



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.320 - SP (2011/0242594-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO LINO NETO

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. *WRIT*. SUBSTITUTIVO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STJ. CRITÉRIO MATEMÁTICO. REGIME INICIAL FECHADO. 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. O Juízo singular – no que foi corroborado pelo Tribunal *a quo*, aplicou o critério quantitativo e 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.

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

4. As instâncias ordinárias, ao optarem pelo regime mais gravoso, não apontaram elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicial fechado. Ressalva do relator.

5. A 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

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial 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 votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.320 - SP (2011/0242594-6)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

**IMPETRANTE : FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA
E OUTRO**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO
PAULO**

PACIENTE : FRANCISCO LINO NETO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

FRANCISCO LINO NETO, paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação n. 0042405-91.2006.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, mais multa. Irresignada, a defesa apelou, ocasião em que a Corte local negou provimento ao recurso.

A defesa sustenta a ilegalidade do aumento da pena na terceira fase, em afronta à Súmula n. 443 do STJ, e da fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade em desrespeito à Súmula n. 440 do STJ.

Requer a concessão da ordem, para que seja redimensionada a reprimenda, bem como fixado o regime semiaberto.

Indeferida a medida liminar (fls. 45-46) e prestadas as informações (fls. 58-87), veio parecer do Ministério Público Federal (fls. 90-93), que opinou pela denegação da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 221.320 - SP (2011/0242594-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. *WRIT*. SUBSTITUTIVO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STJ. CRITÉRIO MATEMÁTICO. REGIME INICIAL FECHADO. 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. O Juízo singular – no que foi corroborado pelo Tribunal *a quo*, aplicou o critério quantitativo e 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.

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

4. As instâncias ordinárias, ao optarem pelo regime mais gravoso, não apontaram elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicial fechado. Ressalva do relator.

5. A 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.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa apelou, ocasião em que a Corte local negou provimento ao recurso e manteve incólume a sentença condenatória.

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

O Juízo monocrático, ao fixar a pena do paciente, assim consignou (fls. 20-21):

Assim, para Francisco aplico-lhe as penas mínimas de quatro (4) anos de reclusão e dez dias multa no valor unitário mínimo, que acrescida de três oitavos (3/8), porque duas qualificadoras, resgatará cinco (5) anos e seis (6) meses de reclusão e treze (13) dias multa, no valor unitário mínimo.

O Tribunal local afastou a apontada ilegalidade na terceira fase



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da dosimetria, pelos seguintes fundamentos (fls. 37-38):

Por fim, também não assiste razão aos doutos defensores quanto à quantidade de majoração de pena por força da ocorrência de duas causas de aumento, uma vez que a sentença procedeu à exasperação de 3/8 em conformidade com pacificado entendimento jurisprudencial:

"Com o advento da Lei nº 9.426, de 24/12/96, que introduziu duas novas causas de aumento de pena no artigo 157, do CP, entende-se que com o ingresso dos incisos IV e V no aludido dispositivo (CP, artigo 157), as frações de aumento de pena devem ser remodeladas, tendo em vista que o aumento de 1/3 até metade deverá ser dividido por cinco. Assim, observando-se o mesmo critério progressivo adotado anteriormente, presente uma qualificadora, o aumento deve ser de 1/3; em se tratando de duas qualificadoras, a elevação será de 3/8; concorrendo três qualificadoras, o acréscimo será de 5/12; com quatro qualificadoras, o aumento será de 11/24; e na hipótese de concorrência de 5 qualificadoras, o acréscimo deve suceder no seu patamar máximo (1/2). Embora não se deva trabalhar com tais números como se fosse uma tabela fixa, é deste critério de gradação axiológica que se deve partir. Um roubo cometido com 1 qualificadora não é igual a um assalto perpetrado com 2 qualificadoras, ou mais. As hipóteses revelam agentes com temibilidade e potencialidade criminógenas diferentes." (TACrimSP - Rec. nº 1.115.667/3 - São Paulo - Rel. Juiz Xavier de Aquino - J. 19.10.98 - DJU 17.11.98).

Logo, assiste razão ao impetrante, pois o Juízo singular – no que foi corroborado pelo Tribunal *a quo* – aplicou o critério quantitativo e 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, *in 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."

III. Nova dosimetria da pena

Caracterizada a coação ilegal, passo à readequação das penas.

A pena-base do paciente foi fixada no mínimo legal, em **4 anos de reclusão e 10 dias-multa**.

Na segunda fase, não há agravantes e atenuantes, de forma que a reprimenda deve permanecer sem alteração.

Na terceira etapa, diante do reconhecimento de duas causas especiais de aumento de pena, exaspero a reprimenda no mínimo legal, de 1/3, de modo que deve ficar, definitivamente, estabelecida em **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa**.

IV. Regime inicial

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, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

148.130/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

Acerca da **maior potencialidade lesiva do crime de roubo praticado com arma de fogo**, vem-me à memória o que expressei no voto do HC n. 284.557/RJ, **em que remanesci vencido**, e no HC n. 278.175/SP, em que, com **ressalvas pessoais**, a Sexta Turma não conheceu do *writ*.

Nessas ocasiões, destaquei 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**, hão de receber uma resposta penal **que não se iguale a outras de gravidade notoriamente menor**.

Também sublinhei o fracasso brasileiro na **evitação e na persecução de crimes violentos, cometidos com o auxílio de arma de fogo**, motivo pelo qual os critérios de prevenção geral e especial servem como **critérios constitucionalmente legítimos de política criminal – implementados por meio dos critérios da dogmática penal** –, pois em conformidade com o dever de proteger não só os indivíduos, mas a própria comunhão social.

Porém, não tem sido esse o entendimento da Sexta Turma desta Corte em casos anteriormente julgados.

Entende-se que a ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado pelo emprego de arma de fogo (arma de grosso calibre, ocorrência de disparo, pluralidade de armas etc.) nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF. **Em respeito à maioria, portanto, reconheço o constrangimento ilegal objeto da impetração.**

Faço lembrar que 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).

Na espécie, o Juízo monocrático, sem tecer maiores considerações, fixou o regime inicial fechado para início do cumprimento da reprimenda imposta (fl. 21).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, por sua vez, assim justificou a manutenção do regime inicial mais gravoso imposto na sentença (fls. 38-39):

[...]

Já quanto ao regime prisional, ainda que apelante Francisco fosse primário, incontestável a necessidade, como adequada resposta jurisdicional, a fixação do regime inicial fechado para o desconto da privativa de liberdade, porque o crime de roubo, no caso, duplamente qualificado (emprego de arma de fogo e concurso de agentes) não se sujeita a regime prisional mais brando; pois, como público e notório, se trata de delito de intensa gravidade trazendo à população ordeira, outrossim, desassossego, temor e insegurança, a ponto de provocar evidente clamor público pela periculosidade e ousadia externadas, quando da prática do ilícito, que campeia solta, no momento atual, fazendo com que pessoas de bem fiquem enclausuradas, enquanto perigosos criminosos desfrutam da mais ampla e irrestrita liberdade de locomoção, a qualquer hora do dia ou da noite, exigindo, por isso, resposta penal dura, severa e proporcional, sob pena de ver-se rompida a ordem pública, pelo que, repita-se, a fixação daquele regime (fechado) é o único cabível, na esteira do entendimento jurisprudencial erigido à espécie, a saber:

[...]

Verifico, portanto, **estar presente o apontado constrangimento ilegal**, pois as instâncias ordinárias, ao optarem pelo regime mais gravoso, não apontaram elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso. A Corte de origem apenas indicou a gravidade abstrata do delito de roubo, dizendo que o crime é "de intensa gravidade" e que traz à população "desassossego, temor e insegurança". Por fim, consignou a suposição de que, exige "resposta penal dura, severa e proporcional", o que tampouco serve para motivar o regime fechado.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas Súmulas n. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

[...]

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.

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.

(HC n. 263.105/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/6/2015, destaquei).

Dessa forma, ante a ausência de fundamentação idônea, o paciente, primário, sem registro de circunstância judicial desfavorável e condenado a 5 anos e 4 meses de reclusão, deve cumprir a pena em regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

V. Dispositivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista de todo o exposto, **não conheço do habeas corpus**, por entender inadequado o uso do *writ* substitutivo do meio impugnativo próprio. No entanto, dada a evidência da coação ilegal apontada, no tocante à dosimetria da pena, **concedo a ordem, de ofício, para reduzir ao mínimo legal (1/3) o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria**, resultando a pena definitiva do paciente em **5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0242594-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 221.320 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 165502006 424059120068260050 50060424052 99008150053

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FERNANDA COSTA HUESO - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FRANCISCO LINO NETO
CORRÉU	: GILVAN PEREIRA DE ALMEIDA
CORRÉU	: JOSÉ RONALDO FRANCELINO DA SILVA
CORRÉU	: ELMER VILLARREAL TAPIA
CORRÉU	: ALOYSIO SANTOS DA FONSECA

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 votaram com o Sr. Ministro Relator.