



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.105 - SP (2013/0005058-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO RAPOSO PEREIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCURSO FORMAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. 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.

3. A matéria relativa ao reconhecimento de crime único não foi objeto de análise pelo Tribunal *a quo*, ficando, assim, impedida sua admissão, sob pena de indevida supressão de instância.

4. 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.

5. O Tribunal local entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "personalidade desajustada", na gravidade genérica do delito cometido e na "intranquilidade gerada no meio social", sem, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

6. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da dosimetria, com a readequação da pena final, e fixar o regime semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, 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 (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de maio de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.105 - SP (2013/0005058-1)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : GUSTAVO RAPOSO PEREIRA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

GUSTAVO RAPOSO PEREIRA, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação n. 0029937-22.2011.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal.

Inconformados, a defesa do corréu e o Ministério Público interpuseram apelação, havendo a Corte de origem dado parcial provimento ao recurso ministerial, para majorar as penas do acusado e fixar o regime fechado para o início do cumprimento das reprimendas.

Nas razões deste *mandamus*, a impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento, primeiramente, de que a pena foi elevada acima da proporção de 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria, pelo simples fato de haver sido reconhecida mais de uma causa especial de aumento, uma vez que não houve demonstração concreta de maior gravidade da conduta. Defende, assim, desrespeito ao teor da Súmula n. 443 do STJ.

Ainda, em relação à dosimetria, argumenta que "embora os bens pertencessem a mais de uma pessoa, como o delito ocorreu mediante uma única conduta, dentro do mesmo contexto fático, necessário se faz concluir a existência de crime único, e não de concurso formal, haja vista ser inviável o reconhecimento da prática de dois delitos autônomos" (fl. 7).

Por fim, argumenta que o Tribunal *a quo* não fundamentou concretamente a fixação do regime inicial fechado ao paciente. Invoca, desse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modo, os Verbetes Sumulares n. 718 e 719 do STF e 440 desta Corte. Para tanto, lembra que o acusado é primário, ostenta bons antecedentes e que a pena foi fixada abaixo de 8 anos, de modo que é viável a fixação do regime menos gravoso que o fechado.

Requer a aplicação da pena no patamar mínimo e a fixação do regime semiaberto.

Deferida a liminar (fls. 45-49) e prestadas as informações (fls. 64-75), veio o parecer do Ministério Público Federal, às fls. 79-93, que opinou pela concessão parcial da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 263.105 - SP (2013/0005058-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCURSO FORMAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ILEGALIDADE. 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.

3. A matéria relativa ao reconhecimento de crime único não foi objeto de análise pelo Tribunal *a quo*, ficando, assim, impedida sua admissão, sob pena de indevida supressão de instância.

4. 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.

5. O Tribunal local entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "personalidade desajustada", na gravidade genérica do delito cometido e na "intranquilidade gerada no meio social", sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

6. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da dosimetria, com a readequação da pena final, e fixar o regime semiaberto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

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(a) 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.

I. Vício de motivação no agravamento pelas majorantes do roubo

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

O Juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou:

[...]

Na terceira fase, aumento a pena do crime de roubo em 1/3 em razão da majorante do concurso de pessoas culminando com a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias multa.

A Corte estadual, por sua vez, deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público, nesse ponto, sob os seguintes fundamentos:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Destarte, tendo em conta os mesmos critérios dosimétricos adotados pela emérta sentenciante na primeira e na segunda fase da apenação, na terceira etapa as reprimendas ficam acrescidas de 3/8 (três oitavos) por conta das majorantes relativas ao concurso de pessoas e ao emprego de arma. A seguir, diante do concurso formal, adiciona-se 1/4 (um quarto), restando definitivas as sanções em reclusiva de 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias, no regime fechado, e multa de 32 (trinta e duas) diárias, mantida no piso a unidade de cálculo (aflição financeira composta na forma do artigo 72 da lei penal substantiva). (fl. 30, destaquei).

Logo, assiste razão à impetrante, pois a Corte de origem tão somente **dividiu o tempo máximo de aumento da condenação pelas cinco circunstâncias especiais de aumento de pena**, a fim de aplicar a fração correspondente ao caso concreto.

Noto que o Tribunal *a quo* não apontou 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.

Este Superior Tribunal vem reiteradamente decidindo que, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente: "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." (HC 297.160/SP, 6ª T., **de minha relatoria**, DJe 3/11/2014).

Ressalte-se que a matéria encontra-se sumulada por esta Corte em seu enunciado n. 443, *verbis*: "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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. 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.

As penas permaneceram inalteradas na segunda fase, em virtude da incidência da Súmula n. 231 do STJ.

Afasto a aplicação da fração de $\frac{3}{8}$, para majorar a pena em $\frac{1}{3}$, nos termos da Súmula n. 443 do STJ, o que resulta em 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 12 dias-multa.

Por fim, acresço $\frac{1}{4}$, em decorrência da incidência do concurso formal, de modo que torno a pena definitiva em **6 anos e 8 meses reclusão, mais 15 dias-multa.**

III. Concurso formal

O Juiz sentenciante entendeu configurada a prática de crimes de roubo diversos, **em concurso formal**, pelos seguintes fundamentos:

[...]

Quanto à autoria, apesar de os réus estarem usando capacetes no momento do roubo, há no processo os autos de reconhecimento efetuados no auto de prisão em flagrante de fls. 74, 75, 76 e 77 e, também, o reconhecimento de Flávia e Marco em Juízo e também das testemunhas policiais, Vinícius, Márcio e Fabrício.

Ademais, os policiais confirmaram que quando os réus foram localizados estavam na motocicleta vindo em direção ao veículo subtraído que estava estacionado. Quando abordados, foi encontrada com eles a chave do veículo, tendo em seguida havido a confissão acerca do roubo.

As vítimas disseram que também puderam reconhecer os réus pelas roupas que usavam e, especificamente, a vítima Norton pela cor do capacete de um deles, prata e azul, a qual condiz com um dos capacetes apreendidos e periciados.

Em relação aos fatos ainda, é certo que no caso deve se reconhecer o concurso formal de crimes e não crime único.

Consoante os ensinamentos do mestre Júlio Fabbrini Mirabete, em Código Penal Interpretado, Editora Atlas, 2ª edição: "Há concurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

formal no roubo quando, com uma só conduta, embora composta de vários atos, são duas ou mais as vítimas da subtração".

Nesse sentido:

STF: "Ocorre concurso formal quando o agente rouba várias pessoas de uma só vez. Precedentes" (RT 664/369).

Anto a coesão do conjunto probatório, a condenação dos réus como incurso no artigo 157, § 2º, incisos e II c.c artigos 70, todos do Código Penal, é medida que se impõe. (fl. 21)

O Tribunal de origem, por sua vez, assim asseverou ao majorar a fração pelo concurso formal:

[...]

3.2. Pode ser rotulada de módica a elevação do escarmento na fração de 1/6 (um sexto) pelo concurso formal, na medida em **quatro** foram as vítimas (vide fls. 28/34). Todavia, o acréscimo não sucederá no patamar de 1/2 (metade), como requerido pelo d. representante ministerial nas razões recursais, mas no de 1/4 (um quarto), em observância a critério de cônica proporcionalidade [sendo duas as vítimas: 1/6 (um sexto); sendo três: 1/5 (um quinto); sendo quatro: 1/4 (um quarto)]. (fls. 28-29).

Dos trechos transcritos, observo que a matéria atinente à existência de crime único não foi objeto de análise pelo Tribunal *a quo*, ficando, assim, impedida sua admissão, sob pena de indevida **supressão de instância**. A Corte de origem, ao negar provimento ao apelo do corréu e dar parcial provimento ao recurso do Ministério Público, limitou-se a discorrer acerca da fração a ser aplicada pelo concurso formal, **não tratando da existência de crime único**. Observo, também, que não foi interposto recurso de apelação pelo ora paciente (somente o corréu e o MP recorreram). Logo, não foi inaugurada a competência desta Corte Superior, para a apreciação das matérias aventadas neste *habeas corpus*.

Ilustrativamente:

[...]

1. A alegada nulidade causada pela inépcia da denúncia **não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem, o que impede sua admissão no âmbito deste Superior Tribunal, sob pena de incidir em indevida supressão de instância**.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus* denegado.

(HC n. 306.474/RS, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 6/4/2015, destaquei.)

Ainda que assim não fosse, segundo o disposto na primeira parte do *caput* do art. 70 do Código Penal, "Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade".

No caso, constato que o paciente efetivamente agiu em concurso formal de crimes, porquanto, em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, **subtraiu bens pertencentes a vítimas diversas**, o que evidencia a duplicidade de resultados e, conseqüentemente, a pluralidade de delitos.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça: "É assente neste Tribunal Superior que, praticado o crime de roubo mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não há se falar em crime único, mas sim em concurso formal, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes." (HC n. 275.122/SP, Relatora Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/8/2014).

No mesmo norte, cito o seguinte precedente:

[...]

1. Praticado o crime de roubo em um mesmo contexto fático, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, tem-se configurado o concurso formal de crimes, e não a ocorrência de crime único, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes.

2. No caso, o paciente, mediante uma só ação, subtraiu bens pertencentes a vítimas diversas, o que evidencia a duplicidade de resultados e, conseqüentemente, a ocorrência de concurso formal de crimes.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC n. 255.972/MG, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/10/2014, destaquei.)

Apenas a título de complementação, registro que esse entendimento também é pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

1. É pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da caracterização do concurso formal (art. 70 do Código Penal), quando o delito de roubo acarreta lesão ao patrimônio de vítimas diversas. Precedentes específicos: HC 103.887, da relatoria do ministro Gilmar Mendes; HC 91.615, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; HC 68.728, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence.

(...)

4. Ordem denegada.

(HC n. 96.787/RS, Relator Ministro Ayres Britto, 2ª T., DJe 21/11/2011)

IV. Motivação insuficiente na escolha do regime inicial de pena

Quanto à almejada **modificação do regime inicial para o semiaberto**, 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, que 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 279.272/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC 265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC 213.290/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; HC 148.130/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O Tribunal estadual, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público, fixou o regime fechado, sob os seguintes fundamentos:

[...]

3.3. O regime fechado avulta como o único consonante 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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", [...]. (fl. 29, destaquei).

IV.1. Maior potencialidade da arma de fogo

Acerca da **maior potencialidade lesiva do crime de roubo praticado com arma de fogo**, reporto-me ao que expressei em inúmeros votos, a partir do assentado no HC 284.557/RJ, **em que remanesco vencido**, e no HC 278.175/SP, em que, com **ressalvas pessoais**, a 6ª Turma não conheceu do *writ*.

Nessas ocasiões destaquei, com farto auxílio de doutrina e jurisprudência – que dispensei de aqui reproduzir – ser possível extrair-se a conclusão de que condutas consideradas, tanto pelo Direito Penal, quanto pelo senso comum, como mais danosas à convivência humana, qual a de um **roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo – mormente em casos, como o presente, em que se agregam duas outras majorantes à conduta –** não de receber uma resposta penal **que não se iguale a outras de gravidade notoriamente menor**.

Enfatizei não se poder ignorar a **trágica realidade de nosso cotidiano**, em que uma vergonhosa quantidade de vidas se perde em decorrência do emprego de armas de fogo na execução de crimes, nomeadamente o de roubo. Com efeito, em conformidade com os dados oficiais de conhecimento público (*Mapa da Violência 2013*, disponível em www.juventude.gov.br), **a taxa de mortalidade por arma de fogo no país, de 21,72 óbitos em cada grupo de 100.000 habitantes, nos coloca na 2ª posição no ranking mundial de mortes por armas de fogo**.

Nossa realidade social – custa a acreditar – produz mais mortes que a maioria dos conflitos armados documentados pelo mundo em anos recentes. O Relatório sobre o Peso Mundial da Violência Armada, ao **elaborar um quadro de mortes diretas, em um total de 62 conflitos armados no mundo entre 2004 e 2007, constatou que os 12 maiores conflitos vitimaram 169.574 pessoas nos quatro anos computados. No Brasil, país teoricamente sem conflito armado, nos últimos quatro anos disponíveis – 2008 a 2011 – foi documentado o total de 206.005 vítimas de homicídios**.

Também destaquei, em referidos votos, que a arma de fogo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possui muito maior letalidade se comparada a outros tipos de armas, conclusão a que chegaram estudos tanto criminológicos quanto médicos citados.

Logo, tendo como certo que a imposição de sanção criminal pena decorre da necessidade de, legitimamente, tutelar a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo, forçoso concluir que **qualquer omissão do Estado em aplicar uma pena minimamente proporcional, dentro de limites previamente previstos, consubstancia inegável omissão estatal a caracterizar proteção deficiente de direitos fundamentais, objetivamente considerados.**

Assim, dado o **dever de proteção penal eficiente, que tem como destinatário não apenas o legislador, mas também o administrador e o Poder Judiciário**, não é de eliminar-se a hipótese de que, *"em casos excepcionais, o juiz, com fundamentação apropriada, possa estabelecer o regime fechado para condenado com pena inferior a oito anos"*, haja vista que *"o princípio que rege a individualização do regime também é o da necessidade e suficiência"* (PAGANELLA BOSCHI, J. A. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 279, n. 9).

Válido, portanto, concluir - na esteira de julgados desta Corte, que, no processo de individualização da pena, ***não deve ser tratado de modo idêntico o agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade.***

Quem, dessarte, se utiliza de uma **arma de fogo** para cometer um roubo **incrementa sobremodo o risco de morte para a vítima do assalto** e, portanto, esse comportamento tão potencialmente letal justifica quer um percentual maior de aumento da pena - em razão da majorante em apreço - quer a escolha do regime inicial fechado de cumprimento da pena, à vista de suas finalidades, **sempre, é claro, ressalvada a avaliação particular do caso.**

Desafortunadamente, a banalização desse mal – emprego de revólveres e pistolas no cotidiano da violência urbana e rural no Brasil – tem obviado a opção judicial pelo agravamento maior da pena ou pelo regime mais rigoroso, ao argumento de que se cuidaria de mera reprodução do tipo penal ou de fundamentação abstrata, desconsiderando a evidência de que uma arma de fogo em um roubo (e não apenas outra arma qualquer, como faca, um canivete, um pedaço de madeira etc) singulariza tal ilicitude penal como mais reprovável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV.2. Posicionamento dominante

Entretanto, curvo-me ao posicionamento adotado por esta Turma de julgamento, nos termos do voto vencedor proferido pelo Ministro Nefi Cordeiro, nos autos do HC 286.054/SP, de minha relatoria, publicado no dia 11/9/2014, bem como nos termos do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura nos autos do HC 280.727/SP, também de minha relatoria, publicado no dia 22/9/2014, para decidir que, nesta hipótese, houve flagrante ilegalidade na terceira fase da dosimetria.

Isso porque, nos termos do pensamento deste colegiado, dos trechos anteriormente transcritos, verifico que o Tribunal de Justiça local entendeu devida a fixação do regime fechado tão somente com base na gravidade abstrata do delito.

Ainda que o Tribunal tenha aludido ao fato de o crime haver sido perpetrado com emprego de arma de fogo, não tem sido tal justificativa – na compreensão majoritária da Sexta Turma – suficiente para exasperar a pena.

Ilustrativamente, o recente julgado desta Turma:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO MATEMÁTICO NA TERCEIRA FASE. FUNDAMENTO INVÁLIDO. SÚMULA 443/STJ. REDIMENSIONAMENTO DA PENA EM *HABEAS CORPUS*. EXCEPCIONALIDADE, NOS CASOS DE FALTA OU DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO OU ERRO DE TÉCNICA, SOB O ASPECTO DA LEGALIDADE.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg HC n. 296.568/SP, Rel. Ministro **Nefi Cordeiro**, 6ª T., DJe 21/10/2014, destaquei.)

No caso, portanto, o Tribunal local entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na **"personalidade desajustada"**, na **gravidade genérica** do delito cometido e na **"intranquilidade gerada no meio social"**, **sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso**, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Em verdade, **a simples gravidade abstrata do delito cometido não constitui, por si só, fundamentação idônea para a imposição de regime prisional mais gravoso** do que o permitido em razão da sanção aplicada.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas Súmulas n.º 440 do STJ, 718 e 719 do STF, respectivamente:

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.

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

[...] 6. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. [...] (HC n. 162.221/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 29/4/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, é forçoso concluir que, ante a ausência de fundamentação suficiente, deve o paciente cumprir a pena em regime inicial mais brando.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas, ao examinar seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a conceder, de ofício, a ordem postulada, a fim de reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva em **6 anos e 8 meses reclusão, mais 15 dias-multa**, e fixar o regime inicial semiaberto, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, quanto a esse ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0005058-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 263.105 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20120000472847 299372220118260050 50110299370 5192011

EM MESA

JULGADO: 26/05/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

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	: FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GUSTAVO RAPOSO PEREIRA
CORRÉU	: GIVANILDO DE JESUS SAMPAIO

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 habeas corpus, 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 (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.