



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.967 - SP (2017/0035474-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUÍS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDIANO ADAO

EMENTA

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 N.443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULAS N. 440/STJ, N. 718/STF E N. 719/STF. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - 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).

III - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

IV - **Na presente hipótese**, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Além disso, o paciente é primário e a pena final não excede quatro anos de reclusão. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão idônea para não conceder o regime **aberto** para início de cumprimento da reprimenda.

V - Nos termos do enunciado Sumular n. 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (enunciado n. 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 9/10/2003).

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 n. 440 desta Corte).*

Habeas corpus não conhecido.

Todavia, concedo a ordem, de ofício, reduzindo a pena do paciente para **2 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e** fixando o **regime prisional aberto** para início de cumprimento da reprimenda.

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, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.967 - SP (2017/0035474-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em benefício de CLAUDIANO ADAO, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi condenado às penas de **2 (dois) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais 5 (cinco) dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. art. 70, ambos do Código Penal (fls. 34-37).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal perante a eg. Corte estadual, que a ela negou provimento nos termos do v. acórdão de fls. 54-57.

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega, em síntese, que "*a exasperação da pena do Paciente em razão da presença de duas causas de aumento de pena, deveria se dar no mínimo legal, já que, a maior ou menor exasperação não está atrelada ao número de causas de aumento de pena, mas a circunstâncias específicas destas*" (fl. 4).

Aduz, ainda, que "*o regime inicial de cumprimento de pena deveria ser o **aberto**, visto que, a pena aplicada foi **inferior a 04 anos**, sendo mister a aplicação do regime definido pelo art. 33, § 2.º, alínea 'c', do Código Penal, o que é direito público subjetivo da ora recorrente. Ademais, consoante o § 3.º do mesmo artigo, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código, circunstâncias estas que foram valoradas favoravelmente ao acusado na dosimetria penal, o que foi mantido pelo Tribunal Estadual*" (fl. 7).

Requer, ao final, seja a ordem concedida para "*(1) diminuir o aumento de pena realizado na terceira fase da dosimetria, limitando o aumento aplicado em face da simultaneidade de causas de aumento em 1/3 (ofensa à Súmula 443 do STJ) e (2) a fim*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de fixar o regime inicial aberto para o início de cumprimento de pena" (fl. 12).

A liminar foi concedida, em parte, para que se observasse, em relação ao paciente, o regime aberto até o julgamento final deste **habeas corpus** (fl. 67).

As informações foram prestadas às fls. 76-90.

O **Ministério Público Federal** manifestou-se, às fls. 94-98, pela concessão parcial da ordem, a fim de que se reconheça a ilegalidade da imposição do regime inicial fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.967 - SP (2017/0035474-2)

EMENTA

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
N.443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO.
GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO.
FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO
REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULAS N.
440/STJ, N. 718/STF E N. 719/STF. **WRIT** NÃO
CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE
OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - 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).

III - A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis.

IV - **Na presente hipótese**, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Além disso, o paciente é primário e a pena final não excede quatro anos de reclusão. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão idônea para não conceder o regime **aberto** para início de cumprimento da reprimenda.

V - Nos termos do enunciado Sumular n. 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 n. 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 9/10/2003).

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 n. 440 desta Corte).

Habeas corpus não conhecido.

Todavia, concedo a ordem, de ofício, reduzindo a pena do paciente para **2 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e** fixando o **regime prisional aberto** para início de cumprimento da reprimenda.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que a Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, fímou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se da análise dos autos que a reprimenda fixada para o ora paciente foi exasperada, na terceira fase da dosimetria, na fração de **3/8 (três oitavos)**, apenas em virtude da incidência de **duas causas** de aumento de pena, conforme pode se depreender do seguinte excerto da r. sentença condenatória, **in verbis**:

*"Nada há nos autos que retire do réu CLAUDIANO ADÃO a **primariedade**, de forma que, atento para tal circunstância e demais elementos preconizados pelo artigo 59 do CP, como também levando em consideração a confissão judicial, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em quatro anos de reclusão e dez dias multa, **que elevo em 3/8 face às duas qualificadoras reconhecidas, dando cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias multa, que elevo em mais um sexto** devido o concurso formal, resultando **seis anos e cinco meses de reclusão e quinze dias multa, que reduzo em 2/3** devido sua semi-imputabilidade comprovada em autos em apenso (fls. 19/21), totalizando em definitivo a pena de **DOIS ANOS (02), UM MÊS (01) E VINTE DIAS (20) DIAS DE RECLUSÃO e CINCO DIAS MULTA**, com o dia unitário no piso mínimo" (fl. 37).*

No presente caso, portanto, verifica-se que o aumento da pena acima do patamar mínimo, na terceira fase da dosimetria, careceu de motivação, pois decorreu, tão somente, do fato de estarem presentes **duas majorantes**, em contrariedade à orientação jurisprudencial desta Corte, consoante se depreende dos seguintes precedentes:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME PRISIONAL FECHADO. SÚMULA 440/STJ. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Malgrado não se possa falar em violação do disposto na Súmula 443 desta Corte, dada a inexistência de mera indicação do número de majorantes do crime de roubo, não se afigura idônea a fundamentação utilizada pelo Magistrado processante na terceira fase da dosimetria da pena, por ter sido considerado exclusivamente o emprego de arma de fogo, sem o respaldo em outra circunstância concreta dos autos, que evidenciasse a necessidade de aumento em 3/8. Precedente.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*ofício, a fim de redimensionar as penas aplicadas ao paciente e estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal" (HC n. 353.240/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 27/5/2016, grifei).*

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO E EXTORSÃO MAJORADOS. NULIDADE. NÃO COMPARECIMENTO DO RÉU À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. TRÊS MAJORANTES. CRITÉRIO MATEMÁTICO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. A teor do entendimento cristalizado na Súmula 443/STJ: 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.

5. O entendimento do Enunciado n. 443/STJ aplica-se analogicamente ao delito de extorsão qualificada. Precedente.

6. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 14 anos, 8 meses e 21 dias de reclusão, além de 22 dias-multa" (HC n. 272.163/SP, **Sexta Turma, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 12/5/2016, grifei).**

Tal entendimento, inclusive, encontra-se sumulado, conforme se verifica do enunciado 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 a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes"*.

Dessarte, aplicado o aumento em seu patamar mínimo, deve a pena final do paciente ser reduzida ao patamar de **2 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão**.

Aprecio, agora, os argumentos relativos ao regime inicial de cumprimento de pena.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c.c. o art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação por um período não superior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na presente hipótese, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Além disso, o paciente é primário e a pena final não excede quatro anos de reclusão. Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão idônea, referida à gravidade concreta do delito, para não conceder o regime **aberto** para início de cumprimento da reprimenda.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. REDUÇÃO DA PENA PELA SEMI-IMPUTABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo **quantum** da pena.

2. O Tribunal de origem apenas menciona a gravidade abstrata do crime de roubo majorado, sem citar nenhum dado concreto que evidencie a maior reprovabilidade da conduta. Assim, os elementos apresentados não se revestem da devida idoneidade para sustentar a fixação do regime mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada.

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

4. **Habeas corpus** concedido, para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena" (HC 376.122/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 7/4/2017).

"PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. DIMINUIÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEMIABERTO. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL E PRIMARIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

5. De acordo com a Súmula 440/STJ, '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'; e com a Súmula 719/STF, 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'. Assim, as súmulas não foram observadas pelo Tribunal **a quo**. O regime fechado foi imposto sem 'motivação idônea'.

6. Os fundamentos genéricos utilizados pelo acórdão ora impugnado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

7. Nesse diapasão, tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto, pois a gravidade abstrata do crime de roubo não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

8. **Writ** não conhecido e **habeas corpus** concedido, de ofício, a fim de fixar o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem descontando pena em regime mais severo" (HC n. 384.999/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 22/3/2017).

Transcrevo, a seguir, por oportuno os enunciados n. **718** e n. **719** da Súmula/STF e n. **440** da Súmula/STJ, que versam sobre o tema, 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."

"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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Todavia, confirmo a liminar de fls. 67-68 e concedo a ordem, de ofício, para, com fundamento nas Súmulas n. 440 e n.443 deste Tribunal, reduzir a pena do paciente ao novo montante de **2 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão** e fixar o **regime prisional aberto** para início de cumprimento da reprimenda.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0035474-2

HC 388.967 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025390320128260071 20160000821657 25390320128260071

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUÍS GUILHERME PEREIRA DELLEDONO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLAUDIANO ADAO

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, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.