



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.974 - SP (2016/0089438-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE CRISTINA UEMURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL SILVA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 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 - STF 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 - STJ consagrou o entendimento de que o recrudescimento 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, o Tribunal de origem limitou-se a indicar a presença de duas majorantes, ou seja, utilizou-se unicamente do critério matemático para elevar a pena em 3/8, na terceira fase da dosimetria.

3. É firme neste Tribunal 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. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: "*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*".

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 imposto reprimenda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 limitar o recrudesimento de penas do paciente, na terceira fase da dosimetria, à fração de 1/3 (um terço), redimensionando a pena do paciente, que se torna definitiva no patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 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), 10 de maio de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.974 - SP (2016/0089438-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE CRISTINA UEMURA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL SILVA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL SILVA DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 9000001-42.2015.8.26.0635.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (roubo majorado pelo concurso de pessoas), à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 13 dias-multa.

Irresignados, Ministério Público e defesa apelaram, tendo o Tribunal de Justiça estadual negado provimento ao recurso defensivo e dado provimento ao recurso ministerial para reconhecer a causa de aumento do inciso I, do § 2º, do art. 157 do Código Penal (uso de arma), aumentando a pena imposta ao paciente, na terceira fase da dosimetria, para o patamar de 3/8. O acórdão restou assim ementado:

ROUBO QUALIFICADO - Conjunto probatório apto a comprovar autoria e materialidade, bem como as qualificadoras descritas na denúncia - Desnecessidade de apreensão e perícia da arma - Palavra da vítima em consonância com os demais elementos dos autos - Majoração da pena na terceira etapa em 3/8 ante a incidência de duas qualificadoras - Manutenção do regime fechado para Daniel, ante as circunstâncias fáticas

RECEPÇÃO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - Quadro probatório seguro e coeso a evidenciar autoria e materialidade de ambos os delitos - Validade dos depoimentos dos policiais - Pretendida desclassificação para o art. 14 da Lei 10.826/03 - Arma de uso permitido - Irrelevância - Numeração suprimida que caracteriza o delito do art. 16 - Penas e regime bem dosados - Recursos defensivos desprovidos e ministerial acolhido (voto n. 27335) (fls. 17).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Afirma, ainda, que em relação às causas de aumento de pena, a jurisprudência adota um critério qualitativo, e não mais quantitativo.

Em outro ponto, argumenta que o regime inicial fechado aplicado na condenação não é compatível com a aplicação da pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias favoráveis do art. 59 do Código Penal, apontando ser aplicável, ao caso, o Enunciado n. 440 da Súmula do STJ e n. 718 e 719 da Súmula do STF.

Pleiteia, assim, a readequação do patamar de aumento da pena para 1/3, bem como a fixação do regime inicial semiaberto.

Indeferida a liminar às fls. 40/41 e prestadas as informações necessárias às fls. 52/69 e 77/79, o Ministério Público Federal, às fls. 71/75, opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.974 - SP (2016/0089438-3)

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 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



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 patamar de aumento da pena para 1/3 e a fixação do regime inicial semiaberto.

O Tribunal de Justiça estadual, ao retificar a decisão do juiz processante, estabeleceu o aumento de 3/8 na terceira fase da dosimetria, sob os seguintes fundamentos:

Mantida a pena-base imposta a Daniel no mínimo legal, sem reflexo de sua menoridade relativa na segunda etapa de acordo com a Súmula 231, do E. STJ, deve ser ela majorada em 3/8 na terceira fase, fração adequada pela presença de duas causas de aumento de pena.

Certo é que a dosagem não pode ser fruto de mero cálculo algébrico, posto que o crime, fato social que é, exige a análise particular de sua ocorrência, e das circunstâncias e condições pessoais de seus atores.

[...]

Tem-se assim que a fração de 3/8, para a específica situação dos autos, se mostra proporcional à expressão da concorrência do emprego das duas qualificadoras comprovadas, impondo-se a Daniel a pena em 05 anos e 06 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa (fls. 28/29).

Verifica-se que o Tribunal *a quo*, na terceira fase da dosimetria da pena cominada ao paciente, elevou a reprimenda em 3/8 (três oitavos), patamar superior ao mínimo legal, previsto no § 2º, do art. 157, do Código Penal, que é de 1/3 (um terço).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

In casu, o Tribunal de origem limitou-se a indicar a presença de duas majorantes, ou seja, utilizou-se unicamente do critério matemático para elevar a pena em 3/8, na terceira fase da dosimetria.

Assim, ausentes elementos concretos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo, de 1/3 (um terço), conforme copiosos precedentes deste Tribunal:

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 440/STJ, reduzir a pena da paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 majorantes".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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. Na primeira e na segunda etapa, ficam mantidas as penas estabelecidas pelo Tribunal de piso. 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.

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 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:

Súmula 440/STJ - "fixada a pena-base no mínimo legal, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 regime inicial de cumprimento da pena deve ser o regime fechado, único adequado a roubadores, dado que a prática do delito de roubo agravado demonstra personalidade desajustada e perigosa, incompatível com o convívio social. Atente-se que o réu confirmou que estava tentando praticar outro roubo de motocicleta quando foi detido, demonstrando que não tem realmente condições de ser beneficiado por regime mais brando (sentença - fls. 13).

Bem fixado, por sua vez, o regime fechado para o início de seu desconto.

Ocorre que, em que pese o quantum da pena e primariedade do réu autorizarem a imposição de regime mais brando, não se mostra suficiente à repreensão de sua conduta o regime intermediário, posto que, como largamente esposado, só foi detido porque, já no dia seguinte ao crime aqui tratado, preparava-se para praticar outro assalto, também em concurso de agentes e mediante emprego de arma de fogo, o que demonstra ser ele voltado à prática de crimes patrimoniais (acórdão - fls. 29/30).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, 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 imposto 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 DESTE 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 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.:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, que se torna definitiva no patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão, e 13 dias-multa, a ser iniciada no regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0089438-3

HC 352.974 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012456220158260635 12456220158260635 20160000017724 3592015
90000014220158260635

EM MESA

JULGADO: 10/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLE CRISTINA UEMURA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DANIEL SILVA DOS SANTOS
CORRÉU	: DIEGO DE LIMA RIBEIRO

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.