



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.070 - SP (2017/0020871-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - SP309668
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DE SOUZA MELO
PACIENTE : DANILO DOS SANTOS SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. ROUBO DUPLAMENTE 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. REGIME FECHADO. PENA FINAL FIXADA ENTRE 4 E 8 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

– "*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*" - enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

– Na hipótese, o aumento da pena ocorreu em fração superior a 1/3, em razão da quantidade de majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta e idônea, que demonstre ter a conduta dos pacientes desbordado para um comportamento mais grave, além do já definido no tipo penal, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

– Estipulada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto presente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstância judicial desfavorável, o que resultou em pena definitiva superior a quatro anos e inferior a oito, não há constrangimento ilegal na fixação de regime inicial fechado. Com efeito, foi apresentada fundamentação concreta, baseada no *modus operandi* do delito, cometido com violência física exacerbada e desnecessária para a consumação do delito, para a fixação de regime inicial mais gravoso, o que está em consonância com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas aplicadas aos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.070 - SP (2017/0020871-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - SP309668
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO DE SOUZA MELO
PACIENTE : DANILO DOS SANTOS SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FRANCISCO DE SOUZA MELO e DANILO DOS SANTOS SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0064491-41.2015.8.26.0050).

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (fls. 23/33).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual as penas dos pacientes foram reduzidas para 5 anos e 6 meses de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (fls. 59/71). Segue a ementa do acórdão:

Apelação Criminal - Roubo majorado - Sentença condenatória - Pretendida a redução das penas-bases ao mínimo legal, o reconhecimento da confissão espontânea, a redução da fração utilizada pelas majorantes e a fixação do regime inicial semiaberto - Admissibilidade parcial - Materialidade, autoria e majorantes suficientemente demonstradas - Palavra da vítima de suma importância no esclarecimento dos fatos e identificação dos criminosos - Depoimentos dos policiais valiosos e harmônicos com as demais provas - Condenação bem editada, com base em sólido e convincente acervo probatório - Penas reduzidas - Reconhecimento da confissão espontânea nos termos da Súmula 545 do STJ - Regime prisional escorreitamente fixado. Recurso parcialmente provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente *mandamus* (fls. 1/16), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal aos pacientes, pois a pena foi aumentada em 3/8 na terceira fase da dosimetria, com base na mera indicação do número de majorantes, o que vulnerou o enunciado da Súmula n. 443/STJ. Além disso, aduz que o regime inicial fechado foi fixado e mantido com fundamento na gravidade abstrata do delito.

Ao final, formula pedido liminar para que os pacientes aguardem em regime semiaberto o julgamento deste *writ* e, no mérito, pede a concessão da ordem para que as suas penas sejam reduzidas, fixando-se regime prisional semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 98/99).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 128/134).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.070 - SP (2017/0020871-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

A Defensoria Pública, no presente *writ*, objetiva a realização de nova dosimetria da pena, com a redução da fração de aumento de pena, na terceira fase, para o mínimo de 1/3, em razão da incidência de duas majorantes, bem como a fixação de regime inicial mais brando.

Como é cediço, no tocante à dosimetria da pena, sabe-se que a sua revisão, na via do *habeas corpus*, é possível somente em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, na terceira fase da dosimetria, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto.

O referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, 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.

Em relação às majorantes do roubo, as instâncias ordinárias fixaram o aumento da pena nos seguintes termos:

Em razão do reconhecimento de duas qualificadoras, circunstância esta reveladora de temibilidade e merecedora de exasperação mais rígida (Havendo duas causas de aumento - concurso de pessoas e uso de arma de fogo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite que ambas sejam consideradas na delimitação final da pena (STJ - HC 73.766-8 - Rel. Ilmar Galvão - DJU 06.09.1996 - p. 31.854), posto que o sucesso da empreitada criminosa é maior já que a vítima se vê mais intimidada com a ação, aumento a pena em 3/8, perfazendo 06 (seis) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa. Os réus deverão iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado, eis que o regime mais brando afrontaria a finalidade de repressão e prevenção da conduta delitiva. O regime fechado é o único (sentença - fl. 32).

Na terceira fase, adequado o aumento, na fração de 3/8 (três oitavos), em razão da dupla qualificadora.

Cumprir considerar, nesse ponto, que o crime foi perpetrado com o concurso de dois agentes e com emprego de arma, circunstâncias estas que denotam maior temibilidade e reprovabilidade da conduta dos agentes.

Cabe assinalar, a propósito, que o Colendo Supremo Tribunal Federal já acenou com a possibilidade de se estabelecer aumento acima de 1/3 (um terço) em caso de concurso de causas de aumento de pena, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade da conduta do agente: "Habeas corpus. No que diz respeito ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso de causas de aumento de pena, variando a fixação deste de 1/3 a metade, e havendo duas causas concorrentes, há, sem dúvida, maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, razão por que é mais correta a corrente doutrinária que sustenta que, nesse caso, ambas devem ser consideradas para a fixação do aumento além do limite mínimo. "Habeas corpus" indeferido".

Bem por isso, esta Augusta Corte de Justiça tem se pronunciado pela majoração de 3/8 em havendo duplicidade de majorantes no roubo: "Desse modo, deve-se impor o aumento de 1/3 quando for uma qualificadora; 3/8 quando forem duas; 5/12 (ou 2/5) quando forem três; 11/24 quando forem quatro e no máximo quando forem cinco qualificadoras" (acórdão - fls. 67/68).

Conforme se extrai dos trechos acima transcritos, as instâncias ordinárias, ao aumentarem a pena, na terceira fase da dosimetria, deixaram de evidenciar de que forma a conduta dos pacientes desbordou para um comportamento mais grave, além do já definido no tipo penal – o delito foi cometido por dois agentes, mediante o uso de arma branca –, fundamentação concreta que justificaria a majoração da sanção em fração superior ao mínimo de 1/3. No mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. EXASPERAÇÃO SUPERIOR A 1/3. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA/STJ 443. REGIME FECHADO MOTIVADO. 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. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Hipótese em que a reprimenda foi estabelecida acima do piso legal em virtude da personalidade do réu, pois este, beneficiado com saída temporária enquanto descontava pena em regime semiaberto, não retornou ao estabelecimento prisional, tendo permanecido foragido até ser preso em razão da prática delitiva apurada nos autos do processo criminal em exame. Decerto, tal fundamento revela-se idôneo para a majoração da pena-base, porquanto denota a personalidade desvirtuada do agente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º do inc. I do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta prova testemunhal atestando o seu emprego.

4. A sentença aplicou fração superior a 1/3 (um terço) para majorar a pena apenas em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que contraria 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."

5. Malgrado a gravidade abstrata do crime de roubo duplamente majorado não permita a imposição do regime mais gravoso do que o indicado pelo quantum de pena corporal estabelecido, fixada a pena-base acima do mínimo previsto no preceito secundário do tipo, por ter sido valorada negativamente circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor Penal, não se revela desproporcional a imposição do regime fechado para o desconto inicial da reprimenda. *Precedentes.*

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, considerando o aumento de 1/3 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo (HC 298.019/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 12/12/2016).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. INSURGÊNCIA CONTRA A FRAÇÃO DE AUMENTO DE 3/8 PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE AGENTES. CRITÉRIO QUANTITATIVO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUÇÃO PARA 1/3. PENA REDIMENSIONADA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL E PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento de 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.

- 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 majorantes.

- Na hipótese, o aumento da pena na fração de 3/8 ocorreu em razão da quantidade das majorantes, sem a indicação de fundamentação concreta, a evidenciar constrangimento ilegal, o que impõe a necessidade de redimensionamento da pena, com a aplicação da fração mínima de aumento.

- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade efetiva do delito, evidenciada esta última pelo modus operandi do crime.

- Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, 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. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

- Hipótese em que o paciente não faz jus ao regime inicial semiaberto, diante da fixação da pena-base acima do mínimo legal e da reincidência, razão pela qual correto o estabelecimento do regime fechado, nos termos do art. 33, §3º, e do art. 59, ambos do CP.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida ex officio, apenas para reduzir a pena do paciente para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão, mantido o regime inicial fechado (HC 373.802/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 28/11/2016).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. É da jurisprudência deste Tribunal que, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, a título de indicador de maus antecedentes, de conduta social negativa ou de a personalidade do agente ser voltada para o crime. Inteligência do Enunciado Sumular n. 444 do STJ, segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

2. O Juiz de primeira instância utilizou-se de ação penal em andamento para atribuir valor negativo às circunstâncias da conduta social, dos antecedentes e da personalidade. Há registro de uma ação em que, embora haja informação de condenação contra o paciente, não consta o trânsito em julgado.

3. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas, respectivamente. A doutrina e a jurisprudência têm se orientado no sentido de que cabe ao magistrado, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, escolher a fração de aumento de pena pela incidência da agravante, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. Há constrangimento ilegal quando verificado que as instâncias ordinárias procederam à redução em 3 meses, na segunda fase da dosimetria, pela incidência da atenuante da menoridade relativa do réu - valor desproporcional em relação ao aumento da pena-base, pela incidência de uma circunstância judicial considerada negativa -, sem indicar fundamentação concreta.

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. Tanto o Juízo monocrático quanto a Corte de origem apenas indicaram a gravidade abstrata do delito de roubo e consideraram a valoração negativa da circunstância judicial, ora reconhecida como ilegal, o que tampouco serve para motivar o regime fechado.

9. A ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF. 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, julgado em 03/03/2016, DJe 11/03/2016).

Assim, necessária a realização de nova dosimetria.

Na primeira e na segunda etapas, ficam mantidas as penas estabelecidas pelas instâncias ordinárias para o delito de roubo. Na terceira fase, aplico a fração mínima de 1/3 em razão da incidência das duas causas de aumento e fixo a pena em **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**.

Quanto ao pleito de alteração do regime, verifica-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a ousadia da ação criminosa, realizada em via pública de intensa movimentação de pessoas e da exacerbada violência física utilizada contra a vítima, a qual foi imobilizada e empurrada do alto de uma escada de aproximadamente 4 metros, mesmo após os pacientes já terem realizado a subtração dos seus bens.

Acerca do tema, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o qual *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*. Na mesma esteira, 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.

No caso dos autos, como acima aludido, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, representando, portanto, fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso, a afastar o alegado constrangimento ilegal. Com efeito, foi apresentada fundamentação concreta, baseada nas circunstâncias mais gravosas do *modus operandi* do delito para a fixação de regime inicial mais gravoso, o que está em consonância com o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte. A propósito, os seguintes precedentes deste Tribunal:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ.

1. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos do art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos. Incidência na espécie da Súmula 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 442.470/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/6/2015, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

15/6/2015).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU AO ATO DE INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO.

1. Embora a citação do paciente não tenha ocorrido formalmente, porque não foi localizado, se ele compareceu espontaneamente ao interrogatório judicial, tendo sido nomeado para o referido ato defensor dativo, eventual nulidade encontra-se sanada nos termos do art. 570 do CPP.

2. Segundo entendimento pacificado da Terceira Seção desta Corte, a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde da apreensão da arma e do consequente exame pericial.

3. A lesividade da conduta pode ser comprovada por outros meios, como declarações das vítimas ou depoimentos de testemunhas.

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, portanto, reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime fechado ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo Diploma Legal, ainda que se cuide de reprimenda inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

5. Ordem denegada (STJ, HC 152829/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 29/8/2012).

HABEAS CORPUS. ART. 158, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. (3) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. MOTIVADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. (4) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (5) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente. (Precedentes).

3. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de habeas corpus quando há ilegalidade patente, o que não se verifica na espécie, uma vez que a pena-base foi exasperada, em 2 (dois) meses, em razão da existência de elemento concreto, qual seja, a circunstância do crime (o paciente, policial civil, utilizando distintivos, carro e armas da instituição policial, tendo inclusive se identificado como policial federal), que reflete um plus de reprovabilidade na conduta do paciente.

4. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

5. Habeas corpus não conhecido (STJ, HC 222001/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 17/9/2013, DJe de 25/9/2013).

Ante o exposto, **não conheço** do presente habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir as penas impostas aos pacientes para **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**, mantido o regime inicial fechado.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0020871-7

HC 387.070 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00644914120158260050 20160000757998 644914120158260050

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

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	: LUCAS AKIRA PASCOTO NISHIKAWA - SP309668
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FRANCISCO DE SOUZA MELO
PACIENTE	: DANILO DOS SANTOS SILVA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.