



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.445 - SP (2011/0251566-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VICTOR HUGO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 n. 443 do STJ.

2. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator.

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.445 - SP (2011/0251566-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : VICTOR HUGO DOS SANTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

VICTOR HUGO DOS SANTOS, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em decorrência do acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que negou provimento à Apelação n. 0080474-27.2008.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 111-122).

Irresignada, a defesa apelou, havendo a Corte de origem negado provimento ao recurso, para manter a sentença em todos os seus termos (fls. 37-46).

Nas razões deste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta que o acréscimo de 3/8 na terceira fase da dosimetria, em razão do reconhecimento de duas causas de aumento, se deu sem a devida fundamentação, em confronto com o Enunciado Sumular n. 443 do STJ.

Alega, ainda, que a imposição do regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda foi justificada unicamente na gravidade abstrata do delito, o que viola o disposto na Súmula n. 718 do STF.

Requer a concessão da ordem "para o fim de cassar a decisão combatida, de modo a reduzir a pena imposta ao paciente, em decorrência da alteração da fração utilizada ao exasperá-la com fulcro nas causas de aumento verificadas, bem como para que seja alterado o regime" (fl. 4).

Ausente pedido liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (fls. 58-93 e 109-122), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 125-128).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 222.445 - SP (2011/0251566-6) EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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 n. 443 do STJ.
2. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator.
3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.
4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.
5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (fls. 111-122). A reprimenda foi assim individualizada (fls. 119-120, grifei):

Na fase do artigo 59 do Código Penal, não observo razão que justifique majoração da pena-base, a qual **fixo em quatro anos de reclusão e dez dias-multa**. Porém, Daniel é triplamente reincidente, como se observa a fls. 08, 09 e 10 do apenso, motivo pelo qual majoro sua pena para cinco anos de reclusão e doze dias-multa **Comprovadas as causas de aumento do emprego de arma e concurso de agentes, aumento a pena de 3/8, atingindo cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias-multa para Victor**, e seis anos, dez meses e quinze dias de reclusão e dezesseis dias-multa para Daniel. Inexistindo outros fatores a apreciar, torno definitivas as penas acima. **Dada a natureza do crime, cometido mediante grave ameaça com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes**, do tipo que assola esta Comarca e causa verdadeiro pânico social, bem como a tripla reincidência de Daniel, considero que o único o regime inicial adequado ao início do cumprimento da pena é o fechado.

Irresignada, a defesa recorreu. O Tribunal estadual negou provimento ao apelo defensivo sob a seguinte motivação (fls. 45-46, destaquei):

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 04 anos de reclusão e 10



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa, no piso legal, para ambos os réus.

Na segunda etapa, a pena de Daniel foi corretamente aumentada para 05 anos de reclusão e 12 dias-multa, sob o fundamento de que ele é triplamente reincidente.

Na derradeira fase, **as reprimendas foram adequadamente elevadas de 3/8, pelas duas causas de aumento de pena**, atingindo definitivamente a pena de Daniel 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, e 16 dias-multa, no piso legal.

A pena de Vítor Hugo resultou em 5 anos e 6 meses de reclusão, e 13 dias-multa, no piso legal.

As graves circunstâncias concretas que envolveram o crime – roubo contra residência em concurso de três agentes, com emprego de arma de fogo –, bem como a aguda periculosidade revelada por essa prática, apontam para a insuficiência de regime diverso do fechado.

III. Terceira fase da dosimetria – não observância da Súmula n. 443 do STJ

Em relação ao aumento de pena na terceira fase da dosimetria, **constato a flagrante ilegalidade apontada.**

Com efeito, dos excertos anteriormente transcritos, verifica-se que o Juízo monocrático **não apresentou nenhuma justificativa** para o aumento da pena no patamar de 3/8 e o Tribunal *a quo* **manteve a fração aplicada diante da incidência, na espécie, de duas majorantes.**

Em minha concepção – **que não é acompanhada pela maioria da Sexta Turma** – atende ao critério da proporcionalidade das penas, bem como ao efeito dissuasório, punir o autor do roubo, **quando presentes duas ou mais circunstâncias majorantes**, com pena concretamente mais grave em relação à que caberia, *in thesis*, a outros perpetradores da subtração com apenas uma causa de aumento, tal qual se verificou no caso em exame.

Também considero justificado elevar a sanção, acima do mínimo legal permitido, ou fixar o regime prisional mais severo, **quando o autor do roubo empunha arma de fogo**, ante a maior potencialidade lesiva do crime, consoante me expressei no voto do HC n. 284.557/RJ, **em que remanesci vencido**, e no HC n. 278.175/SP, em que, com **ressalvas pessoais**, a 6ª Turma não conheceu do *writ*.

Entretanto, curvo-me ao posicionamento adotado pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sexta Turma, para decidir que, na hipótese dos autos, houve flagrante ilegalidade. Isso porque as instâncias antecedentes entenderam devida a exasperação da reprimenda em 3/8, **ante a caracterização de duas majorantes, fundamento que** – não obstante, na minha opinião, evidencie maior temibilidade da conduta –, **nos termos do pensamento majoritário da Sexta Turma não justifica, de maneira idônea, o aumento de pena acima do patamar mínimo**, sendo necessária a indicação de outras circunstâncias concretas que digam respeito às próprias majorantes e que evidenciem a maior desaprovação da conduta (tais como utilização de arma de grosso calibre ou de várias armas, disparo ocorrido durante a subtração, maior número de agentes do que o necessário para configurar o concurso etc.).

Ilustrativamente, colaciono os seguintes julgados:

[...]

II - 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 duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência destas, como o foi na espécie, mas sim com base em dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso. (Precedentes).

III - "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 nº 443 da súmula do STJ).

[...]

(RHC n. 51.597/SP, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 4/2/2015)

[...]

1. Uma vez fixada fração acima da mínima legal sem fundamento idôneo, em razão da simples presença de duas majorantes – **emprego de arma e concurso de agentes** –, ou seja, pelo critério meramente matemático, fica configurado constrangimento ilegal, apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, já sumulado, inclusive, (Súmula 443/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").

3. Admite a jurisprudência desta Corte, em caráter excepcional, o reexame da aplicação das penas sob o aspecto da ilegalidade, por erro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de técnica, assim como nos casos de falta ou evidente deficiência de fundamentação.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 296.568/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 21/10/2014, destaquei.)

Logo, assiste razão à impetrante, pois as instâncias ordinárias, não obstante hajam particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo, não apontaram nenhum **elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena**, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

IV. Readequação da pena

Caracterizada a coação ilegal, passo à readequação da pena.

Partindo dos critérios adotados pelo acórdão objurgado, verifico que a pena-base foi fixada em 4 anos de reclusão mais 10 dias-multa.

Na segunda fase, inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes, de forma que a pena intermediária foi mantida em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na terceira etapa, afasto a aplicação da fração de 3/8 para majorar a pena em 1/3, nos termos da Súmula n. 443 do STJ, o que resulta em **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**.

V. Regime prisional inicial

Quanto à almejada modificação do regime inicial de cumprimento da pena, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (HC n. 279.272/SP, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC n. 265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC n. 213.290/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; HC n. 148.130/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

Ao comentar a Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, a doutrina ressalta que:

[...] a nova Parte Geral **torna mais amplo o poder discricionário do juiz**, acentuando a cada passo a tarefa de individualização da sanção penal, repetindo em diversos momentos os critérios de que deve lançar mão o magistrado na escolha da justa medida". Sublinha que, "na nova Parte Geral, se faz menção em vários artigos à necessidade de atenção para a **escolha justa da sanção aplicável** tendo por base os critérios contidos no art. 59", que "em muito difere do art. 42 do Código Penal de 1940, pois **o texto atual estabelece com maior precisão que se deve ter em vista o que se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime**". (REALE JUNIOR, Miguel. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 159 e 163).

Com efeito, a escolha justa da sanção necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime torna "imprescindível que o magistrado liberte-se do fetichismo da pena mínima, para ajustar o *quantum* da sanção e a sua modalidade, no que entende ser necessário e suficiente a satisfazer a medida de justa reprovação" (REALE JUNIOR, Miguel, op. cit., p. 164).

A importância desse ponto de vista evidencia-se quando constatamos que a aplicação da pena no caso concreto repercute na utilidade social que desempenha o Direito Penal e na sua justificação política, de modo que, ao se individualizar a pena, age-se não só em função do necessário ao réu, mas para com o necessário à sociedade. O próprio Código Penal, na redação dada pela Lei n. 7.209, de 11/7/1984, no seu artigo 33, § 3º, dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

Assim, independentemente de o juiz haver, ou não, reconhecido circunstâncias judiciais favoráveis na primeira etapa da dosimetria da pena, poderá justificar a fixação do regime carcerário inicial com fulcro naqueles critérios previstos no art. 59 do CP, tendo por **norte a necessidade e a suficiência da reprimenda para a reprovação e a prevenção do crime**. E,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para tanto, não há como coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, sinalizem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

Sob tais premissas, constato que, na hipótese, o regime inicial mais gravoso foi fixado **com suporte em elementos que evidenciam a maior gravidade da conduta delitiva**. Com efeito, o Tribunal *a quo*, no julgamento do apelo defensivo, destacou "as graves circunstâncias concretas que envolveram o crime – roubo contra residência em concurso de três agentes, com emprego de arma de fogo" (fl. 46).

Diante da fundamentação oferecida pela instância antecedente, **não verifico o alegado constrangimento ilegal** de que estaria sendo vítima o paciente, pois não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado **quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime**.

Não se trata, portanto, de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada, em violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF, como alegado pela defesa.

Ilustrativamente:

[...]

1. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial a fixar para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.
2. No caso vertente, **não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime** - na espécie, a premeditação do grupo criminoso, que contou com agentes vindos de outra comarca, e o elevado montante roubado, que causou grande prejuízo à vítima (R\$ 94.133,00), ainda que o agente seja primário e o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantum da pena seja inferior a 8 anos.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 327.011/MT, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 8/9/2015, destaquei).

Dessa forma, não visualizo ilegalidade no acórdão que determinou ao paciente cumprir a pena em regime inicial fechado, ante a presença de motivação concreta.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço da impetração**, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.

No entanto, ao examinar seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a **conceder a ordem postulada, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda** procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva em **5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0251566-6

HC 222.445 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15572008 50080804748 5382008 804742720088260050 990091911640

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEBORA REZENDE DANTAS MOTTA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VICTOR HUGO DOS SANTOS
CORRÉU	: DANIEL PORTO MARQUES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.