

**HABEAS CORPUS Nº 533.151 - SP (2019/0274585-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PAULA HUNGRIA AAGAARD - SP235100  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ROBERTO PEREIRA DE CARVALHO JUNIOR (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de ROBERTO PEREIRA DE CARVALHO JUNIOR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0069834-47.2017.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos II e V, do Código Penal (e-STJ fls. 17/31).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 32/40), em acórdão assim ementado:

*APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO PRATICADO EM COMPARSARIA E COM RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA. Artigo 157, § 2º, incisos II e V, do CP. Autoria e materialidade comprovadas. Réu revel. Palavras da vítima. Depoimentos dos policiais. Reconhecimento do réu como autor dos fatos. Tentativa afastada, pois houve inversão da posse. Causas de aumento mantidas. Penas e regime prisional mantidos. Justificado o aumento em metade na terceira etapa da dosimetria, em razão das peculiaridades do caso concreto. APELO DESPROVIDO, COM DETERMINAÇÃO.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/11), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve sentença que aumentou a pena em patamar superior a 1/3, na terceira fase da

dosimetria, com base na mera indicação do número de majorantes, o que vulnerou o Enunciado da Súmula n. 443/STJ. Além disso, aduz que o regime inicial fechado baseou-se na gravidade abstrata do delito, o que contraria o entendimento consolidado nas Súmulas n. 440/STJ, 718 e 719/STF, razão pela qual o paciente faz jus ao regime semiaberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena e a alteração do regime prisional para inicial semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 44/45).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 51/56).

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem, de ofício.

A defesa se insurge contra o *quantum* de incremento punitivo aplicado na terceira fase da dosimetria da pena relativa ao crime de roubo, o qual teria levado em consideração apenas o critério quantitativo do número das causas de aumento.

Extrai-se da sentença a seguinte fundamentação para majorar a reprimenda pelo crime de roubo na fração de 1/2 (e-STJ fl. 30):

[...]

*Diante da ausência de outras circunstâncias modificadoras, na terceira fase de fixação da dosimetria, observo a incidência de duas causas de aumento de pena, referentes ao concurso de agentes e à restrição de liberdade da vítima, previstas nos incisos II e V do § 2º do artigo 157 do Código Penal, que em conjunto aumentaram desmedidamente o sofrimento imposto à*

*vítima, para além daquele usualmente relacionado ao delito, vez que ela foi surpreendida pela presença de dois indivíduos, que a ameaçaram gravemente ao simularem a posse de arma para, em seguida, ser mantida refém também sob grave ameaça.*

*Por tais razões e observada a análise qualitativa de que trata a Súmula 443 do STJ, majoro a reprimenda em 1/2 (metade), para estabelecê-la em definitivo em 06 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato, ante a ausência de outras causas modificadoras de pena aplicáveis.*

[...]

Já a Corte local assim justificou a manutenção da fração adotada na sentença (e-STJ fl. 39):

[...]

*As penas não comportam alteração, ao contrário do alegado pela defesa, pois o aumento da reprimenda em metade pelas majorantes justificou-se pela dinâmica dos fatos e audácia dos criminosos que abordaram o réu em seu trabalho simulando o porte de arma, conduziram seu carro por mais de vinte e cinco minutos pelas ruas da cidade.*

[...]

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o critério para a exasperação da pena, em razão das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser apenas matemático, mas subjetivo, a ser evidenciado pelas circunstâncias do caso concreto. O referido entendimento foi expresso no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

*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.*

Conforme se observa das transcrições acima, as instâncias ordinárias aumentaram a pena, na terceira fase da dosimetria, deixando de

evidenciar de que forma a conduta do paciente desbordou para um comportamento mais grave, o que justificaria a majoração da pena em fração superior ao mínimo de 1/3.

Limitar-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e a restrição de liberdade da vítima por reduzido tempo não é suficiente para fundamentar a reprimenda em 1/2.

A propósito:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. ROUBOS MAJORADOS TENTADO E CONSUMADO. DOSIMETRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE OU INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INVERSÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VALOR E NATUREZA DO BEM. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA. BEM QUE FOI RESTITUÍDO À VITIMA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS-BASE. **PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 443/STJ. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA NA UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/8. REDUÇÃO PARA 1/3. REGIME SEMIABERTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS. PENAS-BASE ARBITRADAS NO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.***

[...]

*3. Sabe-se que a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades 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.*

[...]

*5. "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.*

**6. Na hipótese, o aumento das penas 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.**

[...]

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime semiaberto. (HC 418.147/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017)

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Inteligência da Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Com efeito, limitaram-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, o que não consubstancia fundamentação idônea para a majoração da reprimenda em 3/8 (três oitavos). Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 321.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016).

Dessa forma, a fração das majorantes deve ser reduzida para **1/3**.

Passo, portanto, ao ajuste da reprimenda.

Mantidos os critérios adotados pelas instâncias ordinárias na

primeira e segunda fase da dosimetria do crime de roubo, com a pena provisória fixada em 4 anos de reclusão e 10 dias multa, na última etapa, redimensiono o aumento em razão do concurso de agentes e do uso de arma de fogo para a fração de 1/3. Em consequência, a **pena fica redimensionada para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa.**

Quanto ao regime, assim fundamentou a Corte local a fixação do regime mais gravoso (e-STJ fls. 39/40):

[...]

*O regime prisional inicial a ser observado deve ser mesmo o fechado, conforme entendimento pacificado nesta Câmara.*

*Não se pode desconhecer que a gravidade do crime de roubo, que vem colocando em pânico a sociedade, evidencia, sem qualquer sombra de dúvida, intensa periculosidade de seu agente, que não pode ser desconsiderada na fixação do regime inicial da pena corporal, que não guarda relação de dependência com sua quantidade. A periculosidade de autores de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça é presumida pela lei, que exige sejam submetidos, para fins de livramento condicional, à “constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir” (Art. 83, parágrafo único, CP). Essa periculosidade recomenda a adoção do regime carcerário inicial fechado.*

[...]

Dessa forma, não obstante a primariedade do paciente e a análise favorável das circunstâncias judiciais, extrai-se que o recrudescimento do regime baseou-se em circunstâncias inerentes à configuração dos ilícitos penais.

Em consequência, o regime inicial fechado, mais severo do que a pena aplicada comporta, foi fixado sem fundamentação idônea, afrontando o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República e na Súmula n. 440/STJ, que segue transcrita: "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."

Assim, na espécie, resulta cabível o regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.*

*2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e ns. 718 e 719 da Súmula do STF.*

*3. A mera referência genérica, pelo Tribunal a quo, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, inerentes ao próprio tipo penal, não constitui motivação idônea para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, conforme entendimento desta Corte. Precedentes.*

*4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade dos pacientes, sendo 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 CP.*

*5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento inicial da pena dos pacientes. (HC 469.398/SP, Rel. Ministro JOEL*

ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019,  
DJe 15/02/2019)

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ART. 33, § 2º, B, DO CP. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENAS-BASE ESTIPULADAS NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DOS DELITOS. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA DEFINITIVA ESTIPULADA EM 6 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, B, DO CP. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE.*

*1. Foram utilizados pelo Tribunal paulista fundamentos abstratos e genéricos na fixação do regime de cumprimento de pena mais grave, com suporte em elementos inerentes aos tipos penais violados.*

*2. Todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao agravante, sendo fixadas as penas-base dos crimes de roubo e de corrupção de menores, no mínimo legal, respectivamente, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, e em 1 ano de reclusão. Sendo assim, não há fundamento para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que o permitido pelo quantum da pena, ex vi da Súmula 440/STJ.*

*3. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça. [...] Hipótese em que o Juiz de primeiro grau considerou, para fins de regime prisional, favoráveis as circunstâncias judiciais, fixando o intermediário. Contudo, o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado sem apresentar motivação idônea. Assentou a gravidade genérica do delito, bem como o entendimento, reiteradamente rechaçado por esta Corte, de que em casos de crime de roubo deve sempre ser imposto o regime fechado (HC n. 331.754/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2015).*

*4. Fixadas as penas-base no mínimo legal e não ostentando o agravante antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea, nos termos das referidas súmulas. Por conseguinte,*



*levando-se em consideração as penas definitivas cominadas ao agravante (6 anos e 6 meses de reclusão, mais pagamento de 13 dias-multa), é possibilitada a imposição do regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.*

*5. A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de 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" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF). "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" (Súmula 440/STJ) - (HC n. 442.914/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 8/5/2018).*

*6. Agravo regimental provido a fim de reconsiderar a decisão agravada e, com fundamento no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dar provimento ao recurso especial para abrandar o regime inicial ao semiaberto. (AgRg no REsp 1762097/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 12/12/2018)*

Ante o exposto, com base no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente ao novo patamar de **5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 13 dias-multa**.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator