



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.027 - SP (2011/0264291-3)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
IMPETRANTE : JOSÉ LUIZ MAFFEI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATEUS CAVALARI DE QUEIROZ

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PERCENTUAL DE AUMENTO DA PENA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MERA INDICAÇÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIALMENTE FECHADO. PENA BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA Nº 440/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da “*inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal*”.

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do *writ*, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. O reexame da dosimetria em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. Tratando-se de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal 1/3 (um terço) requer devida fundamentação, consignando-se circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de exasperação da reprimenda presentes no caso em análise. Incidência da Súmula 443/STJ.

VI. Juízos valorativos sobre a gravidade genérica do crime não constituem fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, se desvinculado de qualquer fator concreto, que não a própria conduta delituosa, máxime quando o réu for primário e a pena-base tiver sido fixada no mínimo legal (Súmula/STJ nº 440).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII. Deve ser reformado o acórdão recorrido e a sentença condenatória, quanto à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida pelo juízo singular, com nova e motivada fixação do *quantum* imposto, visando à adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às duas qualificadoras do crime de roubo. Por consequência, readequada a sanção corporal, deve ser fixado o regime inicialmente semiaberto para o desconto da reprimenda, salvo justificativa idônea, lastreada em fatos concretos, extraída das circunstâncias judiciais disciplinadas no art. 59, do Estatuto Repressivo.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.

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. "A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.027 - SP (2011/0264291-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MATEUS CAVALARI DE QUEIROZ, apontando como autoridade coatora a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os autos revelam que o paciente, juntamente com outros corréus, foi condenado em 12.03.2009, no Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara/SP, a cumprir pena privativa de liberdade fixada em 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso (Apelação Criminal nº 990.09.243814-0), ao qual foi negado provimento pelo Tribunal *a quo*, na sessão de julgamento que ocorreu no dia 12.05.2010.

Nesse Superior Tribunal de Justiça, o impetrante alega haver constrangimento ilegal em face do acórdão recorrido ter mantido o regime prisional mais gravoso para o réu iniciar o resgate da reprimenda, bem como corroborado a adoção da chamada "escala crescente" das frações de majoração - 1/3, 3/8, 5/12, 11/24 ou 1/2, dependendo do número de causas de aumento -, sem qualquer fundamentação, contrariando a orientação jurisprudencial pacífica desta Corte, extraída da Súmula nº 443.

Sustenta que, em havendo adequação da dosimetria da pena aos parâmetros legais, o regime a ser fixado para início do cumprimento da pena é o semiaberto.

Requer, já em sede de liminar, a readequação do regime prisional, e, no mérito, a redução das penas impostas, confirmando a medida urgente.

Indeferida a medida de urgência à fl. 38 e devidamente instruídos, os autos foram encaminhados à Subprocuradoria Geral da República, oportunidade em que o *Parquet* se manifestou às fls. 46/50 pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 224.027 - SP (2011/0264291-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MATEUS CAVALARI DE QUEIROZ, apontando como autoridade coatora a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Os autos revelam que o paciente, juntamente com outros corréus, foi condenado em 12.03.2009, no Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Araraquara/SP, a cumprir pena privativa de liberdade fixada em 05 anos e 06 meses de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso (Apelação Criminal nº 990.09.243814-0), ao qual foi negado provimento pelo Tribunal *a quo*, na sessão de julgamento que ocorreu no dia 12.05.2010.

Nesse Superior Tribunal de Justiça, o impetrante alega haver constrangimento ilegal em face do acórdão recorrido ter mantido o regime prisional mais gravoso para o réu iniciar o resgate da reprimenda, bem como corroborado a adoção da chamada "escala crescente" das frações de majoração - 1/3, 3/8, 5/12, 11/24 ou 1/2, dependendo do número de causas de aumento -, sem qualquer fundamentação, contrariando a orientação jurisprudencial pacífica desta Corte, extraída da Súmula nº 443.

Sustenta que, em havendo adequação da dosimetria da pena aos parâmetros legais, o regime a ser fixado para início do cumprimento da pena é o semiaberto.

Requer, já em sede de liminar, a readequação do regime prisional, e, no mérito, a redução das penas impostas, confirmando a medida urgente.

Passo à análise da irresignação.

Mediante consulta ao sítio eletrônico da Corte estadual, constata-se que não houve a interposição de qualquer outro recurso após o julgamento do acórdão recorrido, ocorrendo o trânsito em julgado do decreto condenatório, com a remessa dos autos à comarca de origem no dia 23.07.2010, o que denota não ter o impetrante buscado o exame da matéria em grau de cognição mais amplo, optando, por via oblíqua, utilizar-se da via estreita do *writ*, ao invés do regime recursal reservado pelos mecanismos legais, previsto e estruturado racionalmente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alcançar os resultados que aqui se almeja.

Não obstante, deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do *mandamus*, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição.

Sem pretender desmerecer a jurisprudência, deve ser ponderado que seja a impetração compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente, para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários e mesmo dos excepcionais por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*, hoje praticamente erigido em remédio para qualquer irresignação, no mais das vezes muito longe de qualquer alegação de violência ou coação contra a liberdade de locomoção.

Tentar proteger os limites do *habeas corpus* é fazer respeitar sua credibilidade e funcionalidade, o que parece deva ser também uma importante missão deste Tribunal. O recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da dosimetria da pena, aqui deliberadamente desdenhado, não pode ser substituído pelo *habeas corpus*, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso – circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção – donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

No julgamento da MC no MS n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010), impetrado contra decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio, relator do HC 101.985/RJ – na qual este deferiu medida liminar com a finalidade de suspender a eficácia do Acórdão proferido pelo TRF da 2.ª Região na Apelação Cível n.º 2008.51.01.018422-0 - o Ministro Gilmar Mendes, concedendo a liminar pretendida para restaurar os efeitos do acórdão proferido em sede de apelação, asseverou, amparado em ampla jurisprudência, que:

“Não se torna possível o manejo do referido habeas corpus, pois há meios eficazes de se obter o efeito suspensivo do acórdão pelas vias recursais ordinárias e extraordinárias.

Ademais, caso não haja possibilidade de concessão de efeito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suspensivo, a determinação que se infere do ordenamento jurídico brasileiro é o imediato cumprimento das decisões, seja na seara cível, seja na seara penal.

Assim, em todos os aspectos analisados, conclui-se pela inadequação da estreita via do habeas corpus para o reexame de provas e de matéria de fato do caso, por não servir o habeas corpus como sucedâneo de recurso, em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte (HC 75.352/CE, Min. Celso Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.5.2001; HC 81.681/RS, Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, DJ 28.8.2003; HC 73.261/PR, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 10.5.1996; HC 83.115/SP, Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 18.3.2005; HC 91.155/SP, Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ 10.8.2007; HC 80829 - Min. Mauricio Corrêa, 2ª Turma, DJ 24.8.2001; HC 74006 - Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 27.8.1996; RHC 93248 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 22.8.2008; RHC 83625 - Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ 30.4.2004; HC 98732-AgR - Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 21.8.2009).

(...)

Conclui-se, assim, pela inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal.”

Reiterando a mesma linha de entendimento, confira-se recente julgado daquela

Corte:

“PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.

1. Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.

(...) ” (HC n.º 104.767/BA, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 17/08/2011)

Neste contexto, a hipótese seria, em tese, de não conhecimento do writ, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

Contudo, do exame dos autos, constata-se flagrante constrangimento ilegal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposto ao paciente. Nesse sentido, transcreve-se trecho do decreto condenatório, na parte que interessa, onde se extrai os fundamentos utilizados pela magistrada sentenciante, na imposição da reprimenda. Confira-se, *in verbis*:

“Antes de fixar a pena devem ser feitas algumas considerações.

Na hipótese de estar presente mais de uma circunstância qualificadora, a pena deve ser majorada, pois o delito de roubo qualificado por uma só circunstância não pode receber o mesmo tratamento daquele dupla ou triplamente qualificado.

(...)

Réus: MARINÓZIO SOARES BARBOSA JÚNIOR e MATEUS CAVALLARI DE QUEIROZ

Atendendo ao consubstanciado no artigo 59 do Código Penal, sendo favoráveis aos réus as condições genéricas, considerando, ainda, as circunstâncias do crime, fixo a pena base no mínimo legal – 04 (quatro) anos de reclusão. Não existem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Não existem causas especiais de diminuição de pena, mas estão presentes duas qualificadoras (causas especiais de aumento de pena), prevista nos incisos I e II, do § 2º do artigo 157 do Código Penal, razão pela qual aumento de 3/8 (três oitavos) a pena aplicada, fixando-a em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

(...)

Mercê do exposto, julgo PROCEDENTE, em parte, a ação penal, para condenar os acusados (...) MATEUS CAVALLARI DE QUEIROZ, qualificado a fls. 67/69 (...) como incursos no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, a cumprir as seguintes penas:

(...)

MATEUS CAVALLARI DE QUEIROZ e MARINÓZIO SOARES BARBOSA JÚNIOR:

Artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal: 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 14 (catorze) dias multa.

Os réus deverão iniciar o cumprimento da pena do delito de roubo qualificado (artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal), no regime fechado, pois a gravidade do delito recomenda que seja severamente reprimido, com a imposição do regime mais rigoroso para início do cumprimento da pena.” (fls. 15/17, sem destaque no original).

Essa parte da sentença foi alvo de debate e julgamento na Corte estadual, nestes termos:

“No que concerne à dosimetria das penas aplicadas, não merece qualquer reparo.

As penas-base foram fixadas nos mínimos legais.

(...)

O aumento de 3/8 (três oitavos), em razão das causas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento da pena relativas ao emprego de arma de fogo e ao concurso de agentes, demonstradas, com suficiência pela prova oral, apresenta-se como adequado e moderado.

Quanto ao regime fechado, estabelecido para o início do cumprimento das respectivas penas privativas de liberdade, é o compatível com o caso em tela, bem como com a condição de reincidente de Gustavo.

O roubo em questão, à evidência, por sua organização e execução, apresenta contornos de gravidade diferenciada." (fls. 29/30).

Observa-se nas transcrições acima que as instâncias ordinárias fizeram simples referência à incidência das duas majorantes para aumentar a reprimenda, sem qualquer outra referência qualitativa.

A presença de mais de uma causa de aumento, com efeito, pode levar a majoração da reprimenda além de 1/3, devido ao maior grau de reprovabilidade da conduta dos agentes.

Essa orientação, no entanto, não implica em dizer que a simples presença das majorantes, por si só, justifica a elevação da pena acima do mínimo previsto, pois qualquer aumento deverá vir acompanhado de devida fundamentação.

Isto porque o critério para a majoração da sanção penal não é a quantidade de causas de aumento incidentes na espécie, mas outras relacionadas ao caso em concreto que, no entanto, deixaram de ser especificadas no presente caso pela Juíza sentenciante.

A propósito, há de ser destacado que matéria já se encontra sumulada nesta Corte, no verbete de n.º 443, deste teor:

"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 mesma linha de raciocínio registre-se estes precedentes:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE AGENTES, EMPREGO DE ARMA E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DECOTE DA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO SUPERIOR A UM TERÇO COM BASE TÃO SOMENTE NO NÚMERO DE CAUSAS DE AUMENTO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO.

(...)

2. Segundo pacífica jurisprudência desta Corte, ainda que se trate de roubo triplamente circunstanciado, a fixação do respectivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coeficiente de aumento exige fundamentação concreta, não bastando a alusão à quantidade de majorantes.

3. Não há qualquer proibição a que o juiz sentenciante majore a pena em patamar acima do mínimo legal de 1/3 (um terço), desde que traga fundamentação idônea a evidenciar a razoabilidade da medida, o que não ocorreu no caso em análise.

4. Ordem concedida." (HC 172.354/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, DJ de 27/09/2010).

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISOS I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 167 DO DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DE TRÊS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

(...)

VI - **Ante a ocorrência de flagrante ilegalidade no aumento da pena pela verificação de três majorantes específicas e na fixação do regime prisional, verifica-se a possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício.**

VII - **Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de três majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência das mesmas, como o foi na espécie, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).**

VIII - **"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 nº 443/STJ).**

Ordem denegada."

Writ concedido de ofício para fixar o aumento em 1/3 (um terço) em razão das causas de aumento do concurso de agentes, emprego de arma e restrição da liberdade, restando a pena definitiva do paciente em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão." (HC 168.170/RS, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 27/09/2010).

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ORDEM ANTERIORMENTE CONCEDIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO PARA QUE NOVA FUNDAMENTAÇÃO FOSSE EFETUADA QUANTO AO ACRÉSCIMO DE 2/5 PELAS QUALIFICADORAS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DO ACRÉSCIMO COM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME SEMIABERTO. OBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. É entendimento consolidado nesta Corte Superior de Justiça que: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes"
(Enunciado da Súmula n.º 443 do Superior Tribunal de Justiça).

(...)

4. *Ordem denegada.*" (HC 107.134/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, DJ de 13/09/2010).

Diante da ausência de referência a fundamentos concretos que evidenciem a necessidade de aumento da pena acima do mínimo legal, o decreto condenatório deve ser revisto, de forma que eventual aumento reste devidamente justificado.

Noutro giro, a imposição de regime prisional mais severo do que o *quantum* da pena autoriza requer fundamentação concreta, o que não se vislumbra na sentença de primeiro grau, tampouco no julgamento colegiado, mormente por se tratar de reprimenda fixada no mínimo legal.

In casu, verificando que se trata de réu primário, sendo-lhe imposta pena de 05 anos e 06 meses de reclusão e à míngua de fundamentação idônea para exasperar o modo inicial de sua inserção no sistema prisional, possibilita-se a fixação de regime diverso do fechado, não sendo suficiente a mera remissão: ***"a gravidade do delito recomenda que seja severamente reprimido, com a imposição do regime mais rigoroso para início do cumprimento da pena"*** ou ainda: ***"o roubo em questão, à evidência, por sua organização e execução, apresenta contornos de gravidade diferenciada"***. Aplica-se à hipótese, inclusive, o verbete n.º 440, da Súmula desta Corte, que preleciona:

"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".

Nos termos do enunciado acima transcrito, juízos valorativos sobre a gravidade genérica do crime não constituem fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, desvinculado-se o julgador de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa, como na hipótese dos autos.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. RAZOABILIDADE DA FIXAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE EM 1/6. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 440/STJ.

1. *O legislador não estabeleceu percentuais mínimos e*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

máximos para a incidência das atenuantes/agravantes, cabendo ao magistrado o exercício do juízo discricionário para determinar o quantum a ser aplicado. É fundamental, contudo, que a justificativa do percentual adotado seja devidamente exposta e fundamentada, de modo a possibilitar o exercício da ampla defesa e eventual correção de excessos na aplicação da pena, o que não ocorreu na espécie, sendo razoável, portanto, a fixação do percentual relativo à atenuante da menoridade em 1/6.

2. É ilegal a fixação de regime prisional mais gravoso desacompanhada de concreta e adequada fundamentação acerca da necessidade da medida.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido para fixar o percentual da atenuante de menoridade em 1/6. Ordem concedida de ofício para fixar ao paciente o regime prisional inicial semiaberto."

(HC 192.368/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 21/03/2012)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSAS DE AUMENTO. SÚMULA 443/STJ. EXASPERAÇÃO QUE DEVE TER COMO BASE ELEMENTOS CONCRETOS E NÃO O NÚMERO DE MAJORANTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA REDUZIDA.

(...)

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 440/STJ. EIVA CONFIGURADA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do Enunciado n. 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do condenado.

3. No caso, considerando-se o quantum de pena definitivamente irrogado ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, indevida a fixação do modo fechado para o início do cumprimento da reprimenda, pois aplicável para tanto o regime semiaberto.

(...)

2. Ordem parcialmente concedida para fixar em 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, a reprimenda pelo crime de roubo circunstanciado e em 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, a pelo crime de receptação dolosa. Penas pecuniárias fixadas em 10 dias-multa para ambos os delitos."

(HC 188.274/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 19/10/2011)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*EMPREGO DE ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO PLENÁRIO DA SUPREMA CORTE. **PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL.***

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes desta Corte e do Col. Excelso Pretório.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelo conjunto probatório dos autos. Assim, para se afastar a referida conclusão, seria imprescindível a realização de um aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra viável na via estreita do habeas corpus.

4. Fixada a pena-base no mínimo legal, inexistindo circunstâncias judiciais válidas desfavoráveis e, em se tratando de réu primário e com bons antecedentes, não é possível infligir regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência das Súmulas n.º 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

5. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva"

(HC 162033/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 11/10/2010).

Ainda, de acordo com o art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto.

Nesse contexto, tratando-se de condenado que preenche os requisitos para o cumprimento da pena no regime intermediário, tendo em vista a quantidade da pena imposta – 05 anos e 06 meses de reclusão – e em virtude do próprio reconhecimento da ausência de condições pessoais desfavoráveis na dosimetria da reprimenda, eis que fixada a pena-base no mínimo legal, não cabe a imposição de regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em suma, deve ser concedido *habeas corpus* para o fim de reformar o acórdão recorrido e a sentença condenatória, quanto à dosimetria da pena, a fim de que outra seja proferida pelo juízo singular, com nova e motivada fixação do *quantum* imposto, visando à adequada fundamentação no tocante ao índice de aumento relativo às duas qualificadoras do crime de roubo.

Por consequência, readequada a pena, deve ser fixado o regime inicialmente semiaberto para o desconto da reprimenda, salvo justificativa idônea, lastreada em fatos concretos, extraídos das circunstâncias judiciais disciplinadas no art. 59, do Estatuto Repressivo.

Ante o exposto, concedo a ordem, nos termos da motivação acima deduzida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0264291-3

HC 224.027 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10212007 990092438140

EM MESA

JULGADO: 17/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSÉ LUIZ MAFFEI (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATEUS CAVALARI DE QUEIROZ

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, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.