, a seguir:

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

No mesmo sentido é o enunciado 440 da súmula desta Corte de Justiça: *"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"*.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. Trata-se de paciente primário, a quantidade da **pena total** aplicada - (**5 anos e 4 meses**)- é superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de qualquer circunstância judicial desfavorável imputada ao paciente.

Colaciono, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo col. **Supremo Tribunal Federal** que ratificam esse entendimento:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, grifei).

"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 prolatados no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. [...]

2. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3 Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º [...]" (HC n. 295.577/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014).

"REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA INTERMEDIÁRIA. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ENUNCIADOS 440 DA SÚMULA DESTES STJ E 718 E 719 DA SÚMULA DA SUPREMA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado, e a exegese do Enunciado 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

3. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, **determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, bem como para estabelecer o regime aberto como modo inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade aplicada**" (HC n. 269.212/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 6/8/2013, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em suma, a fundamentação utilizada na sentença condenatória, ratificada pelo eg. Tribunal de origem, para justificar o aumento da pena pelo número de majorante, bem como para a imposição do regime fechado, não se revela idônea e malfere a sistemática estabelecida pela legislação.

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

Contudo, concedo a ordem de ofício para, com fundamento na Súmula n. 443/STJ, reduzir a pena do paciente para **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais de 11 dias-multa** e, **confirmando a liminar deferida**, fixar o regime prisional **semiaberto** para o início do cumprimento da reprimenda.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0228505-5

HC 335.787 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00551887620108260050 050100551882 50100551882 551887620108260050

EM MESA

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUAN CAMPOS BOLDRINI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO RODRIGUES BEZERRA (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.