



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 516.607 - SP (2019/0177667-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : VALMIR ALVES DE MENEZES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. CRIME CONTINUADO. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.
3. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, aplicaram a fração de 3/8 para majorar a pena tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que não permite a imposição de fração de aumento superior a 1/3, nos termos da jurisprudência deste Tribunal. Ofensa ao disposto na Súmula 443/STJ.
4. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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, as Súmulas 718 e 719 do STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".
5. Apesar de a pena-base dos pacientes ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que o roubo foi praticado por dois agentes, com divisão de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tarefas, tendo um deles abordado as vítimas em via pública e no período noturno, utilizando-se de arma de fogo para ameaçá-las, enquanto o outro agente lhe dava cobertura, tudo a exigir resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

6. 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, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta aos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa, mantendo, no mais, a sentença condenatória.

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 Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 516.607 - SP (2019/0177667-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : VALMIR ALVES DE MENEZES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JOAO PAULO DA SILVA** e **VALMIR ALVES DE MENEZES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 6 anos e 5 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 15 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (duas vezes), na forma do art. 71, *caput*, do CP (e-STJ, fls. 23-32).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo da defesa, em acórdão assim ementado:

"Apelação. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Recurso defensivo postulando a absolvição por insuficiência probatória. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de amplo conjunto probatório, suficiente para sustentar a condenação, nos moldes em que proferida. Impossibilidade de reconhecimento da tentativa. Crime consumado. Súmula nº 582 do C. STJ. Réus confessos. Manutenção do aumento das penas na fração de 3/8 (três oitavos) pelas duas majorantes. Reconhecimento da continuidade delitiva, com o consequente aumento das penas em 1/6 (um sexto). Penas e regime inicial fechado mantidos. Recurso não provido." (e-STJ, fls. 56-58).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que “a presença de mais de uma causa de aumento, por si só, não constitui fundamentação idônea para dar azo à exasperação do castigo acima do mínimo” (e-STJ, fl. 6), sob pena de ofensa à Súmula 443/STJ.

Aduz que o regime fechado foi imposto tão somente com base na gravidade abstrata do crime, apesar de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal e dos pacientes serem tecnicamente primários, o que ofende o disposto nas Súmulas 718 e 719/STF.

Requer a concessão da ordem, liminarmente e no mérito, para que seja reduzido o patamar de aumento em razão das majorantes do delito de roubo para o mínimo legal e seja fixado o regime semiaberto para o cumprimento da pena imposta aos pacientes.

Indeferida a liminar (e-STJ, fls. 65-66), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem ou por sua denegação (e-STJ, fls. 161-163).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 516.607 - SP (2019/0177667-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIANA PAGANO GIL - SP251644
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOAO PAULO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : VALMIR ALVES DE MENEZES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. CRIME CONTINUADO. DOSIMETRIA. PRESENÇA DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. OFENSA À SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.
3. As instâncias ordinárias, ao reconhecerem a incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, aplicaram a fração de 3/8 para majorar a pena tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que não permite a imposição de fração de aumento superior a 1/3, nos termos da jurisprudência deste Tribunal. Ofensa ao disposto na Súmula 443/STJ.
4. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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, as Súmulas 718 e 719 do STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".
5. Apesar de a pena-base dos pacientes ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que o roubo foi praticado por dois agentes, com divisão de tarefas, tendo um deles abordado as vítimas em via pública e no período noturno,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilizando-se de arma de fogo para ameaçá-las, enquanto o outro agente lhe dava cobertura, tudo a exigir resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

6. 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, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta aos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa, mantendo, no mais, a sentença condenatória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (RELATOR):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão da apelação, respectivamente:

"[...] Superada a fase instrutória, passo à dosagem da pena.

Verifico que as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal são as normais ao tipo e fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias- multa.

Reconheço a confissão espontânea como circunstância atenuante genérica, mas deixo de diminuir a pena, tendo em vista que já foi fixada no patamar mínimo, não devendo ficar aquém deste patamar, nesta fase (STF, HC 69.369, DJU 25.8.92, p. 16184 e Súmula 231 do STJ).

Tendo em vista a presença de duas causas de aumento (uso de arma de fogo e concurso de agentes), majoro a pena em 3/8 (TACrSP, RT771/614).

Ante a continuidade delitiva, aumento a pena em 1/6.

Ausentes outras causas modificativas, torno a pena definitiva em 6 anos e 5 meses de reclusão e pagamento de 15 dias-multa.

É pertinente apontar, na aferição da pena apropriada a ambos os réus, o cabimento do regime fechado como a única hipótese compatível com a finalidade de prevenção e repressão a temidos autores de assalto praticado em comparsaria e com emprego de arma de fogo. Com efeito, não bastasse a substancial intranquilidade gerada no meio social pelo crime de roubo, o conluio entre os agentes "deve ensejar uma resposta estatal mais contundente, visando reprimir a formação de núcleos voltados à prática de atividades delitivas, aptos a oferecer maior lesividade aos pilares do convívio pacífico do que a ação individual. Ademais, o emprego de arma de fogo na perpetração do delito evidencia elevado grau de reprovabilidade da conduta (...), bem como sua periculosidade e personalidade desajustada, justificando a fixação do regime penitenciário mais gravoso", consoante deliberou a Augusta Câmara nas Apelações Criminais nº:993.07.042915-1 (Comarca de Ribeirão Preto)." **(e-STJ, fls. 30-31).**

"[...] As reprimendas foram devidamente individualizadas e justificadas, não comportando reparos.

Na primeira fase da dosimetria, verificadas as circunstâncias do artigo 59 do CP, o MM. Juiz sentenciante fixou as penas individuais no patamar mínimo, ou seja, em 04 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, o que fica mantido por se tratar de recurso exclusivo da defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na sequência, inviável a consideração da circunstância atenuante da confissão espontânea em favor dos réus, devidamente reconhecida na r. sentença, a qual, como cediço, não tem o condão de reduzir a pena para aquém do mínimo legal (Súmula nº 231 do C. STJ).

Na última fase do cálculo, as reprimendas foram corretamente majoradas na fração de 3/8 (três oitavos), em razão da presença de duas causas especiais de aumento (concurso de agentes e emprego de arma de fogo), sendo relevante consignar, neste ponto, que um roubo cometido com uma causa de aumento não é igual a um assalto praticado com duas ou mais majorantes, devendo, portanto, nesta última situação, ser apenado com maior rigor, sob pena de inobservância do princípio isonômico, bem assim da mais adequada individualização da pena em cada caso concreto, mesmo porque, nesse caso, é maior a reprovabilidade da conduta do agente. A propósito, atentando para caso igual ao ora sob exame, quando do julgamento da Revisão Criminal nº 0263096-25.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em 7/3/2013, da qual foi Relator o eminente Des. Penteado Navarro, o C. 5º Grupo de Direito Criminal desta Corte deixou consignado: (...) Especificamente, para o caso de aumento no percentual de três oitavos, podem ser invocados vários outros arestos (RJDTACrimSP, 36/305, 39/261 e 40/209).

Ainda na última etapa, as penas de um dos crimes foi acertadamente majorada em 1/6 (um sexto), pelo reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP). Portanto, as penas individuais e definitivas do réus Valmir Alves de Menezes e João Paulo da Silva ficam mantidas em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, mais o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso mínimo.

Por derradeiro, anoto que a gravidade do crime, informada pelas circunstâncias do fatos, bem esclarecidas nos relatos das vítimas, recomenda a manutenção do regime inicial fechado. Com efeito, trata-se de roubo praticado em concurso de agentes, com emprego de arma de fogo, utilização de bicicletas para fuga com os bens subtraídos, em plena via pública e durante o período noturno, o que acarretou pânico e insegurança aos ofendidos, situação que revela grande obstinação e audácia e se reveste de gravidade concreta, não havendo de se cogitar de baixa culpabilidade dos acusados, tudo a recomendar o regime prisional mais rigoroso, como resposta adequada à reprovação e prevenção de tal conduta (inteligência do artigo 33, § 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal). Importante consignar, ademais, que não há qualquer ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, e nem ofensa às Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ, pois os fatos concretos, como já acentuado, demonstram não ser recomendável a adoção de regime prisional mais brando na hipótese dos autos. Solução esta que se harmoniza com recente entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça: (...).” **(e-STJ, fls. 58-62).**

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

No que concerne à terceira fase da dosimetria, vê-se que as instâncias ordinárias,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao reconhecerem a incidência das majorantes do concurso de agentes e do emprego de arma de fogo, aplicaram a fração de 3/8 para majorar a pena tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3.

Incide, portanto, à espécie o disposto na Súmula 443 desta Corte:

"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."

A propósito:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. PENAS REDUZIDAS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA O REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA O ESTABELECIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- **Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, 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 pelas majorantes previstas no § 2º, incisos I e II, do art. 157, do Código Penal, na terceira fase da dosimetria da pena, operou-se na fração de 3/8, levando-se em conta apenas o critério numérico, deixando de apontar uma fundamentação concreta que justificasse a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3, contrariando, assim, a mencionada Súmula n. 443/STJ. Precedentes.**

- Quanto à fixação do regime prisional, sabe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

- Na espécie, não obstante o paciente seja primário e o novo montante da pena (6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão) comporte, em princípio, o regime inicial semiaberto, o fato de a pena-base ter sido estabelecida acima do mínimo legal, pois o delito foi praticado com violência real contra a vítima, mediante um golpe no pescoço, permite a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, reduzindo as penas do paciente para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, no regime inicial fechado, e 13 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação." (HC 407.390/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017, grifou-se).

Nesse passo, evidenciada flagrante ilegalidade em relação à terceira fase da dosimetria, passa-se à nova análise das penas aplicadas aos pacientes.

Com efeito, na primeira etapa, a pena dos dois réus foi estabelecida no mínimo legal, em 4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa. Na fase intermediária, apesar do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, as reprimendas foram mantidas no mesmo patamar, em atendimento ao disposto na Súmula 231/STJ. Na terceira etapa, diminuído o aumento para 1/3 pelas duas majorantes, devem as penas serem fixadas em 5 anos e 4 meses de reclusão, além de 13 dias-multa. Reconhecida a continuidade delitiva e aplicada a fração de 1/6, resta definida para os dois pacientes a pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa.

Quanto ao regime prisional, inicialmente cumpre ressaltar que, de acordo com a Súmula 440/STJ, "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, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Na hipótese, os fundamentos utilizados para justificar o regime imposto aos pacientes 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 falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Por certo, apesar de a pena-base dos pacientes ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, já que o roubo foi praticado por dois agentes, com divisão de tarefas, tendo um deles abordado as vítimas em via pública e no período noturno, utilizando-se de arma de fogo para ameaçá-las, enquanto o outro agente lhe dava cobertura, tudo a exigir resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

Em verdade, 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, como na hipótese.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 3 AGENTES ENVOLVIDOS NA EMPREITADA CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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, 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. 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, com fundamento no elevado número de agentes (três). Tal circunstância revela a maior gravidade concreta da conduta delitiva, nos termos do referido enunciado.

3. O enunciado n. 440 da Súmula do STJ afirma que, "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 dos autos, embora a pena não tenha ultrapassado 8 anos, o regime fechado foi devidamente fundamentado pelas instâncias ordinárias, tendo em vista a maior gravidade do delito, evidenciada pelo *modus operandi*, visto que o paciente praticou o crime em plena via pública, em concurso com mais dois agentes, atingiu mais de uma vítima e, especialmente, com o emprego de arma de fogo, artefato que possui grande potencial lesivo.

Habeas corpus não conhecido." (HC 523.790/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 3/9/2019, DJe 12/9/2019, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, §§ 2º, II, E 2º-A, I, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta a certa discricionariedade do magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em *habeas corpus* apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório.

2. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que "o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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/STJ).

2. Na espécie, a fração de 2/5, superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, foi fixada com base em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e com indicação da maior reprovabilidade da conduta do agente, notadamente pelo concurso de outros réus e modus operandi, em que os agentes cercaram as vítimas, impedindo a capacidade de resistência delas mediante o uso de duas armas de fogo.

3. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). **Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito. Precedentes.**

4. No caso dos autos, foram apontados elementos concretos capazes de justificar a imposição do regime inicialmente mais gravoso, uma vez que o acusado, juntamente com outro indivíduo, praticou o crime de roubo, mediante ameaça e emprego de arma de fogo, o que demonstra maior ousadia, periculosidade e desrespeito aos bens juridicamente tutelados.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 512.432/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/8/2019, DJe 23/8/2019, grifou-se).

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, com o fim de reduzir a pena imposta aos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, mais o pagamento de 15 dias-multa, mantendo, no mais, a sentença condenatória.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0177667-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 516.607 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005988620188260530 20190000466589 5652018 5988620188260530

EM MESA

JULGADO: 15/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO MARIANA PAGANO GIL - SP251644
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOAO PAULO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: VALMIR ALVES DE MENEZES (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Joel Ilan Paciornik, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.