



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.281 - SP (2016/0092981-1)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DO VAL RIBEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE ROBERTO ANGELO DO CARMO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo.

Do mesmo modo, ainda que tenham citado a participação de três agentes na empreitada criminosa, quantidade que considero apta a fundamentar a exasperação em patamar acima de 1/3, tal fator foi utilizado apenas para justificar a presença da majorante do concurso de pessoas, que somada à do uso de arma foi matematicamente utilizada para fundamentar a exasperação da pena em 3/8 na etapa final da dosimetria.

3. É firme nesta Corte a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "*fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

Seguindo tal entendimento, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se a situação já prevista no próprio tipo.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente, em relação ao crime de roubo, que somada à pena imposta pelos dois crimes de receptação, se torna definitiva no patamar de 7 anos e 4 meses de reclusão, e 30 dias-multa, a ser iniciada no 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.281 - SP (2016/0092981-1)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DO VAL RIBEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE ROBERTO ANGELO DO CARMO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de JORGE ROBERTO ANGELO DO CARMO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0047729-81.2014.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II (roubo majorado pelo emprego de arma e pelo concurso de pessoas), e art. 180, *caput* (receptação), ambos do Código Penal, por duas vezes, à pena de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, ao qual foi negado provimento em acórdão assim ementado:

Apelação, Roubo majorado (art 157, §2º, I e II, CP) e receptação (art. 180, caput, CP). Subtração de motocicleta, mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Réu preso encontrado em poder da motocicleta. Reconhecimento cabal da vítima, tanto na fase inquisitiva como em juízo. Alta força probante da palavra da vítima. Autoria e materialidade demonstradas. Impossibilidade de absolvição. Desnecessária a apreensão da arma de fogo para reconhecimento da majorante. Impossibilidade de alteração para o regime semiaberto. A gravidade das condutas praticadas pelo agente aponta descabimento da modalidade mais branda. Recurso não provido (fls. 212).

No presente *writ*, a Defesa alega, em suma, que o paciente sofre constrangimento ilegal, uma vez que a pena foi exasperada na terceira fase de dosimetria na fração de 3/8, somente levando em consideração o número aritmético de majorantes, fundamentação inidônea, conforme entendimento solidificado no Enunciado Sumular n. 443 do Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em outro ponto, argumenta que o regime inicial fechado aplicado na condenação foi fundamentado com base na gravidade abstrata do delito, entendendo aplicáveis, ao caso, os Enunciados n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e n. 719 da Súmula do STF.

Pleiteia, assim, a readequação do aumento na terceira fase da dosimetria para o patamar de 1/3 e fixação do regime semiaberto

Indeferida a liminar às fls. 233/234 e prestadas as informações necessárias às fls. 120/230 e 249/259, o Ministério Público Federal, às fls. 263/267, opinou pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício para reduzir o aumento na terceira fase da dosimetria para o patamar mínimo de 1/3.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 353.281 - SP (2016/0092981-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS 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 alinham-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Pretende-se no presente *writ*, consoante outrora relatado, a readequação do aumento da pena para 1/3 na terceira fase da dosimetria, por ausência de fundamentação em patamar superior, e pela fixação do regime semiaberto.

Quanto ao primeiro ponto, o Magistrado processante, ao elaborar o decreto condenatório, assim fundamentou:

Duas foram as causas de aumento de pena, pelo que acresço 3/8 (três oitavos) às penas acima impostas, fração de aumento que mais se adequa ao caso concreto, já que o réu e seus três comparsas com emprego de arma de fogo, cercaram a vítima e a assaltaram impossibilitando-lhe qualquer possibilidade de reação - numa estrada pouco antes do amanhecer, sinal indicativo da audácia, periculosidade extremada e absoluta certeza de impunidade. Nessa conformidade, as penas ficam definitivamente estabelecidas em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa. A multa é aplicada com piso correspondente a 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo vigente à época do fato, tendo-se especialmente em conta a ausência de elementos quanto à atual situação econômica do réu.

No tocante à fração de aumento aplicada, consigno que "com a recente introdução de mais duas qualificadoras no roubo, totalizando cinco, deve-se ter em mente que, presente uma qualificadora, deve-se impor o aumento mínimo; duas, aumento de três oitavos (3/8); três, cinco doze avos (5/12); quatro, onze vinte e quatro avos (11/24); cinco, o máximo" (Apelação Criminal 1074665/1 - São Paulo - Rel. Juiz JOSÉ HABICE, j. 10.11.97, v.u., 12ª Câm. - TACRIM-SP).

Assim, foi aplicado o aumento em 3/8 (três oitavos), por entender o Juízo Monocrático que o acréscimo mínimo, sendo duas as majorantes, viria a estimular a prática de roubo biqualeficado, já que igualaria situações desiguais. Conforme já decidido, "a biqualeificação, indubitavelmente, é indicativa de maior perigosidade e reprovação da conduta dos roubadores, daí fazer-se incabível a majoração mínima de um terço, a risco de se igualarem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização das penas..." (Ap. nº 967.649/1, 7ª Câm., rel. Juiz NOGUEIRA FILHO, j. 14.09.95 v.u.).

Ademais, consoante voto proferido na Apelação Criminal 114.074-9/9 (Relator o Juiz JUNQUEIRA SANGIRARDI, v.u., j. em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

17.05.1999), "embora não se deva trabalhar com tais números como se fosse uma tabela fixa, é deste critério de gradação axiológica que se deve partir. Um roubo cometido com 1 qualificadora, não é igual a um assalto praticado com 2 qualificadoras, ou mais. As hipóteses revelam agentes com temibilidade e potencialidade criminógenas diferentes. Se num roubo com uma qualificadora de concurso de agentes, é possível o regime semiaberto e noutro, em que estão presentes o concurso de agentes e o uso de arma de fogo, deve-se remeter o agente para o regime fechado, conclui-se que as hipóteses revelam condições subjetivas diversas dos respectivos criminosos. Então, pelas mesmas razões, ilógica seria a punição equânime de autor de roubo com uma qualificadora em relação a outro, mais perigoso, que cometeu delito com duas ou mais qualificadoras" (fls. 169/170).

A Corte estadual, em apelação da defesa, manteve a decisão monocrática, consignando:

Na dosagem da pena-base o culto magistrado a quo reconheceu a primariedade do apelante, mas levou em consideração, corretamente, o modo de execução dos delitos, que contou com duas qualificadoras - emprego de arma de fogo e concurso de agentes - para aumentar a pena do roubo em 3/8 (três oitavos), "já que o réu e seus três comparsas com emprego de arma de fogo, cercaram a vítima e a assaltaram - impossibilitando-lhe qualquer possibilidade de reação" (fls. 169) (fls. 179/180).

Ao que se tem, as instâncias ordinárias, na terceira fase da dosimetria da pena cominada ao paciente, elevaram a pena em 3/8 (três oitavos), patamar superior ao mínimo legal, previsto no § 2º, do art. 157, do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte:

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.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de $3/8$, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo.

Do mesmo modo, ainda que tenham citado a participação de três agentes na empreitada criminosa, quantidade que considero apta a fundamentar a exasperação em patamar acima de $1/3$, tal fator foi utilizado apenas para justificar a presença da majorante do concurso de pessoas, que somada à do uso de arma, foi matematicamente utilizada para fundamentar a exasperação da pena em $3/8$ na etapa final da dosimetria.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA BRANCA. 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. SÚMULA 440/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

III - A Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova. No caso dos autos, o v. acórdão reprochado apoiou-se na prova oral produzida para concluir pela utilização da arma branca no crime de roubo (precedentes).

IV - O eg. Tribunal de origem, apoiado nos elementos de prova produzidos nos autos, concluiu que "as causas de aumento restaram devidamente demonstradas, pois o material probatório coligido aponta que o crime foi cometido pela Ré com mais um comparsa [...]" (fl. 46). Rever esse entendimento demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (precedentes).

V - No presente caso, verifica-se que a pena foi exasperada 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).

[...] Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, com fundamento nas Súmulas n. 443 e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

440/STJ, reduzir a pena da paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 343.248/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/4/2016).

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...] 5. 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. Súmula n. 443 do STJ.

6. As instâncias ordinárias, não obstante hajam particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não apontaram nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a ilegalidade na redução da pena em relação à menoridade relativa do réu, adotar o patamar de 1/3 para o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto (HC 228.310/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 11/3/2016).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA A TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8. CRITÉRIO QUANTITATIVO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME FECHADO. 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. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Consoante a Súmula n. 443 deste Superior Tribunal de Justiça, "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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorantes".

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

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão e fixar o regime inicial semiaberto (HC 338.514/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 23/2/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Há constrangimento ilegal quando a reprimenda é majorada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado 443 da Súmula deste Sodalício).

[...] Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa (HC 341.340/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15/2/2016).

Desse modo, impõe-se, no caso vertente, a redução da fração de aumento de pena na terceira fase da dosimetria para o mínimo legal - 1/3 (um terço).

Assim, passo ao **redimensionamento** das penas impostas quanto ao delito de roubo. Na primeira e na segunda etapas, ficam mantidas as penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias. Na terceira fase, reduzo o aumento das penas ao mínimo legal de 1/3, resultando em 5 anos, 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, que somada à pena de 1 ano de reclusão para delito de receptação, passam a totalizar 7 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 30 dias-multa.

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê:

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".

No mesmo sentido, 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.

Quanto ao ponto, forçoso colacionar trechos da fundamentação utilizada pelas instâncias ordinárias para a fixação do regime mais gravoso:

O réu é primário e não ostenta antecedentes desabonadores, de modo que, atento aos ditames do artigo 59 do Código Penal, estabeleço para o delito de roubo, a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão.

[...]

A pena privativa de liberdade imposta ao réu será inicialmente cumprida em regime FECHADO, a teor do disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal. A propósito do tema, já se pronunciou a Colenda 5ª Câmara de Direito Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em voto irretorquível da lavra do eminente Desembargador Pinheiro Franco, no sentido de que "O regime fechado é absolutamente necessário. A hipótese é de roubo qualificado, delito que traz marcante intranquilidade à sociedade. O roubo expressa a mais clara definição da violência e do desprezo do agente pelo semelhante. O agente é movido pelo desejo de despojar o cidadão de seus pertences e para tanto não se constrange de ameaça-lo seriamente. O acusado demonstrou absoluto destemor em face da lei e não merece tratamento benéfico na fase inicial do cumprimento da pena imposta". E prossegue: "Quem age de forma ousada, fria, bem pensada, com intuito de levar pânico a terceiros indefesos, apenas para satisfazer sua ambição econômica, não tem compromisso com as regras de convivência social e não pode merecer o afago do Estado até que demonstre merecimento, submetendo-se, antes, à pena em regime de retiro pleno. Não se trata de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mera opinião acerca da gravidade do crime, com reflexos no regime de cumprimento da pena. Trata-se, na verdade, de estabelecer regime indispensável a criminoso que não pode, temporariamente, ser submetido a regime mais liberal." (Apelação nº 0032220-52.2010.8.26.0050 - São Paulo. j. 15.12.11, v.u.) (sentença - fls. 168/171).

O regime prisional, por fim, diante das condutas praticadas pelo apelante, que demonstram a sua periculosidade e o descaso com a ordem social, somente poderia ser mais rigoroso, o qual se mostra justo e suficiente para reprimir e reeducar o sentenciado (acórdão - fls. 214).

Os fragmentos das decisões acima transcritos e o exame dos autos revelam que após fixarem a pena-base no mínimo legal, por considerarem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, as instâncias ordinárias deixaram de consignar em que medida a ação delitiva do paciente teria transbordado para um comportamento mais grave, ensejando, assim, a necessidade de fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, "b", do CP.

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por esta Corte, a mera referência genérica pelas instâncias ordinárias à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se a situação já prevista no próprio tipo.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTA STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. RECLAMO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

3. Recurso provido a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto (RHC 66.895/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO MAJORADO E RECEPÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL 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 - Não se revela possível, in casu, a aplicação do princípio da consunção, porquanto a conduta de adquirir a arma, de um lado, e o delito de roubo majorado pelo uso de arma de fogo, de outro, ao que se tem, decorrem de desígnios autônomos, não se verificando a relação de meio-fim que autoriza a absorção de uma figura típica pela outra.

IV - No presente caso, o eg. Tribunal de origem concluiu tratar-se de crimes autônomos (roubo majorado e receptação), por terem momentos consumativos distintos e pela ciência do paciente quanto à origem ilícita da arma. Ademais, rever esse entendimento demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (precedentes).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do CP (precedentes).

VII - 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".

VIII - "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 col. Pretório Excelso).

IX - "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 nº 440 da Súmula desta Corte).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida parcialmente de ofício tão somente para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 343.283/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem de ofício para redimensionar a pena do paciente, em relação ao crime de roubo, que somada à pena imposta pelos dois crimes de receptação se torna definitiva no patamar de 7 anos e 4 meses de reclusão, e 30 dias-multa, a ser iniciada no regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0092981-1

HC 353.281 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0047729812014 00477298120148260050 2014000993 47729812014 477298120148260050
9932014

EM MESA

JULGADO: 02/06/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JULIANA DO VAL RIBEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JORGE ROBERTO ANGELO DO CARMO

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.