



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.272 - SP (2014/0186758-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS PEREIRA
PACIENTE : JEAN ISAÍAS DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSIDERAÇÃO DE CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR AO NARRADO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A individualização da pena, princípio haurido diretamente da Constituição Federal, constitui uma das mais importantes balizas do Direito Sancionador e está prevista, também, no art. 59 do Código Penal, o qual fixa os critérios norteadores da quantidade e da qualidade da sanção estatal a ser aplicada em cada caso concreto.
2. Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar os maus antecedentes ou a personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.
3. A condenação por fato posterior ao crime apurado não pode servir para valorar a personalidade negativamente, pois tal circunstância judicial diz respeito ao histórico do acusado, vale dizer, aos fatos pretéritos à conduta narrada na denúncia.
4. O Juiz sentenciante tão somente fez menção à "personalidade distorcida" do paciente, baseando-se, ainda, em condenação por fato criminoso posterior ao dos autos.
5. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo

circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

6. Não obstante as instâncias ordinárias hajam particularizado o fato de o delito ter sido cometido com emprego de arma e em concurso de agentes, não foi apontado elemento dos autos (*modos operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

7. 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 lhe coarctar 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.

8. As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "gravidade intrínseca da conduta", bem como na "ousadia e periculosidade dos agentes", sem, no entanto, ter 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.

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

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base do paciente Anderson no mínimo legal, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva dos dois pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão mais 12 dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto ao paciente Jean Isaías.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 24 de março de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.272 - SP (2014/0186758-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS PEREIRA

PACIENTE : JEAN ISAÍAS DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

ANDERSON DOS SANTOS PEREIRA e JEAN ISAÍAS DA SILVA, pacientes neste *habeas corpus*, estariam sofrendo constrangimento ilegal relativamente ao direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que, à unanimidade, negou provimento à Apelação Criminal n. 0031425-17.2008.8.26.0050.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, às penas de 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, respectivamente, inicialmente no regime fechado (fl. 17).

Insurge-se a impetrante desfavoravelmente à exasperação da pena-base quanto à dosimetria de Anderson dos Santos Pereira, ao argumento de que, "na aplicação da pena devem-se analisar as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal existentes ao tempo dos fatos" (fl. 3), enquanto que a sentença condenatória deixou de considerar a primariedade do paciente, que somente "registra condenação por fato posterior ao tratado nos autos" (fl. 2).

Relativamente aos dois pacientes, sustenta ser indevida a aplicação de critério aritmético para elevar a reprimenda, por infringência ao princípio da individualização da pena e afronta ao entendimento sumulado por esta Corte no verbete n. 443.

Exclusivamente ao paciente Jean Isaías da Silva, assevera que, por ser primário, apresentar bons antecedentes e ter circunstâncias judiciais favoráveis e sanção inferior a 8 anos, o regime mais apropriado seria o semiaberto. Invoca, para tanto, a jurisprudência consolidada nos enunciados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, liminarmente e no mérito, a ordem: "1) para a redução da pena base de Anderson; 2) para a redução da majoração da reprimenda para incidência de mais de uma causa de aumento para 1/3 para ambos os pacientes e; 3) para concessão de regime semiaberto ao paciente Jean" (fl. 9).

A liminar foi indeferida às fls. 34-35.

Dispensadas as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, às fls. 45-53, que se manifestou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 300.272 - SP (2014/0186758-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSIDERAÇÃO DE CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR AO NARRADO NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A individualização da pena, princípio haurido diretamente da Constituição Federal, constitui uma das mais importantes balizas do Direito Sancionador e está prevista, também, no art. 59 do Código Penal, o qual fixa os critérios norteadores da quantidade e da qualidade da sanção estatal a ser aplicada em cada caso concreto.

2. Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar os maus antecedentes ou a personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.

3. A condenação por fato posterior ao crime apurado não pode servir para valorar a personalidade negativamente, pois tal circunstância judicial diz respeito ao histórico do acusado, vale dizer, aos fatos pretéritos à conduta narrada na denúncia.

4. O Juiz sentenciante tão somente fez menção à "personalidade distorcida" do paciente, baseando-se, ainda, em condenação por fato criminoso posterior ao dos autos.

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. Súmula n. 443 do STJ.

6. Não obstante as instâncias ordinárias hajam particularizado o fato de o delito ter sido cometido com emprego de arma e em concurso de agentes, não foi apontado elemento dos autos (*modos operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

7. 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 lhe coarctar 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.

8. As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "gravidade intrínseca da conduta", bem como na "ousadia e periculosidade dos agentes", sem, no entanto, ter 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.

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

10. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base do paciente Anderson no mínimo legal, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva dos dois pacientes em 5 anos e 4 meses de reclusão mais 12 dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto ao paciente Jean Isaías.

VOTO

O EXMO. SR. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontado como coator, em prejuízo da liberdade da 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. DOSIMETRIA DA PENA DE ANDERSON

O Juiz de primeiro grau assim se manifestou, ao dosar a pena do paciente Anderson, na **primeira fase**:

Relativamente ao corréu Anderson, faz-se mister considerar que o mesmo ostenta uma condenação definitiva anterior, por crime de latrocínio - a qual, é suscetível de valoração a título de mau antecedente (**eis que pertinente a fato criminoso posterior ao contido na vestibular acusatória) e demonstra possuir o agente personalidade distorcida** -, razão pela qual a pena-base deve ser fixada em 1/2 (metade) além do piso legal, isto é, seis anos de reclusão e pagamento de quinze diárias. (fl. 16, destaquei.)

O Tribunal de Justiça, por sua vez, consignou que:

No que refere à dosagem, vê-se que sopesadas as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a pena base de Jean ficou no mínimo - 4 anos de reclusão e multa, **enquanto que para Anderson, reputando-se ele como portador de personalidade distorcida, a evidenciar maus antecedentes, a pena base foi fixada, motivadamente, em 1/2 (metade), a somar 6 anos de reclusão e multa.** (fl. 24, destaquei.)

A individualização da pena, princípio haurido diretamente da Constituição Federal, constitui uma das mais importantes balizas do Direito Sancionador e está prevista, também, no art. 59 do Código Penal, o qual fixa os critérios norteadores da quantidade e da qualidade da sanção estatal a ser aplicada em cada caso concreto.

Para a doutrina, "a pena encontrada pelo julgador deve ser proporcional ao mal produzido pelo condenado, sendo, pois, na definição do Código Penal (art. 59, parte final), aquela *necessária e suficiente* para a reprovação e prevenção do crime" (GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 158).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto, cumprindo-lhe, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no *caput* do art. 59 do Código Penal, as quais não deve se furtar de analisar individualmente. São elas: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima.

Na hipótese em exame, **a pena-base do crime de roubo foi fixada em 6 anos de reclusão**, em razão de o acusado ostentar uma condenação definitiva anterior, por crime de latrocínio, a qual foi considerada para fins de maus antecedentes, **"eis que pertinente a fato criminoso posterior ao contido na vestibular acusatória"**, além haver demonstrado possuir **"personalidade distorcida"**.

Sobre o tema, é pacífico nesta Corte o entendimento de que inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar os maus antecedentes ou a personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade.

Essa é, inclusive, a exegese da Súmula n. 444 do STJ, *in verbis*: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Entretanto, o juiz sentenciante tão somente fez menção à "personalidade distorcida" do paciente, baseando-se, ainda, em condenação por fato criminoso posterior ao dos autos. No entanto, cumpre lembrar que **cabe ao magistrado explicitar o seu convencimento quanto à escolha dos fundamentos expostos nas respectivas fases da dosimetria**, o que, a meu ver, não foi feito no caso dos autos.

Entendo, igualmente, que a fundamentação apresentada também não se presta à exasperação da pena-base acima do mínimo, pois a condenação indicada ocorreu por **fato posterior ao crime de roubo**. Assim, como a circunstância em comento diz respeito ao histórico do acusado, vale dizer ao fatos pretéritos à conduta narrada na denúncia, o fundamento deduzido não pode ser considerado para caracterizar maus antecedentes.

Nesse sentido: "É impossível a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, seja para valorar negativamente os maus antecedentes, a personalidade ou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conduta social do agente. Precedentes." (HC 185.614/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª T., DJe de 16/10/2013)

Caracterizada, pois, a coação ilegal, afasto a exasperação da pena-base, de modo que seja fixada em seu mínimo legal .

II. MAJORANTES DO ROUBO

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

A denúncia narra o seguinte:

I. Dos fatos:

Segundo apurado nos autos anexos de inquérito policial, em 13 de dezembro de 2007.. quinta-feira, por volta das 20h45, em frente ao Parque Anhangum, na Avenida Forhinata Tardielo Natucci, no Perus, nesta cidade, Anderson dos Santos Pereira, Jean Isaías da Silva e duas pessoas por ora identificadas, apenas conhecidas pelos apelidos de "Téo" e "Cabelo", agindo em concurso e mediante grave ameaça a Reginaldo Santana dos Santos, exercida **com o emprego de armas de fogo**, subtraíram, para proveito comum ou alheio, a motocicleta Yamaha YBR 125K, 2003/2003, de cor prata o placas ÜHL-3526, pertencente à vítima. (Destaquei.)

O Juiz sentenciante, utilizando o critério quantitativo, asseverou, em relação aos dois acusados, que:

Na derradeira etapa do sistema trifásico, imperiosa a majoração das sanções em 3/8 (três oitavos), devido à presença das causas de aumento do concurso de agentes e emprego de arma, pelo que restam definidas, quanto a Jean, em cinco anos e seis meses de reclusão e pagamento de quinze dias-multa, no valor unitário mínimo, atualizado, e, relativamente a Anderson, em seis anos, dez meses e quinze dias de reclusão, mais pagamento de dezesseis diárias, no piso legal, corrigido. (fl. 16, destaquei.)

A Corte estadual, por sua vez, manteve o percentual, sob os seguintes fundamentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, as causas de aumento reconhecidas ensejaram a majoração na fração de 3/8 (três oitavos), restando definitivas as penas de Jean em 5 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 15 dias-multa, e as de Anderson, em 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, mais 16 dias-multa. Tudo em consonância com a legislação e não se vendo exacerbação ilegal ou sem fundamento.

Até porque, evidente que aquele que comete roubo na companhia de outro e mediante o emprego de arma tem mais chances de êxito em relação àquele que efetua o crime sozinho ou sem o emprego de qualquer artefato, porquanto a intimidação ao ofendido é bem maior, assim também a gravidade do crime e a culpabilidade dos agentes, razão pela qual a conduta se reveste de maior reprovabilidade.

E aquele que comete a infração penal com duas majorantes deve ter o *quantum* da pena aumentado de forma proporcional, em consonância, também, com os princípios da igualdade e da individualização das penas. (fls. 24-25).

II.1. MAIOR POTENCIALIDADE LESIVA 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 remanesci 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 dispenso 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 –** hão 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 sublinhei, em referidos votos, que a arma de fogo 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 uma outra arma qualquer, como faca, um canivete, um pedaço de madeira etc) singulariza tal ilicitude penal como mais reprovável.

II.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 as instâncias de origem entenderam devida a exasperação da reprimenda em 3/8, na terceira fase da dosimetria, **tão somente com base na existência de duas majorantes do crime de roubo.**

Ainda que o Tribunal tenha aludido ao fato de o crime haver sido perpetrado com emprego de arma (de fogo, conforme a denúncia), 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 fundamentação.

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

Outrossim, não obstante a Corte de origem haja particularizado o fato de o delito ter sido cometido em concurso de agentes, **também não foi apontado elemento dos autos (*modos operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena**, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.

III. PENAS DEFINITIVAS

Em relação ao paciente **Anderson**, dado o reconhecimento de ilegalidade na primeira fase, fixo a pena-base em 4 anos de reclusão mais 10 dias-multa.

Na segunda fase, mantenho a inalterada a reprimenda, dada a incidência da Súmula n. 231 do STJ.

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** mais 12 dias-multa, em relação ao paciente **Anderson**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao paciente **Jean Isaías**, a pena-base foi fixada em 4 anos e 4 meses de reclusão mais 10 dias-multa.

Na segunda fase, também foi reconhecida a atenuante da menoridade, igualmente aplicada a Súmula 231 do STJ.

De igual modo, 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** mais 12 dias-multa, em relação ao paciente **Jean Isaías**.

IV. REGIME INICIAL DO PACIENTE JEAN ISAÍAS

Quanto à almejada modificação do regime inicial do paciente Jean Isaías 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, 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. 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).

O Juiz de primeiro grau assim fundamentou a imposição do regime inicialmente **fechado**:

Por derradeiro, no que concerne ao regime prisional impositivo à espécie, mister fixar-se a modalidade inicial fechada, tendo em vista a gravidade concreta da hipótese vertente, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. (fl. 17)

A Corte estadual manteve o regime fechado, nos seguintes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sem embargo do quantum, a fixação do regime mais gravoso para início de cumprimento se afigura acertada, em atenção aos princípios da necessidade e da suficiência, à luz dos artigos 59 e 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, observadas as circunstâncias do crime, além da gravidade intrínseca da conduta, revelando ousadia e periculosidade dos agentes. (fl. 25)

O STJ entende que "faz *jus* o paciente ao regime semiaberto, na medida em que se trata de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo a pena definitiva de reclusão superior a 04 e inferior a 08 anos de reclusão" (HC n. 216.266/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, 6ª T., DJe 30/10/2012).

Dos trechos anteriormente transcritos, **verifico estar presente o alegado constrangimento ilegal**, pois, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal e o *quantum* de pena tenha se definido em 5 anos e 6 meses de reclusão, e seja o paciente primário, o regime inicial fixado foi o fechado.

No caso, **as instâncias ordinárias** entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "gravidade intrínseca da conduta", bem como na "ousadia e periculosidade dos agentes", **sem, no entanto, ter 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 do STF 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 162.221/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ªT., DJe 29/4/2013)

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

VII.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a conceder, de ofício, a ordem postulada, para fixar a pena-base do paciente Anderson no mínimo legal, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva dos dois pacientes em **5 anos e 4 meses** de reclusão mais 12 dias-multa e fixar o regime inicial semiaberto ao paciente Jean Isaías.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0186758-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 300.272 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00314251720088260050 050080314252 0500803142520000 1382008 20140000316152
314251720088260050 50080314252 500803142520000

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDERSON DOS SANTOS PEREIRA
PACIENTE	: JEAN ISAÍAS DA SILVA

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 Maranho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.