



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aglnt no HABEAS CORPUS Nº 417.834 - SP (2017/0247193-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RHUDAY ANACLETO SIMIAO**
AGRAVADO : **LEONARDO FAUSTINO DOS SANTOS**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
LAURA NAVES FILISBINO - DEFENSORA PÚBLICA - SP301676

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA DA PENA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 443 DO STJ. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. Por se tratar de questão afeta à 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. Na espécie, o Tribunal de Justiça manteve a reprimenda na fração de 2/5, superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame com base, apenas, no número de majorantes, sem a indicação de circunstâncias ou elementos capazes de demonstrar uma maior desaprovação das condutas perpetradas pelos acusados.

3. Na esteira da orientação sedimentada no enunciado n. 443 da Súmula desta Casa, *"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"*.

4. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime prisional, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que o que permitir a pena aplicada quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito, o que não ocorreu na espécie.

5. As Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e a 440



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desta Corte afastam a imposição de regime mais gravoso quando lastreado apenas na gravidade abstrata do delito ou em motivação inidônea.

6. No caso, as penas-base foram mantidas no patamar mínimo, em razão da análise favorável das circunstâncias judiciais. No entanto, o regime mais gravoso foi estabelecido com fundamento na gravidade abstrata do delito. Assim, diante do *quantum* de pena aplicada para ambos os réus - 5 anos e 4 meses de reclusão -, é cabível a alteração do regime prisional para o semiaberto.

7. Agravo Regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 417.834 - SP (2017/0247193-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **RHUDAY ANACLETO SIMIAO**
AGRAVADO : **LEONARDO FAUSTINO DOS SANTOS**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
LAURA NAVES FILISBINO - DEFENSORA PÚBLICA - SP301676

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão monocrática de minha lavra que concedeu a ordem de *habeas corpus* em relação aos pacientes Rudhay e Leonardo a fim de aplicar a fração mínima de aumento na terceira fase da dosimetria e readequar as penas definitivas para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa, bem como para alterar o regime inicial de cumprimento da remprimenda para o semiaberto.

Depreende-se dos autos que RHUDAY e LEONARDO, juntamente com outros corréus, agindo em concurso, com unidade de desígnios, subtraíram a quantia de R\$ 346,25 pertencentes ao Supermercado Nespini, bem como um aparelho de telefonia celular da marca LG, pertencente à M.C.C.A., mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo contra as vítimas A.N., M.C.C.A. e M.L.M.

Em razão de tais fatos, os réus foram condenados, igualmente, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (e-STJ fls. 34/47).

Interposta apelação, os desembargadores da 16ª Câmara de Direito Criminal negaram provimento ao recurso (e-STJ fls. 68/77).

Recebeu o acórdão esta ementa (e-STJ fl. 69):

Apelação - Roubo duplamente majorado - Acusados Rhuday, Leonardo, Vanderlei e Evandro - Ocultação de arma de fogo - Apelante Samuel - Subtração de bens de estabelecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comercial - Acusados reconhecidos pelas vítimas e detidos, instante após o crime, na posse da res furtiva - Satisfatório acervo probatório - Arma de fogo dispensada durante a fuga e encontrada pelo acusado Samuel que a escondeu em sua residência - Condenações mantidas - Recorrente Evandro reincidente específico - Apelante Samuel possuidor de mais antecedentes - Penas e regime reformados apenas em relação ao réu Samuel - Negado provimento aos apelos, provendo-se parcialmente o recurso interposto pela defesa de Samuel.

No presente *writ*, a Defensoria Pública sustentou que (e-STJ fls. 6/8):

Em sede de terceira fase de fixação da pena, em relação aos pacientes Rhuday e Leonardo, o decisum (fls. 524-verso) manteve a fração do aumento da pena, mantendo o método utilizado na aplicação da pena pela n. Magistrada sentenciante (fls. 367-verso). Isso resultou em um aumento de 2/5 ante as circunstâncias de aumento previstas no artigo 157, § 2º. incisos I e II, do Código Penal.

Restou evidente a ausência de fundamentação e que aplicou-se ao caso o mero aumento aritmético das circunstâncias agravantes, fato esse que vai de encontro ao princípio constitucional da individualização da pena [...]

Ficou clara, no caso em apreço, a violação ao princípio constitucional da individualização da pena. Demonstrou-se isso pelo simples fato de que deixou-se de lado o caso concreto para olhar-se apenas para a matemática. Não é isso que se espera do Direito Penal.

Diante de todo o acima exposto, requer a Defesa seja afastado o critério aritmético de dosagem da pena; em seguida, requer a readequação da reprimenda para que a terceira fase seja aumentada em apenas 1/3 (um terço) [...]

Diante do exposto, requer-se [...] em relação aos pacientes Rhuday e Leonardo, requer-se o afastamento do aumento da pena no patamar de 2/5 (dois quintos), advindo do critério matemático, para que sobrevenha o aumento mínimo, sendo ainda reformado o regime inicial de cumprimento da pena para que seja o diverso do fechado (grifei).

Em relação a estes acusados, a ordem de *habeas corpus* foi concedida com a aplicação da fração mínima de 1/3 (um terço) na terceira fase da dosimetria, sob o argumento de que a Corte local exasperou a reprimenda sem a indicação de circunstâncias ou elementos, ligados às majorantes, capazes de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demonstrar uma maior reprovação da conduta perpetrada por eles. Foram, então, readequadas as sanções definitivas para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, bem como foi estabelecido o regime inicialmente semiaberto de cumprimento da pena (e-STJ fls. 107/119).

Neste agravo regimental, o Ministério Público Federal alega que (e-STJ fls. 127/128, 131/137):

In casu, verifica-se que a exasperação da pena na terceira fase da dosimetria, no patamar de 2/5, foi aplicada em decorrência das majorantes previstas nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do Código Penal. Para tanto, utilizou-se o Tribunal a quo de fundamentos concretos, considerando que a ação delituosa foi praticada por quatro agentes, com emprego ostensivo de arma de fogo (e-STJ Fl.75), o que justifica a fixação no referido patamar.

Mesmo que se entenda pela ausência de fundamentação idônea para o patamar de 2/5, a pretensão de minorar a elevação em razão do concurso de causas de aumento da pena, sem considerar outros aspectos da conduta criminosa exaustivamente provados e fundamentados no corpo da sentença, afigura-se inadequada ao preceito constitucional da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, CRFB) [...]

Dessa forma, adotar – como regra – que o órgão julgador, em concurso de causas de aumento, deve aplicar apenas uma, utilizando o mínimo legal, é ignorar que o legislador estabeleceu as diversas situações passíveis de agravar a pena e que o fato de se incorrer em mais de uma delas viola a lei com maior gravidade. Assim, a própria constatação da realização fática das majorantes, após o trâmite da instrução criminal, na sentença condenatória, é fundamento idôneo e suficiente a induzir a exasperação da pena.

Nesse contexto, a máxima segundo a qual o aumento "tabelado" da pena em razão da quantidade de majorantes seja expressão de responsabilidade penal objetiva não deve subsistir. Há dados que circundam o delito aferíveis e consideráveis de forma objetiva que demonstram que o modo de agir dos agentes exacerbou a reprovabilidade da conduta ilícita praticada [...]

Dessa forma, desconstituir a conclusão do E. Tribunal a quo, além de configurar ofensa ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, demandaria inevitável revolvimento do contexto fático probatório, mister incompatível com a natureza heróica do feito.

Insistindo-se, entretanto, na ausência de fundamentação idônea ao recrudescimento da pena em percentual superior ao mínimo legalmente previsto, seria justo que a dosimetria da pena fosse novamente submetida à análise do Tribunal de origem, para que possa dar, ao resultado, fundamentação mais robusta, evitando-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desequilíbrio incompatível com a sistemática penal, vislumbrado no caso de se conceder a ordem exatamente nos termos requeridos, reduzindo-se a majoração de 2/5 para 1/3, sem considerar os elementos concretos [...]

No que diz respeito ao regime inicial, por sua vez, a disciplina legal de regência estabelece que, no momento de sua fixação para cumprimento da sanção, devem ser ponderados, além do quantum de pena aplicado na espécie, os contornos específicos do delito e da personalidade do agente conforme delineado no art. 59, do Código Penal.

Nesse contexto, o recrudesimento das condições de cumprimento da pena para além do que permite o critério objetivo relacionado à sua extensão deve, na esteira do que se exige em toda e qualquer decisão judicial tendente à restrição de direitos, ser motivado, demonstrando-se, de forma clara e precisa, a inadequação do regime mais brando (Súmulas 718 e 719, do STF) – exigência atendida pelo Tribunal a quo.

Com relação aos pacientes RHUDAY e LEONARDO, considerou-se a gravidade do caso concreto (comparsaria de 4 agentes e emprego de arma de fogo), restando, de tal modo, justificada a imposição do regime fechado pelo modus operandi empregado, contexto que viabiliza o início do cumprimento da pena no regime mais gravoso [...]

Da leitura dos autos, verifica-se que a fixação do regime mais gravoso foi realizada com fundamento em dados fáticos, indicativos da maior gravidade do crime, concretamente motivados com base no modus operandi de execução do roubo perpetrado.

O E. Tribunal a quo, ao manter o regime inicial fechado para o cumprimento da pena, ressaltou a gravidade do caso concreto, mais precisamente o emprego de arma de fogo (e-STJ Fl. 77), razão pela qual afigura-se o regime prisional fechado, o que melhor atende à situação que se analisa.

Ora, se uma arma imprópria é suficiente para majorar a pena do crime de roubo, compreensível é que quando na prática do crime há o emprego de arma de fogo, instrumento de alto poder vulnerante e intimidador, cujo uso reflete não somente uma maior periculosidade dos agentes, mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima, imponha o magistrado sentenciante o recrudesimento das condições de cumprimento da pena para além do que permite o critério objetivo relacionado à sua extensão [...]

Ademais, no caso concreto, a prática da conduta delituosa foi realizada por quatro agentes. A partir dessa premissa, verifica-se estar motivado concretamente, com base no modo de execução do roubo, a fixação do regime fechado para início de cumprimento da pena.

Dessa forma, ainda que fixada a pena base em patamar mínimo e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprimenda aplicada seja inferior a 8 anos, a imposição de regime inicial fechado sustenta-se corretamente na gravidade do delito, evidenciada, sobretudo, pelo modus operandi empregado na empreitada criminosa (emprego de arma de fogo e quatro agentes em comparsaria), contexto que viabiliza o início do cumprimento da pena no regime mais gravoso [...]

Dessa forma, a decisão regional encontra-se na esteira do que se exige em toda e qualquer decisão judicial tendente à restrição de direitos, posto que devidamente motivada, demonstra, de forma clara e precisa, a inadequação do regime mais brando (Súmulas 718 e 719, do STF).

Diante disso, pede a reconsideração da decisão ou, caso assim não se entenda, a remessa do presente recurso à Sexta Turma desta Casa para que seja reformada a decisão monocrática recorrida e não conhecido o *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no HABEAS CORPUS Nº 417.834 - SP (2017/0247193-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Como se vê do relatório, busca-se, neste agravo regimental, a reforma da decisão singular que concedeu a ordem de *habeas corpus* para aplicar a fração mínima de aumento na terceira fase da dosimetria da pena e reduzir a sanção definitiva aplicada aos pacientes, além de abrandar o regime prisional para o semiaberto.

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.

Na espécie, o Tribunal de Justiça, no que tange à dosimetria da pena, manteve a r.sentença, nestes termos (e-STJ fls. 75/76):

Destarte, mantém-se o decreto condenatório nos seus próprios termos.

Com fulcro no artigo 59, do Código Penal, as bases dos réus Rhuday, Leonardo e Vanderlei foram fixadas nos mínimos legais.

Na segunda fase, inexistem agravantes e atenuantes a serem consideradas.

Na terceira fase, entendeu a magistrada sentenciante majorar as reprimendas à razão de dois quintos, um pouco acima do mínimo, tendo em vista a utilização de arma de fogo e a participação de quatro agentes na empreitada criminosa.

A fração de aumento deve ser mantida, pelos argumentos expostos no parágrafo anterior, levando-se em consideração o princípio da individualização da pena, a fim de não se igualar situações distintas.

As penas dos réus Rhuday, Leonardo e Vanderlei permanecem inalteradas em 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e 14 dias-multa (grifei).

O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena. Diante disso, a doutrina e a jurisprudência pátrias anunciam que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabe ao magistrado sentenciante, nos termos do princípio do livre convencimento motivado, aplicar a fração adequada ao caso concreto, em obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Na esteira da orientação sedimentada no 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"*.

Reitero o entendimento de que o Tribunal de Justiça fixou a fração de 2/5 (dois quintos), superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal em exame, com base apenas no número de majorantes, o que não encontra guarida na jurisprudência desta Corte, segundo a qual o aumento da reprimenda acima da fração mínima deve estar ancorado em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e que indiquem a maior reprovabilidade da conduta, demonstrando como se deu o emprego da arma de fogo, a utilização de armas de grosso calibre, o elevado número de agentes, dentre outros.

Outrossim, observo não ser suficiente, para a incidência de fração superior à mínima de 1/3 (um terço), a mera constatação de que o delito fora praticado em concurso de quatro agentes e com a utilização de arma de fogo, uma vez que não houve detalhamento que demonstrasse a maior periculosidade ou necessidade real de exasperação da pena.

Nesse diapasão:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. SÚMULA N. 443 DO STJ. READEQUAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Na espécie, o aumento na terceira fase da dosimetria foi realizado com base na simples menção ao número de majorantes para o aumento da pena no crime de roubo circunstanciado, razão pela qual deve ser reconhecida a ilegalidade e ser realizado o ajuste da reprimenda pelo órgão ad quem.

2. Tal solução confere concretude ao princípio da razoável duração do processo, de modo a garantir a utilidade da jurisdição. Ademais, a sentença penal não pode ser rotulada de nula por inexistência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivação judicial (art. 93, IX, da CF). O que o ocorre é que o fundamento externado pelas instâncias ordinárias - indicação do número de majorantes - é considerado inidôneo para ensejar o aumento acima do percentual de 1/3 na terceira fase de aplicação da pena, por interpretação do art. 68 do CP.

3. *Agravo regimental não provido (AgInt no AREsp 946.219/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016, grifei).*

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...]. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA EM 3/8 EM RAZÃO DO NÚMERO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443/STJ. [...]. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. ***"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 443 da Súmula deste STJ.

[...]

4. *Agravo regimental não conhecido. Habeas Corpus concedido de ofício (AgRg no AREsp 950.303/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 08/11/2016, grifei).*

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. (I) ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E PORTE DE ARMA DE FOGO. [...] (II) DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA ETAPA DO CÁLCULO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DESTA CORTE.

[...]

4. *Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à 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.*

5. ***O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que "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 443/STJ).***

6. ***Na espécie, a Corte Estadual fixou a fração de 3/8 (três oitavos), superior, portanto, à mínima prevista para o tipo penal***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em exame, com base apenas no número de majorantes, o que não encontra guarida na jurisprudência desta Casa, segundo a qual o aumento da reprimenda acima da fração mínima deve estar ancorado em circunstâncias concretas atinentes às próprias causas de aumento e que indiquem a maior reprovabilidade da conduta, como o emprego de várias armas de fogo, armas de grosso calibre, elevado número de agentes, entre outras. Precedentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar a fração mínima de aumento, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, e assim, reduzir a pena definitiva aplicada ao paciente para 10 (dez) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa. Estende-se os efeitos desta decisão ao corrêu THIAGO CERQUEIRA DA SILVA. (HC 377.519/RJ, Minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 09/02/2017, grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DAS DUAS MAJORANTES. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 443. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE AS TRÊS CONDUTAS PERPETRADAS. EXASPERAÇÃO DE 1/5 CABÍVEL. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

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. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. O acórdão aplicou a fração de 3/8 (três oitavos) para majorar as penas tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. 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."

[...]

5. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, a fim de determinar que o Juízo de 1ª grau proceda à nova dosimetria das penas, reconhecendo a incidência do aumento de 1/3 pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidência das duas majorantes do crime de roubo e em 1/5 pela continuidade delitiva, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório (HC 356.275/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016, grifei).

Em relação ao regime prisional, o Juízo sentenciante estabeleceu o regime fechado para ambos os agravantes (e-STJ fl. 46):

Dada a extrema gravidade do crime, os sentenciados iniciarão o cumprimento da pena em regime fechado, em razão da natureza dos delitos e do quanto exposto quando da aplicação da pena.

O que foi ratificado pela Corte local (e-STJ fl. 77):

Em relação aos demais acusados, em vista das circunstâncias do caso concreto, notadamente o emprego de arma de fogo e, quanto ao réu Evandro reincidente específico, o regime inicial deve ser mantido o fechado.

Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, 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 Superior, 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, o que não ocorreu na espécie.

Como se depreende das transcrições dos trechos do acórdão proferido pela Corte local, o Tribunal de Justiça fixou o regime inicial fechado com alicerce apenas nas elementares do tipo penal e na gravidade em abstrato do delito de roubo circunstanciado, sem indicar elementos concretos dos autos que demonstrassem a real necessidade de imposição de regime prisional mais gravoso, o que vai de encontro ao teor dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do STF, bem como do enunciado da Súmula n. 440 do STJ, que assim dispõem:

Enunciado 718/STF: "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".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Enunciado 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Enunciado 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".

No mesmo sentido:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. GRAVIDADE ABSTRATA. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea, nos termos das Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. In casu, é evidente a ilegalidade, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal, a sanção é inferior a 8 anos, o paciente é primário e as instâncias de origem não apresentaram motivação idônea a justificar o regime fechado, dissertando apenas sobre o emprego de arma de fogo, além de mencionarem circunstâncias vagas e genéricas que não constituem elementos aptos a amparar a fixação do regime inicial mais gravoso.

[...].

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 351.840/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES). PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. LIMINAR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONFIRMADA.

[...]

2. Haja vista a ausência de fundamentação concreta para se manter os pacientes em regime inicial mais gravoso do que a sanção imposta permite, vê-se, na decisão impugnada, a presença de manifesto constrangimento ilegal.

3. Tendo em conta que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e o quantum da pena aplicada é inferior a 8 anos, possível a fixação de regime inicial intermediário.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar aos pacientes o regime inicial semiaberto, confirmando-se a liminar (HC 335.575/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2016, DJe 08/03/2016, grifei).

Ao contrário do que foi alegado pelo órgão ministerial, a fixação do regime mais gravoso não foi realizada com fundamento em dados fáticos, indicativos da maior gravidade do crime, concretamente motivados com base no *modus operandi* de execução do roubo perpetrado, razão pela qual incide o disposto nos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, e 440 desta Corte.

Assim, diante da fixação das penas-base no mínimo legal, em face da análise favorável das circunstâncias judiciais, bem como diante dos parâmetros acima aludidos e considerada a quantidade de pena aplicada para ambos os acusados – 5 anos e 4 meses de reclusão –, o regime semiaberto é o mais adequado como inicial para cumprimento da pena privativa de liberdade.

À vista de tais pressupostos, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0247193-0

AgInt no
HC 417.834 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00228827820148260320 20170000204721 228827820148260320 421314 42132014

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LAURA NAVES FILISBINO - SP301676
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RHUDAY ANACLETO SIMIAO
PACIENTE	: LEONARDO FAUSTINO DOS SANTOS
PACIENTE	: SAMUEL PEREIRA DA SILVA
CORRÉU	: VANDERLEI LOPES DA SILVA JUNIOR
CORRÉU	: EVANDRO PEREIRA DA SILVA

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO	: RHUDAY ANACLETO SIMIAO
AGRAVADO	: LEONARDO FAUSTINO DOS SANTOS
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO LAURA NAVES FILISBINO - DEFENSORA PÚBLICA - SP301676

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, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.