



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.354 - SP (2016/0210195-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA - SP235100
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS RIBEIRO ROBERTI

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 2/5. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. 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 – STJ E N.718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, como no caso dos autos, ressalvando-se, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 2/5, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal), em desrespeito ao Enunciado n. 443 da Súmula do STJ.

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 – CP. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*.

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

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir, à fração de 1/3, o aumento da pena do paciente, decorrente das majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e fixar o regime inicial semiaberto para o seu cumprimento.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 13 de setembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.354 - SP (2016/0210195-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LUCAS RIBEIRO ROBERTI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, impetrado em benefício de LUCAS RIBEIRO ROBERTI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0079466-39.2013.8.26.0050).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes).

Em apelação da defesa, o Tribunal *a quo* manteve a sentença, por seus próprios fundamentos, em julgamento assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO E LESÃO CORPORAL NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP E ART. 303, DA LEI Nº 9.503/97) ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA INADMISSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS - VITIMA QUE RECONHECEU OS RECORRENTES POR FOTO E RATIFICOU O RECONHECIMENTO, EM JUÍZO, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. AFASTAMENTO DAS MAJORANTES - INVIABILIDADE - PALAVRA DA VÍTIMA QUE CONFIRMOU QUE OS APELANTES ANUNCIARAM O ASSALTO, UM DELES PORTANDO A ARMA DE FOGO - A IMPOSSIBILIDADE DE APREENSÃO E A CONSEQÜENTE PERÍCIA DA ARMA DE FOGO UTILIZADA NO ROUBO NÃO AFASTA A CONFIGURAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA - BASTA A CONCORRÊNCIA DE DUAS OU MAIS PESSOAS NA EXECUÇÃO DO CRIME PARA A CONFIGURAÇÃO DO CONCURSO DE AGENTES. REGIME FECHADO É O CORRETO PARA O CRIME DE ROUBO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS (fl. 21).

No presente *writ*, a impetrante alega que a pena foi majorada em 2/5, na terceira fase da dosimetria, com base apenas no número de causas de aumento, em desrespeito ao Enunciado n. 443 da Súmula do STJ. Aduz também que o regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional está fundamentado exclusivamente na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao Enunciado n. 440 da Súmula do STJ.

Requer, portanto, a aplicação da fração mínima de 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria, e a fixação do regime semiaberto para o início do resgate da reprimenda.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício (fls. 44/45).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 366.354 - SP (2016/0210195-0)

VOTO

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

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, como no caso dos autos, ressaltando-se, porém, a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, se constatada a existência de flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

Conforme relatado, a primeira controvérsia refere-se ao *quantum* de aumento da pena em razão da incidência das majorantes previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal, que assim dispõem:

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º - [...]

*§ 2º - A pena aumenta-se de **um terço até metade**:*

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

II - se há o concurso de duas ou mais pessoas;

[...]

Segundo o Enunciado n. 443 da Súmula do 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.*

Na hipótese dos autos, a pena foi aumentada em 2/5, exclusivamente com fundamento no número de majorantes, em desrespeito ao referido enunciado, conforme se constata dos seguintes trechos das decisões de primeiro e segundo graus:

Sentença:

[...]

Passo a dosimetria das penas.

Na primeira fase de fixação das penas, nada a considerar, pelo que mantenho a pena base do delito patrimonial, no mínimo legal, perfazendo, para cada réu, 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, ante a condição econômica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos condenados; e para o delito previsto no CTB, a pena de 06(seis) meses de detenção.

Observo que o réu Fernando é reincidente, pelo que aumento a pena dos delitos, para ele, em 1/6, perfazendo 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa, no unitário mínimo, para o delito patrimonial; e para o delito do CTB, 07(sete) meses de detenção.

Deixo de reconhecer a atenuante da confissão espontânea do agente para o réu Fernando, eis que parcial. Reconheço, quanto ao réu Lucas, a atenuante da menoridade relativa, deixando, entretanto, de diminuir a pena, por já ter sido fixada no mínimo legal.

Observo a existência de duas causas de aumento de pena para o roubo, quais sejam: concurso de agentes e emprego de arma de fogo.

É por demais sabido que nossa Doutrina e Jurisprudência mais respaldadas admitem a aplicação da causa de aumento de pena acima do mínimo estabelecido, quando se encontram presentes mais de uma.

[...]

Desta feita, levo em consideração para a fixação da reprimenda a ocorrência das duas causas de aumento de pena, que não podem ser desconsideradas, fixando a majorante em 2/5, perfazendo, para o réu Lucas, 05(cinco) anos, 07(sete) meses e 05(cinco) dias de reclusão e pagamento de 14(quatorze) dias-multa, no unitário mínimo; e para o acusado Fernando, 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no unitário mínimo.

Reconheço o concurso formal de delitos, eis que duas foram as vítimas do crime de lesão corporal na direção de veículo automotor, pelo que aumento a pena em 1/3, perfazendo 09(nove) meses e 10(dez) dias de detenção.

Não havendo outros fatores modificativos, torno definitivas as penas acima impostas.

Ante o exposto, e tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE A ACUSAÇÃO para CONDENAR LUCAS RIBEIRO ROBERTI, com qualificação nos autos, a cumprir a pena de 05(cinco) anos, 07(sete) meses e 05(cinco) dias de reclusão e pagamento de 14(quatorze) dias-multa, no unitário mínimo, como incurso no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II do Código Penal; e FERNANDO RIBEIRO ROBERTI, com qualificação nos autos, a cumprir a pena de 06 (seis) anos, 06 (seis) meses, 12 (doze) dias de reclusão e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, fixados no valor unitário mínimo e 09(nove) meses e 10(dez) dias de detenção, como incurso no artigo 157, parágrafo 2º, incisos I e II do Código Penal e artigo 303 da lei. 9.503/97, por duas vezes, combinado com artigo 70, caput do Código Penal, ambos os delitos na forma do artigo 69 do mesmo Código.

O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado para o crime de roubo, tendo em vista a gravidade do delito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

perpetrado, bem como a recidiva do réu Fernando. Pelo mesmo motivo, fixo o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena de detenção (fls. 17/19).

Acórdão:

[...]

Passo à análise da dosagem, não há reparo a ser feito.

Para roubo:

Na primeira fase, ausente circunstâncias judiciais desfavoráveis, a pena foi fixada no mínimo legal, qual seja: 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, a pena permaneceu no quantum mínimo, para Lucas, uma vez que, reconhecida a atenuante da menoridade, a pena não pode ser reduzida aquém no mínimo; para Fernando a pena sofreu aumento de 1/6, já que se trata de réu reincidente (fls.60), o que resultou em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, a confissão não foi reconhecida por ter sido parcial.

Na terceira fase, presente duas majorantes, a pena foi acrescida em 2/5, e não há qualquer óbice legal na sua imposição, tal percentual não se mostrou exagerado, uma vez que, a fração aplicada não tem por base somente a quantidade de majorantes, mas, também, as peculiaridades do crime e o risco gerado a vítima.

Inviável o aumento mínimo.

E evidente que aquele que comete roubo na companhia de outro e mediante o emprego de arma, por certo, tem mais chances de êxito em relação àquele que executa o crime sozinho ou sem o emprego de qualquer artefato, porquanto, ora, a intimidação ao ofendido é bem maior, a gravidade do crime e a culpabilidade dos agentes também, razão pela qual a conduta do criminoso se reveste de maior reprovabilidade e, por óbvio, aquele que comete a infração penal com duas majorantes deve ter o quantum da pena aumentado de forma proporcional, em consonância com os princípios da igualdade e da individualização das penas, bem como a Súmula 4431, do Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ademais, o aumento mínimo, empregando-se o mesmo critério de quando se faz presente apenas uma qualificadora, equivale a dar tratamento igual a situações totalmente diversas, implicando em apreciação parcial da disposição legal.

O que resultou para Lucas, a pena, definitiva de 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 05 (cinco) dias de reclusão, mais pagamento de 14 (quatorze) dias-multa; e para Fernando 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa.

[...]

Correto, também, o regime imposto. O regime fechado é o único adequado ao caso presente, em atenção aos princípios da necessidade e da suficiência, em atendimento ao que dispõe o art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

59 e aos exatos termos do art. 33, § 3º, ambos do Código Penal.

A modalidade menos severa para o cumprimento da pena se mostra insuficiente e inadequada à repressão do delito, sob o risco de a retribuição estatal ao ilícito tornar-se inócua.

Ademais, este tipo de crime vem assolando nossa sociedade, que já não possui condições de viver sossegadamente, não tem segurança sequer transitar pelas ruas, nota-se que não há ofensa as Súmulas 718 e 719, ambas do Colendo Supremo Tribunal Federal, porquanto, a fixação do regime decorre dos fatos concretos, devidamente comprovados nos autos, e não da simples opinião do julgador.

[...]

Ora, quem pratica delito tão audacioso como o roubo, denota inegável periculosidade e revela que não tem mérito para o ingresso, desde logo, ao regime menos rigoroso em especial no caso em tela (fls. 30/33).

Deve-se, portanto, ser aplicada a fração mínima de 1/3, reduzindo-se a pena do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13 dias-multa.

A segunda controvérsia diz respeito ao regime prisional. Quanto ao ponto, 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.

De igual modo 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.

Os fragmentos das decisões acima transcritos e o exame dos autos revelam que após fixar a pena-base no mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, as instâncias ordinárias deixaram de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

consignar em qual medida a ação delitiva do paciente teria transbordado para um comportamento mais grave, ensejando, assim, a necessidade de fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, "b", do CP.

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

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

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

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

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

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

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

VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

VIII - "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (enunciado nº 718 da Súmula do col. Pretório Excelso).

IX - "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito" (enunciado nº 440 da Súmula desta Corte).

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

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para reduzir, à fração de 1/3, o aumento da pena do paciente, decorrente das majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e fixar o regime inicial semiaberto para o seu cumprimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0210195-0

HC 366.354 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00794663920138260050 20160000168791 794663920138260050

EM MESA

JULGADO: 13/09/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA - SP235100
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LUCAS RIBEIRO ROBERTI
CORRÉU	: FERNANDO RIBEIRO ROBERTI

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.