



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.782 - SP (2016/0323136-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : CRISTIANE OLIVEIRA QUADROS E OUTRO
ADVOGADO : CRISTIANE OLIVEIRA QUADROS E OUTRO(S) - SP342959
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELISSON VASCONCELOS SOUZA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N.718 E 719 DO 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 – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, 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 Superior Tribunal de Justiça – 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.782 - SP (2016/0323136-0)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : CRISTIANE OLIVEIRA QUADROS E OUTRO
ADVOGADO : CRISTIANE OLIVEIRA QUADROS E OUTRO(S) - SP342959
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELISSON VASCONCELOS SOUZA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de WELISSON VASCONCELOS SOUZA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2193280-43.2016.8.26.0000).

Infere-se dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos e 6 meses 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).

Impetrado prévio *writ*, o Tribunal *a quo* denegou a ordem, em julgamento assim ementado:

Habeas Corpus – Roubo duplamente agravado – Insurgência contra o regime prisional fechado e o aumento de 3/8 (três oitavos) sobre a pena-base – Alegação de ausência de fundamentação – Inadmissibilidade – Escolha do regime prisional e da fração de 3/8 (três oitavos), na dosimetria da pena, fundada na gravidade in concreto do delito, reveladora da periculosidade dos agentes – Existência de fundamento para a escolha do regime e da fração empregada na dosimetria da reprimenda – Inocorrência de coação ilegal – Se justo ou injusto aquele fundamento, a questão só poderá ser analisada no recurso próprio. Ordem denegada (fl. 96).

No presente *writ*, os impetrantes alegam que a pena foi majorada em 3/8, na terceira fase da dosimetria, com base apenas no número de causas de aumento, em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Aduzem também que o regime prisional está fundamentado exclusivamente na gravidade abstrata do delito, em ofensa ao enunciado n. 440 da Súmula do STJ.

Requerem, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PENAL. SUCEDÂNEO DE RHC. INADMISSIBILIDADE. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO). TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR ACIMA DE 1/3 (UM TERÇO), COM BASE APENAS NO NÚMERO DE MAJORANTES. MANIFESTA ILEGALIDADE. SÚMULA 443/STJ. SANÇÃO CORPORAL DE 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. RÉU PRIMÁRIO, CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 440/STJ, 718/STF E 719/STF. PARECER PELA EXTINÇÃO DO WRIT SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, MAS COM A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO (fl. 157).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.782 - SP (2016/0323136-0)

VOTO

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

Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir 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 3/8, 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:

[...]

Destarte, passo a dosar as penas, com base nos artigos 59, 60 e 68, todos do Código de Penal. O dolo foi normal ao tipo com as causas de aumento de pena. O réu não apresenta registros criminais anteriores. Não há, assim, prova segura de circunstância judicial nos termos do artigo 59 que milite em desfavor do acusado. Portanto, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Não há



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agravante incidente em relação ao réu. A atenuante de minoridade de 21 anos não incide na espécie, posto que não possui força para reduzir as penas a patamares abaixo do mínimo legal, conforme Súmula de nº 231, do C. STJ. Na terceira fase, duas as causas de aumento das penas, não há possibilidade de aumento único, sob pena de serem igualadas situações desiguais, o que viria a estimular a prática de roubo com várias causas de aumento de pena, já que as colocaria num mesmo nível. Conforme já decidido, "a biquificação, indubitavelmente, é indicativa de maior perigosidade e reprovação da conduta dos roubadores, daí fazer-se incabível a majoração mínima de um terço, a risco de se igualarem situações díspares, o que afronta o princípio da individualização das penas..." (Ap. nº 967.649/1, V Câmara, rel. Juiz NOGUEIRA FILHO, j. 14.09.95, v.u.). Ademais, conforme voto proferido na Apelação Criminal 114.074-9/9 (Relator o Juiz JUNQUEIRA SANGIRARDI, v.u., j. cm 17.05.1999), "embora não se deva trabalhar com tais números como se fosse uma tabela fixa, é deste critério de gradação axiológica que se deve partir. Um roubo cometido com 1 qualificadora, não é igual a um assalto praticado com 2 qualificadoras, ou mais. As hipóteses revelam agentes com temibilidade e potencialidade criminógenas diferentes. Se num roubo com uma qualificadora de concurso de agentes, é possível o regime semi-aberto e noutro, em que estão presentes o concurso de agentes e o uso de arma de fogo, deve-se remeter o agente para o regime fechado, conclui-se que as hipóteses revelam condições subjetivas diversas dos respectivos criminosos. Então, pelas mesmas razões, ilógica seria a punição equânime de autor de roubo com uma qualificadora em relação a outro, mais perigoso, que cometeu delito com duas ou mais qualificadoras".. "Com a recente introdução de mais duas qualificadoras no roubo, totalizando cinco, deve-se ter em mente que, presente uma qualificadora, deve-se impor o aumento mínimo; duas, aumento de três oitavos (3/8); três, cinco doze avos (5/12); quatro onze vinte e quatro avos (11/24); cinco, o máximo" (Apelação Criminal 1074665/1 - São Paulo - Rei. Juiz JOSÉ HABICE, j. 10.11.97, v.u., 12a Câmara - TACRIM-SP.). Assim, aumento as penas em 3/8 (três oitavos), restando em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias- multa. A pena de multa será calculada pelo valor unitário mínimo, por não haver razões para sua exacerbação, considerada a situação econômica dos acusados e o salário mínimo vigente à época dos fatos com a devida correção monetária. O cumprimento da pena iniciar-se-á no regime fechado, pois o réu demonstrou periculosidade, ainda que ínsita ao delito, ao ameaçar a vítima, com arma, perpetrando o crime em concurso de pessoas, demonstrando ousadia e predisposição delitiva, sendo, pois, este o regime adequado para contenção e prevenção criminal com vistas a preservar a sociedade em conformidade com o disposto no parágrafo 3o, do artigo 33, do Código Penal. Descabe, pois, a suspensão condicional do processo, bem como a substituição por pena restritiva de direitos. Ademais, a prática de roubo exige do Estado uma repressão e punição mais rigorosa. Delitos desta espécie geram a intranquilidade de trabalhadores, famílias e da sociedade como um todo, sendo que o regime prisional aplicado traduz o meio eficaz e corresponde a uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resposta social mais efetiva em relação à criminalidade. Ainda: "A concessão do regime aberto ou semi-aberto, nos casos onde a periculosidade do agente é evidente, equivale a uma autêntica impunidade e num incentivo injustificável para a prática de outras infrações" (RJTACRIM 10/115). Por fim, descabe aplicar na espécie o disposto no artigo 387, §2º, do CPP, na redação dada pela Lei nº 12.736/2012, pois, considerando o disposto no artigo 112, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84), não há lapso temporal de cumprimento de pena e elementos nos autos para aferir o preenchimento dos requisitos subjetivos para tanto, especialmente o comportamento carcerário do réu, de modo que tal apreciação fica para o Juízo da execução, sede adequada para tanto. E de se registrar que nenhum prejuízo há ao réu, pois é perfeitamente possível fazer esse exame desde logo por referido Juízo através de expedição da guia de execução, inclusive na modalidade provisória, caso haja recurso. Posto isso e considerando tudo o que mais dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido deduzido na denúncia para o fim de CONDENAR WELISSON VASCONCELOS SOUZA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 157, § 2o, incisos I, II, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a serem cumpridos no regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal (fls. 18/19).

Acórdão:

[...]

Pois bem. No caso em exame, o paciente foi condenado à pena de 05 anos e 06 meses de reclusão, como incurso no artigo 157, § 2o, incisos I e II, do Código Penal, e o MM. Juiz sentenciante definiu o regime prisional fechado para o início do cumprimento da pena.

Convém observar que a r. sentença, ao definir o regime prisional para o início do desconto da pena corporal e estabelecer o aumento de 3/8 (três oitavos) sobre a pena-base, apresenta fundamentação idônea, na medida em que teve em conta a gravidade in concreto do delito, revelada pelas circunstâncias em que foi cometido (em concurso de agentes e com emprego de grave ameaça exercida com arma de fogo), denotando maior periculosidade dos criminosos. E, se justo ou injusto, tais aspectos do julgado só têm a possibilidade de serem examinados em sede de apelação (fls. 98/99).

Deve-se, portanto, ser aplicada a fração mínima de 1/3, restabelecendo-se a pena do paciente no patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 fixada a pena-base no mínimo legal, pois favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, as instâncias ordinárias deixaram de 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 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, conforme fixado na sentença.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0323136-0

HC 381.782 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00000674620168260505 20160000781835 21932804320168260000 232016
674620168260505

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

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

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 : CRISTIANE OLIVEIRA QUADROS E OUTRO
ADVOGADO : CRISTIANE OLIVEIRA QUADROS E OUTRO(S) - SP342959
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELISSON VASCONCELOS SOUZA (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.