



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.514 - SP (2015/0257053-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KELPS RAFAEL FERREIRA (PRESO)

EMENTA

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.

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

– 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.

– No caso, o paciente é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e considerando que a pena aplicada é superior a 4 e não excede



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a 8 anos de reclusão, o regime adequado é o semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

– *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.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.514 - SP (2015/0257053-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KELPS RAFAEL FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de KELPS RAFAEL FERREIRA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0015296-24.2014.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo singular, como incurso no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal (roubo qualificado pelo concurso de agentes e uso de arma), às penas de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e 13 dias-multa (e-STJ fls. 7/10).

Irresignada, apelou a defesa. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso, conforme acórdão de e-STJ fls. 25/34.

A Defensoria Pública sustenta, no presente *writ*, a ocorrência de constrangimento ilegal, decorrente da ausência de fundamentação idônea para a elevação da pena em 3/8 na terceira fase, feita exclusivamente com base na quantidade de majorantes, em desacordo com o entendimento firmado no verbete n. 443 da Súmula desta Corte.

Aponta, ainda, constrangimento ilegal na manutenção do regime inicial fechado ao paciente, ante a ausência de fundamentação concreta para a imposição do regime mais rigoroso que o previsto para a pena aplicada. Sustenta incidirem ao caso os enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do STF.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, o aumento da pena na fração mínima de 1/3, na terceira fase de dosimetria, em razão da incidência de duas causas de aumento, e a fixação do regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pedido liminar deferido apenas para assegurar ao paciente o direito de aguardar no regime semiaberto o julgamento desta impetração (e-STJ fls. 37/39).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão da ordem (e-STJ fls. 61/66).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.514 - SP (2015/0257053-7)

VOTO

O EXMO. SENHOR 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 do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa o aumento da pena na fração mínima de 1/3, na terceira fase de dosimetria, em razão da incidência de duas causas de aumento, e a fixação do regime inicial semiaberto em favor do paciente.

Compulsando os autos, infere-se que o sentenciante, após considerações acerca da materialidade e autoria do delito de roubo majorado, fixou a reprimenda nos seguintes moldes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tendo em vista cuidar-se de agente sem condenação anterior (fls. 02/04 - apenso), primário, fixa-se no mínimo legal a reprimenda-base. Não há como levar a pena aquém, mesmo diante da atenuante da menoridade relativa. Na fase final, porque são duas as majorantes, aumenta-se em 3/8 a reprimenda (critério progressivo), finalizando-se a pena em cinco anos e seis meses de reclusão, a serem cumpridos no regime inicial fechado, dado o quantum. O rigor também é necessário para a prevenção, e para que se reprima o ato que atingiu um senhor de idade, aguardando-se efetivas mostras de ressocialização do réu antes do retorno ao convívio em sociedade. Anoto que a multa a pagar é de treze dias, no piso (e-STJ fl. 10).

O Tribunal de origem, ao julgar o apelo defensivo, manteve íntegra a sentença e, em relação à fração de aumento pelas majorantes do delito de roubo e ao regime fechado estabelecido, destacou que:

Na derradeira etapa do sistema trifásico, não há como acolher o pleito defensivo de diminuição da fração exasperadora de 3/8 (três oitavos) em razão da presença, na espécie, de duas causas de aumento, quais sejam, a do concurso de agentes e a do emprego de arma branca, amplamente comprovadas pela prova oral acostada aos autos. Assim, restam as sanções impostas em cinco anos e seis meses de reclusão e pagamento de treze dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado.

Por derradeiro, insta conservar-se a adoção do regime inicial fechado, por ser o mais adequado à reprovação da conduta ora examinada - sobretudo em virtude da grave ameaça exercida contra a vítima -, e em consideração ao quantum de pena aplicado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal (e-STJ fl. 33).

Pela leitura dos excertos acima transcritos, observa-se que a fração de aumento pelas majorantes previstas no § 2º, incisos I e II, do art. 157, do Código Penal, na terceira fase da dosimetria da pena, foi aplicada a fração de 3/8, considerando apenas a quantidade de majorantes presentes na espécie, deixando de apontar uma fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3, contrariando, assim, a Súmula n. 443/STJ, que dispõe:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorantes.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO EM FACE DA NATUREZA DO BEM SUBTRAÍDO. IMPOSSIBILIDADE, IN CASU. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ.

(...)

4. No crime de roubo circunstanciado, a fixação acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em dados concretos, não servindo de justificativa a mera quantidade de majorantes. Inteligência da Súmula 443 do STJ.

5. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, compensar a reincidência com a confissão espontânea e aplicar a fração mínima de 1/3 em razão das majorantes do roubo, redimensionando a pena cominada aos dois pacientes. (HC 213.994/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, Quinta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 1/10/2015) – (grifei).

Em decorrência, na terceira fase da dosimetria da pena, altero a fração de aumento de 3/8 para 1/3, reduzindo a pena definitiva do ora paciente para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Quanto ao regime, 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 e na primariedade do acusado.

Nessa linha, foi editada a Súmula n. 440/STJ, segundo a 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*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na mesma esteira, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

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, após fixada a pena-base no mínimo legal, o regime inicial fechado foi determinado sem fundamentação concreta e, seguindo o entendimento desta Corte, a mera referência genérica, pelo Tribunal *a quo*, à violência empregada no delito de roubo não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo penal.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. O Tribunal local entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica do delito cometido, sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

3. Ausência de peculiaridades específicas do roubo nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

4. Recurso parcialmente provido apenas para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena. (REsp 1440149/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PEDIDO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE APLICAÇÃO DA SÚMULA 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. 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.

(...)

- "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 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.

- 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".

- No caso, fixada a pena-base no mínimo legal, a determinação de regime inicial mais gravoso não está lastreada em fundamentação idônea, a atrair ao caso a incidência dos referidos enunciados de Súmula e a aplicação do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 340.134/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015) - grifei.

Assim, patente a violação do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, pois, na falta de fundamentação concreta, se o condenado é primário, as circunstâncias judiciais não foram valoradas desfavoravelmente e a pena aplicada é inferior a 8 anos de reclusão, o regime legal cabível é o semiaberto.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para aplicar a fração mínima de 1/3 em razão das majorantes do roubo, redimensionando a pena cominada ao ora paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificando o regime de cumprimento da pena para o semiaberto.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0257053-7

HC 338.514 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00152962420148260050 152962420148260050

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DÉBORA REZENDE DANTAS MOTA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KELPS RAFAEL FERREIRA (PRESO)

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.