



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.361 - SP (2016/0147025-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO SERGIO CARVALHO DE ARAGAO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O STJ consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3 (um terço), demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de causas de aumento como se verificou na hipótese dos autos. Nesse diapasão, a Súmula n. 443/STJ.

3. Firmou-se 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 ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

4. *In casu*, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, foi estabelecido o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos, uma vez que houve emprego de violência desnecessária, considerando que uma das vítimas teve o dedo mordido para que retirasse sua aliança, lembrando, ainda, que o delito foi praticado juntamente com menor, o que justifica o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para limitar o recrudesimento da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, à fração de 1/3 (um terço), redimensionando a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão.

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 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), 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.361 - SP (2016/0147025-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO SERGIO CARVALHO DE ARAGAO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de PAULO SERGIO CARVALHO DE ARAGAO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0005933-42.2014.8.26.0590.

Inferre-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos, 10 meses e 17 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados no art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o art. 70, ambos do Código Penal - CP, e art. 244-B da Lei n. 8.069/90 Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, por duas vezes, também na forma do art. 70 do CP (roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes, em concurso formal, e corrupção de menor, também em concurso formal).

Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para afastar a condenação pelo delito previsto no art. 244-B do ECA e redimensionar a pena do paciente para 4 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, por duas vezes, c.c. o art. 14, inciso II, na forma do art. 70, todos do CP. Eis a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. Roubo qualificado e corrupção de menores. Recurso defensivo objetivando absolvição em relação ao crime de corrupção de menores, eis que o adolescente já tinha passagem anterior e estava prestes a atingir a maioridade penal. Subsidiariamente, pretende a redução das reprimendas, a fixação de regime inicial mais benéfico e a detração penal. Conjunto probatório robusto a sustentar a condenação do réu. Afastamento do art. 244-B do ECA. Recurso provido em parte (fl. 24).

No presente *writ*, sustenta a impetrante que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, uma vez teve a pena exasperada em 3/8 (três oitavos), na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

terceira fase da dosimetria, tão somente em razão do reconhecimento de duas majorantes. Assevera que a mera indicação do número de causas de aumento não é suficiente para fundamentar a elevação da pena em 3/8 (três oitavos), pois contraria a Súmula de n. 443 desta Corte.

Aduz, ainda, que o regime fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito, em desrespeito aos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, bem como ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ.

Requer, assim, o redimensionamento da pena, reduzindo-se a fração de aumento na terceira fase da dosimetria para o mínimo legal de 1/3 (um terço), bem como a fixação do regime inicial aberto, considerando o tempo de prisão ou, alternativamente, o regime semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 36/37).

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 48/68).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração e, caso conhecida, pela denegação da ordem (fls. 72/75).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.361 - SP (2016/0147025-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo a atual orientação jurisprudencial do STF e do próprio STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a redução da fração de aumento, na terceira fase da dosimetria, para o mínimo legal de 1/3 (um terço), bem como a fixação do regime inicial aberto ou, alternativamente, o regime semiaberto.

Quanto ao tema, ao Magistrado de piso proferiu sentença condenatória consignando que:

Tendo em vista que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal não são desfavoráveis ao réu PAULO SÉRGIO CARVALHO DE ARAGÃO, sendo assim fixo a pena-base de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em seu valor mínimo.

Na segunda fase da dosimetria da pena, devem ser reconhecidas as circunstâncias atenuantes da menoridade 21 (vinte e um) anos e da confissão espontânea, preceituada no artigo 65, I e III, alínea "f" do Código Penal, porém conforme a Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, mantenho a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em seu valor mínimo.

Na terceira fase da dosimetria da pena, considerando a causa de aumento de pena, concurso de agentes e emprego de arma de fogo, deve-se prevalecer essa qualificadora de emprego de arma de fogo, observa-se, in casu. que arma apreendida se encontrava desmuniada, conforme assevera Guilherme de Souza Nucci, no Código Penal Comentado, 14ª Edição.

[...].

*Também não deve se olvidar que a arma de fogo desmuniada possui potencialidade lesiva contra a vítima, pois se trata de uma arma imprópria, haja vista que se pode usá-la com agente contundente. **Nessa vereda, urge a aplicação das causas de aumento de pena, concurso de agentes e emprego de arma, aumento a pena em 3/8 (três oitavos), restando o total de 05 (cinco) anos c 06 (seis) meses de reclusão e 14 (catorze) dias-multa em seu valor unitário mínimo.***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ainda na terceira fase da dosimetria da pena, também deve ser considerada a causa de aumento de pena prevista no artigo 70, do Código Penal, do concurso formal, pois o acusado praticou mediante uma ação praticou dois crimes, desse modo é cabível, pois houve dois roubos em conjunto, um contra a vítima Alessandra e outro contra a vítima Marcos na mesma ação. Não há o que se falar da inexistência de concurso formal quando praticados a vítimas da mesma família, com a noção de que os bens seriam do mesmo aquesto patrimonial, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

[...].

Assim, elevo a reprimenda aplicada em 1/6 (um sexto), totalizando 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa em seu valor unitário mínimo legal.

Também na terceira fase tendo em vista a incidência do delito previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente em concurso formal, por duas vezes com os delitos acima mensurados, aumento a pena aplicada no patamar de 3/8 (três oitavos), perfazendo, assim 08 (oito) anos e 09 (nove) meses e 26 (vinte e seis) dias de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa em seu valor unitário mínimo legal.

Insta aplicar, na seara da terceira fase, a causa de diminuição da pena da tentativa, haja vista que o acusado e o adolescente foram capturados momentos depois que se evadiram do local do delito. Salienta-se que a redução da pena, pela tentativa, decorre do iter criminis, ou seja, quanto mais o agente se aproxima da consumação, menor deve ser a redução. Sendo assim, urge a aplicação, in casu, do menor percentual de redução, haja vista que o agente foi surpreendido após ter deixado o local da subtração, por volta de duas quadras, conforme declarado pelo policial que realizou a prisão, levando consigo os bens furtados, uma vez que já percorrera praticamente todo o processo executivo do delito. Aplico, assim, a diminuição em 1/3 (um terço), restando a pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses e 17 (dezesete) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa em seu valor unitário mínimo legal.

O regime inicial de cumprimento de pena será o fechado em atendimento ao artigo 33, § 3º, do Código Penal e 387, parágrafo 2º do Código de Processo Penal, momento que o réu restou preso durante o curso do processo, sendo um contrassenso ser solto nesse momento e, não houve mudanças das condições que ensejaram a decretação da prisão preventiva, sendo derradeiro a sua manutenção para confirmação da aplicação da lei penal (fls. 19/22).

O Tribunal de Justiça estadual, ao retificar o decreto condenatório, fundamentou a aplicação da pena e a fixação do regime nos seguintes termos:

[...]

A condenação pelo crime de roubo era mesmo de rigor.

As penas básicas foram fixadas no patamar mínimo legal, embora o réu e o adolescente tenham agido desnecessariamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de forma violenta para com a vítima Marcos, mordendo seu dedo.

As atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea não tem o condão de reduzirem as reprimendas para aquém do patamar mínimo legal, nos termos da Súmula nº 231 do C. STJ.

[...]

Reconhecidas duas qualificadoras, do emprego de arma e do concurso de agentes, as reprimendas foram exasperadas em 3/8. O crime foi cometido por dois indivíduos armados, o que reduziu sobremaneira a possibilidade de reação vitimária, expondo-as a maior risco, ensejando, assim, maior reprovação e repressão.

Dois patrimônios foram afetados, de Alessandra e de Marcos, não sendo o caso de reconhecer-se crime único quando o intuito do réu e de seu comparsa foi subtrair bens de duas pessoas. O fato de que as vítimas ocasionalmente eram casadas não pode favorecer o réu.

Foi reconhecido, desse modo, o **concurso formal** de delitos, pois mediante uma única ação os réus praticaram dois crimes, atingindo patrimônios de duas pessoas distintas, as quais foram por eles ameaçadas, de forma que não há que se falar em crime único, majorando-se as penas em 1/6.

[...]

Assim, com a exasperação das penas em 3/8 peio reconhecimento das qualificadoras e em 1/6 peio concurso formal de crimes, as reprimendas ficam fixadas em **06 anos e 05 meses de reclusão** e 15 dias-multa no piso.

Embora o crime tenha se consumado, foi reconhecido o conatus para reduzir as reprimendas em 1/3, resultando em 04 anos, 03 meses e 10 dias de reclusão, e 10 dias-multa no piso inferior, sendo que, em se tratando de recurso exclusivo da defesa nada pode ser feito.

O regime fechado para cumprimento da pena imposta é o único adequado face ao Princípio da Suficiência Penal.

Tratar de crime grave, cometido em concurso de agentes, com emprego de armas de fogo e violência contra as vítimas, delito que intranquiliza a população ordeira nos dias de hoje, merecendo reprovação à altura, o que só é feito peio regime mais gravoso.

Ademais, as circunstâncias concretas do delito, já citadas, indicam que regime diverso seria insuficiente à sua reprovação e repressão.

E, conforme entendimento uníssono nesta C. Câmara, não há afronta às Súmulas 718 e 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal.

Não há elementos para a realização da detração penal, que deverá ocorrer em sede de execução penal (fls. 29/33).

Da análise do trecho acima transcrito, verifica-se que as instâncias ordinárias, na terceira fase da dosimetria da pena cominada ao paciente, limitaram-se a assinalar que, constatada duas causas de aumento - emprego de arma (inciso I) e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concurso de agentes (inciso II) -, cabível a majoração no patamar de 3/8, fração superior ao mínimo legal previsto no § 2º, do art. 157, do CP, que é de 1/3 (um terço).

Contudo, esta Corte consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, 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/STJ:

O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Assim, verificam-se ausentes elementos concretos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço), conforme 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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) 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

- 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).

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), o que passo a fazer desde já:

Na primeira fase, mantenho a pena-base fixada pelas instâncias ordinárias no mínimo legal. Na segunda etapa, ante a ausência de atenuantes e agravantes, mantenho a pena no patamar estipulado de 4 (quatro) anos de reclusão. Na terceira fase da dosimetria, à luz do exposto acima, elevo a pena no patamar mínimo de 1/3 (um terço) em razão do reconhecimento das causas de aumento do emprego de arma e concurso de pessoas, mantendo o aumento de 1/6 (um sexto) pelo concurso formal e a redução de 1/3 (um terço) pelo reconhecimento do *conatus*, ficando a reprimenda definitivamente fixada em 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão.

No que se refere ao regime inicial, firmou-se 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 ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 STF, 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.

Todavia, na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, estabeleceu o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos, consignando que "[...] as circunstâncias concretas do delito, já citadas, indicam que regime diverso seria insuficiente à sua reprovação e repressão [...]", uma vez que houve emprego de violência desnecessária "[...] as penas básicas foram fixadas no patamar mínimo legal, embora o réu e o adolescente tenham agido desnecessariamente de forma violenta para com a vítima Marcos, mordendo seu dedo [...]", a fim de que este retirasse sua aliança (fls. 30 e 33) -, lembrando, ainda, que o delito foi praticado juntamente com menor, o que justifica o regime mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

A propósito, confirmam-se:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. Os fundamentos utilizados pelo acórdão ora recorrido 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 se falar em violação da Súmula/STJ 440, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. **Malgrado a pena-base tenha sido imposta no**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pela violência empregada, que desborda da ínsita ao crime de roubo, exigindo resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

4. 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. (Precedentes).

5. Ordem não conhecida (HC 338.469/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

4. "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.

5. 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, qual seja, ameaça a duas vítimas, em concurso de pessoas, com emprego de arma de fogo e mediante invasão de domicílio.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para redimensionar a pena do paciente (HC 350.796/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/05/2016).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. OUSADIA E GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. *É pacífica neste Tribunal Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal ou de outro dado que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo.*

4. ***In casu, o regime prisional mais severo foi devidamente fixado na origem, que levou em consideração a gravidade concreta do delito praticado pelo paciente, ao imobilizar a vítima em via pública, ameaçando-a com uma faca encostada em seu corpo, circunstâncias reveladoras de ousadia e periculosidade concreta na conduta do agente, além de menoscabo com a integridade física das pessoas, que afasta a incidência da Súmula n. 440/STJ.***

5. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para limitar o recrudescimento da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, à fração de 1/3 (um terço), redimensionando sua reprimenda ao patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime fechado (HC 318.833/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).*

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem de ofício apenas para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0147025-0

HC 358.361 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00059334220148260590 20160000209193 59334220148260590

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MATEUS OLIVEIRA MORO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO SERGIO CARVALHO DE ARAGAO

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.