



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.204 - SP (2017/0195619-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE -
SP0223682
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK MORAIS OLIVEIRA
PACIENTE : RODRIGO ANTUNES DE ALMEIDA BARROS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.
3. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma, aplicaram a fração de 3/8 para majorar a pena, tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar que o emprego de arma de fogo, por si só, não permite a imposição de fração de aumento superior a 1/3, nos termos da jurisprudência deste Tribunal. Ofensa ao disposto na Súmula 443 desta Corte.
4. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, 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), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.
5. Apesar de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que fora praticado por dois agentes, contra três vítimas, sendo uma delas maior de 60 anos, que foram ameaçadas com o uso de arma de fogo e obrigadas a se dirigirem ao fundo do estabelecimento comercial, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena.

6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §2º e §3º, do Estatuto Repressor, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda dos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão, ficando mantido o regime prisional fechado para o desconto da pena a ambos os réus.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 07 de dezembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.204 - SP (2017/0195619-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE -
SP0223682
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK MORAIS OLIVEIRA
PACIENTE : RODRIGO ANTUNES DE ALMEIDA BARROS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **ERICK MORAIS OLIVEIRA** e de **RODRIGO ANTUNES DE ALMEIDA BARROS** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, respectivamente, às penas de 6 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, mais 39 dias-multa, e de 7 anos, 1 mês e 24 dias de reclusão e pagamento de 39 dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, por 3 vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal.

Interposta apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo da defesa, para reduzir a pena imposta a ambos os pacientes para 6 anos e 5 meses de reclusão, ficando mantida, no mais, a sentença condenatória. O acórdão restou assim ementado:

"Apelação Criminal - Delito previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal - Alegação de reconhecimento com violação do art. 226 do CPP - Inadmissibilidade - Absolvição - Impossibilidade - Tentativa - Não reconhecimento - Conjunto probatório suficiente à condenação Reconhecimento da agravante prevista no art. 61, II, 'h' do CP e da agravante da reincidência do réu Rodrigo - Confissão espontânea - Compensação - Possibilidade - Concurso formal bem aplicado - Não reconhecimento de crime único - Regime prisional fechado - Manutenção - Periculosidade acentuada - Parcial provimento ao recurso." (e-STJ, fl. 20).

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, que a pena foi exasperada em desacordo da Súmula 443/STJ. Sustenta que "inexiste indicação de fundamentos concretos ou circunstâncias que justificassem maior rigor na fixação da pena" (e-STJ, fl. 3).

Aduz, ainda, que "o paciente Erick faz jus ao regime semiaberto, eis que primário, bem como considerando que as circunstâncias judiciais lhe foram consideradas favoráveis" (e-STJ, fl. 5).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja fixado o regime semiaberto ao paciente Erick, bem como seja reduzido o patamar de aumento em razão das majorantes do delito de roubo para o mínimo legal.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 33), o Ministério Público Federal opinou pela concessão de *habeas corpus*, de ofício (e-STJ, fl. 104).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 411.204 - SP (2017/0195619-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE -
SP0223682
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ERICK MORAIS OLIVEIRA
PACIENTE : RODRIGO ANTUNES DE ALMEIDA BARROS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma, aplicaram a fração de 3/8 para majorar a pena, tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar que o emprego de arma de fogo, por si só, não permite a imposição de fração de aumento superior a 1/3, nos termos da jurisprudência deste Tribunal. Ofensa ao disposto na Súmula 443 desta Corte.

4. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, 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), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Apesar de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que fora praticado por dois agentes, contra três vítimas, sendo uma delas maior de 60 anos, que foram ameaçadas com o uso de arma de fogo e obrigadas a se dirigirem ao fundo do estabelecimento comercial, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §2º e §3º, do Estatuto Repressor, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda dos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão, ficando mantido o regime prisional fechado para o desconto da pena a ambos os réus.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão da apelação:

"[...] Passo à dosagem das penas. Atendendo às diretrizes do artigo 59, do Código Penal, com relação a: 1. ERICK MORAIS DE OLIVEIRA: fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, por vislumbrar dolo normal à espécie, anotada a primariedade técnica do réu. Na segunda fase de dosimetria, a confissão espontânea e a menoridade penal não têm o condão de diminuir a pena aquém do limite mínimo legal. Na terceira fase, pelas causas de aumento de pena previstas no parágrafo 2º, incisos I e II, do artigo 157, do Código Penal, acréscimo à pena-base 3/8, ficando as penas definitivas fixadas em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, sendo cada dia-multa arbitrada em importância equivalente a um trigésimo do valor do salário mínimo mensal vigente ao tempo da infração penal.

Considerando a prática de três crimes em concurso formal, procedo ao acréscimo de 1/5 na pena privativa de liberdade, o que implica penas de 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa, no valor mínimo legal, e, 2. RODRIGO ANTUNES DE ALMEIDA: fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias -multa, por vislumbrar dolo normal à espécie. Na segunda fase de dosimetria, a reincidência prevalece sobre a confissão espontânea, nos termos do artigo 67 do Código Penal e implica acréscimo de 1/12 às penas, o que resulta 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias -multa. Na terceira fase, pelas causas de aumento de pena previstas no parágrafo 2º, incisos I e II, do artigo 157, do Código Penal, acréscimo à pena-base 3/8, ficando as penas definitivas fixadas em 5 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, sendo cada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dia-multa arbitrada em importância equivalente a um trigésimo do valor do salário mínimo mensal vigente ao tempo da infração penal.

Considerando a prática de três crimes em concurso formal, procedo ao acréscimo de 1/5 na pena privativa de liberdade, o que implica penas de 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa, no valor mínimo legal. Pelo exposto, e por tudo o mais que dos autos consta, julgo PROCEDENTE a presente ação penal, condenando ERICK MORAIS DE OLIVEIRA, portador do R.G. n. 52920427/SP, e RODRIGO ANTUNES DE ALMEIDA, portador do R.G. n. 49408640/SP, como incurso nas penas do artigo 157, §2º, incisos I e II, por três vezes, na forma do artigo 70, todos do Código Penal, e, aplicando-lhe as penas respectivas de 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa, fixadas no valor mínimo legal, e, 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa, no valor mínimo legal. Em razão da gravidade da conduta apurada nestes autos, que atemoriza e causa intranquilidade na parcela ordeira da sociedade, devendo, portanto, ser repreendida de forma enérgica e severa pelas autoridades judiciárias, com o fito de coibi-las, os réus iniciarão o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, anotada a reincidência do réu RODRIGO." (e-STJ, fls. 16-18).

"[...] No entanto, as penas comportam pequenos reparos, vez que excessivamente exacerbadas.

Inicialmente, as penas foram fixadas no mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Em segunda etapa, observo que o réu Rodrigo é reincidente (certidão de fl. 11 do apenso) e, o MM Juiz considerou a agravante da reincidência preponderante sobre a confissão espontânea.

Demais disso, ainda em segunda fase, incide, também, a agravante prevista no artigo 61, II, 'h' do mesmo estatuto, vez que restou demonstrado que a vítima era maior de 60 anos de idade à época do crime.

Nesse ponto, destaque-se que não há falar em ausência de comprovação da idade da vítima, pois em todas as oportunidades em que foi ouvida, esta foi formalmente qualificada, não havendo razões para se questionar sua idade. Entretanto, entendo que devem ser compensadas as agravantes acima citadas com a confissão ofertada pelos réus, em sua integralidade, retornando a pena ao mínimo legal, em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Registre-se que embora a preponderância da reincidência sobre a confissão espontânea encontre amparo legal (artigo 67, do CP) e jurisprudencial, o certo é que, paulatinamente, vem-se emprestando significado especial à atenuante da confissão espontânea, porque dá ao julgador a certeza da prática do crime, facilitando a instrução processual e a aplicação da lei penal. E, considerada sua natureza subjetiva, reveladora da personalidade do acusado, ao admitir a imputação e assumir a responsabilidade pela sua conduta, merece ser valorizada, pelo menos, em igualdade de peso com a agravante da reincidência.

Em razão da configuração das causas de aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do artigo 157 do Código Penal, a pena foi majorada em 3/8 (três oitavos), totalizando 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no piso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Levando-se em conta a temibilidade e reprovabilidade da conduta dos acusados, que se armaram para atacar o patrimônio alheio, em comparsaria, temos que a majoração da reprimenda em $3/8$ revela-se suficiente para prevenção e reprovação da prática delitiva em comento, sendo certo que, não se trata de mero critério matemático.

Em se tratando de crime de roubo circunstanciado, para se chegar a uma graduação da reprimenda mais equânime, há de se verificar a distância correspondida entre o mínimo e o máximo e o fato dessa majoração ter que variar em consonância com as causas especiais de aumento reconhecidas.

Portanto, resta evidente que a conduta cometida com o emprego de arma e concurso de agentes revela maior reprovabilidade ensejando a utilização da fração acima do mínimo, mas restando suficiente a fração de $3/8$, conforme asseverou o D. Magistrado *a quo*. Não se trata, pois, de uma operação matemática, mas sim de estrita observância ao princípio da proporcionalidade.

Em seguida, o MM Juiz reconheceu o concurso formal, majorando a pena em $1/5$ (um quinto). No entanto, considero suficiente e adequado o aumento em $1/6$.

No caso dos autos, os acusados subtraíram, mediante grave ameaça e concurso de agentes, bens pertencentes a várias vítimas, simultaneamente, ficando bem claro a multiplicidade dos roubos cometidos mediante uma ação, não havendo que se falar em crime único.

(...)

Dessa forma, reconhecido o concurso formal de delitos, a pena será majorada em $1/6$, perfazendo 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa (art. 72 do CP).

O regime prisional fixado, qual seja, o inicial fechado está correto. Isto porque, trata-se da condenação pelo delito de roubo duplamente qualificado, pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, o qual atingiu o patrimônio de vítimas distintas, revelando-se o mais adequado para a prevenção e reprovação dessa prática delitiva." (e-STJ, fls. 25-28).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

No que concerne à terceira fase da dosimetria, vê-se que as instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das majorantes do concurso de agentes, do emprego de arma e da restrição à liberdade das vítimas ao crime de roubo, aplicaram a fração de $3/8$ para majorar a pena tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de $1/3$.

Incide, portanto, à espécie, o disposto na Súmula 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."

A propósito:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. PENAS REDUZIDAS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA O REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- **Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula 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.**

- **Na hipótese, o aumento pelas majorantes previstas no § 2º, incisos I e II, do art. 157, do Código Penal, na terceira fase da dosimetria da pena, operou-se na fração de 3/8, levando-se em conta apenas o critério numérico, deixando de apontar uma fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3, contrariando, assim, a mencionada Súmula n. 443/STJ. Precedentes.**

- Quanto à fixação do regime prisional, sabe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

- Na espécie, não obstante o paciente seja primário e o novo montante da pena (6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão) comporte, em princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, pois o delito foi praticado com violência real contra a vítima, mediante um golpe no pescoço, permite a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, reduzindo as penas do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 13 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 407.390/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

grifou-se).

Nesse passo, evidenciada flagrante ilegalidade em relação à terceira fase da dosimetria, passa-se à nova análise da pena.

Com efeito, na primeira etapa, a pena de ambos os réus foi estabelecida em 4 anos de reclusão. Na fase intermediária, apesar da reincidência do réu Rodrigo e da presença da atenuante da confissão espontânea e da agravante referente à vítima ser maior de 60 anos (art. 61, II, 'h', do CP), a reprimenda permanece inalterada em razão da compensação operada. Na terceira etapa, diminuído o aumento para 1/3 pelas duas majorantes, deve a pena ser consolidada em 5 anos e 4 meses de reclusão.

No que concerne ao pleito de alteração do regime prisional imposto ao paciente Erick, sorte não assiste à impetrante.

Os fundamentos utilizados pelo Tribunal *a quo* não podem ser tidos por genéricos e, portanto, 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), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Por certo, apesar de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que fora praticado por dois agentes, contra três vítimas, sendo uma delas maior de 60 anos, que foram ameaçadas com o uso de arma de fogo e obrigadas a se dirigirem ao fundo do estabelecimento comercial, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

Em verdade, a aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §2º e §3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO NA APLICAÇÃO DA PENA. NÃO VERIFICAÇÃO. PENAS FIXADAS ADEQUADAMENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Na primeira instância, o juiz de primeiro grau condenou o paciente como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. A pena-base foi fixada no mínimo legal, aumentando a pena em 1/3 na terceira fase, em razão da majorante do concurso de pessoas, ficando a sanção em 5 anos e 4 meses de reclusão.

3. O Tribunal local, quando provocado pelas partes a se manifestar, deu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcial provimento ao apelo ministerial, apenas para reconhecer o aumento previsto na última parte do art. 29, §2º, do Código Penal, porquanto entendeu que não se pode desprezar a evidente previsibilidade do resultado mais grave do crime de roubo que pretendia cometer, ou seja, ainda que o paciente quisesse apenas participar do crime de roubo, o resultado mais grave (morte da vítima) lhe era previsível. Com isso, a pena foi aumentada em 1/2.

4. Cabe ressaltar que o Tribunal local não menciona expressamente todas as fases da dosimetria pelo fato de que manteve a decisão de primeiro grau em todos os pontos, apenas alterando a terceira fase da dosimetria, fundamentando expressamente a inclusão do art. 29, § 2º, do Código Penal.

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito (Enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

6. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, tendo em vista que o roubo foi praticado mediante invasão à residência da vítima, para quem o acusado já tinha prestado serviço como segurança.

7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 395.808/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017, grifou-se).

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, (POR DUAS VEZES), NA FORMA DO ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. SÚMULA N. 231 DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. A presente ação constitucional não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, no tocante ao pleito de reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, tendo em vista a ausência de reflexo na dosimetria, eis que a pena-base, já fixada no mínimo legal, não pode ser reduzida aquém do referido patamar, diante da Súmula n. 231 desta Corte.

2. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elemento concreto (a empreitada criminosa envolveu quatro agentes, portando uma arma de fogo, sendo o roubo praticado contra duas vítimas), a despeito desse não ter sido empregado na fixação da pena-base.

3. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada." (HC 388.357/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017, grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A fixação do regime carcerário inicial poderá ser justificada com fulcro em elementos concretos, tendo por norte a necessidade e a suficiência da reprimenda para a reprovação e a prevenção do crime. E, para tanto, não há como coarctar do julgador a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, sinalizem 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.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto ao réu primário e condenado a 4 anos de reclusão com suporte em elementos que evidenciam a maior gravidade da conduta delitiva, pois o paciente responde a outros dois crimes de roubo, um furto e uma tentativa de homicídio, o que caracteriza a reiteração delitiva.

3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 340.573/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 16/2/2016, grifou-se).

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda dos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão, ficando mantido o regime prisional fechado para o desconto da pena a ambos os réus.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0195619-6

HC 411.204 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00928312920148260050 928312920148260050

EM MESA

JULGADO: 07/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - SP0223682
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ERICK MORAIS OLIVEIRA
PACIENTE	: RODRIGO ANTUNES DE ALMEIDA BARROS

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.