



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.019 - SP (2016/0075462-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON FERREIRA MONTE

EMENTA

HABEAS CORPUS. *WRIT* SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. 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. O Magistrado de primeiro grau – no que foi corroborado pelo Tribunal *a quo* –, além de não particularizar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal a que estaria atribuindo valoração negativa, não declinou motivação concreta apta a alicerçar o recrudesimento da sanção acima do mínimo legal.

3. 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.

4. Não obstante haja sido particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e com a participação de dois agentes, as instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator em relação à arma de fogo.

5. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

6. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

7. 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.

8. 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 pelo delito de roubo, além de 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, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 19 de maio de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.019 - SP (2016/0075462-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDERSON FERREIRA MONTE

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ANDERSON FERREIRA MONTE estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n. 0021214-43.2013.8.26.0050.

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

Irresignada, a defesa apelou, havendo a Corte de origem provido parcialmente o recurso, a fim de reduzir a reprimenda para 5 anos e 6 meses de reclusão mais 13 dias multa, dado o reconhecimento da atenuante da menoridade.

Nesta Corte Superior, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) a pena-base foi exasperada sem fundamentos adequados; b) o aumento da pena, na terceira fase, em razão das majorantes, não foi motivado de forma concreta e c) o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o semiaberto porque o paciente é primário e foi condenado a pena inferior a 8 anos.

Requer, liminarmente e no mérito, o redimensionamento da reprimenda e a fixação de regime mais brando.

Indeferida a liminar (fls. 58-59) e dispensadas as informações, veio o parecer do Ministério Público Federal (fls. 82-88), que opinou pela manutenção da decisão impugnada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 352.019 - SP (2016/0075462-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. AUMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. 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. O Magistrado de primeiro grau – no que foi corroborado pelo Tribunal *a quo* –, além de não particularizar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal a que estaria atribuindo valoração negativa, não declinou motivação concreta apta a alicerçar o recrudescimento da sanção acima do mínimo legal.

3. 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.

4. Não obstante haja sido particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e com a participação de dois agentes, as instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator em relação à arma de fogo.

5. 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.

6. O Tribunal local não apontou nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. 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.

8. 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 pelo delito de roubo, além de fixar o regime semiaberto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

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, **constato** a ocorrência de flagrante ilegalidade, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Contextualização

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

Irresignada, a defesa apelou, havendo a Corte de origem provido parcialmente o recurso, a fim de reduzir a reprimenda para 5 anos e 6 meses de reclusão mais 13 dias multa, dado o reconhecimento da atenuante da menoridade.

III. Pena-base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que tange à pretendida redução da pena-base imposta ao paciente, cumpre salientar que a fixação da pena é regulada por princípios e regras constitucionais e legais previstos, respectivamente, no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, e nos arts. 59 do Código Penal e 387 do Código de Processo Penal.

Todos esses dispositivos remetem o aplicador do direito à individualização da medida concreta para que, então, seja eleito o *quantum* de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito perpetrado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa 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; comportamento da vítima.

No caso, o Juízo de primeiro grau elevou a pena-base do réu em 8 meses de reclusão, sob a seguinte argumentação:

Demonstrada a procedência da imputação contra o acusado, não existindo justificativas para os seus atos, passo a dosimetria das penas a serem aplicadas. Com base no artigo 68 do Código Penal, observando os elementos norteadores previstos nos artigos 59 e 60, ambos do Código Penal, **considerando a desenvoltura demonstrada pelo réu ao atacar a vítima em plena via pública, a sua periculosidade na prática de ilícitos, uma vez que já foi acusado de porte de arma de fogo, ausência de demonstração de atividade laboral lícita e o total desinteresse por vir em Juízo para responder pelo processo**, ou seja, culpabilidade invulgar, fixo as penas básicas 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos 8 (oito) meses de reclusão 11 (onze) dias multa (fl. 37, destaquei).

A Corte de origem, por sua vez, afirmou que "[as] iniciais partiram com acréscimo de 1/6, 4 anos, 8 meses de reclusão e 11 dias-multa, com idônea motivação (fls. 74), o que ora se encampa (fl. 53)".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação ao aumento da pena-base, noto que incorreu em ilegalidade o Magistrado de primeiro grau – no que foi corroborado pelo Tribunal *a quo* –, pois, além de não particularizar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal a que estaria atribuindo valoração negativa, **não declinou motivação concreta apta a alicerçar o recrudesimento da sanção acima do mínimo legal**. Isso porque, muito embora tenha mencionado que o paciente já foi acusado de porte de arma de fogo, **não fez menção à folha de antecedentes criminais do agente**, de modo que não indica qualquer condenação com trânsito em julgado capaz de justificar a exasperação da pena-base. Aludiu, ainda, sobre a "desenvoltura demonstrada pelo réu ao atacar a vítima em plena via pública", mas **não relatou de que modo tal circunstância implicaria maior reprovabilidade da conduta**. Por sua vez, a "ausência de demonstração de atividade laboral lícita e o total desinteresse por vir em Juízo para responder pelo processo", a meu ver, tampouco servem como fundamentação idônea para elevar a reprimenda na primeira fase da dosimetria, **pois são dados vagos que, por si só, não definem a maior periculosidade do agente**.

Cumpre lembrar que **cabe ao magistrado explicitar o seu convencimento quanto à escolha de fundamentos expostos nas respectivas fases da dosimetria**, o que, a meu ver, não foi feito, a contento, na espécie.

Logo, reputo que as instâncias de origem violaram o teor do art. 59 do Código Penal, pois **não declinaram motivação concreta apta a alicerçar o recrudesimento da sanção acima do mínimo legal, em relação a nenhuma circunstância**.

Nesse sentido:

[...]

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. **O juiz sentenciante não fez sequer menção à folha de antecedentes criminais do agente, e muito menos indica condenação com trânsito em julgado capaz de justificar a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperação da pena-base (em 1/4) em virtude da personalidade "voltada à delinquência".

[...]

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base para 20 anos de reclusão.

(HC n. 275.663/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/3/2015)

[...]

3. A revisão da dosimetria da pena no habeas corpus somente é permitida quando houver falta de fundamentação concreta ou quando a sanção aplicada for notoriamente desproporcional e irrazoável diante do crime cometido.

4. Deve ser reconhecido o constrangimento ilegal na primeira etapa da dosimetria, pois o Juiz sentenciante - no que foi corroborado pela Corte de origem - não declinou fundamentação concreta para evidenciar o desfavorecimento de nenhuma das circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal em relação aos dois primeiros pacientes.

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

6. No caso vertente, o regime inicial fechado para a terceira paciente foi fundamentado diante de circunstâncias concretas do crime, pois o Tribunal local destacou que o delito foi perpetrado em concurso de quatro agentes.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a violação do art. 59 do CP e redimensionar a pena dos dois primeiros pacientes para 6 anos de reclusão mais 18 dias-multa.

(HC n. 214.476/RJ, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 2/3/2016, destaquei)

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

Para exasperar a pena do réu, na terceira fase da dosimetria, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juiz de primeiro grau lançou a seguinte fundamentação:

Considerando-se a existência de duas causas de aumento de pena, de um total de cinco, relacionada com o concurso de agentes e **emprego de arma de fogo**, o que leva a uma reprovação social maior, além de impor uma sanção especialmente majorada, em face do maior perigo da conduta para a sociedade, aumento as penas básicas em 3/8, as quais passam a ser de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão e 15 (quinze) dias multa, as quais torno definitivas (fl. 37).

A Corte de origem, por sua vez, assim se manifestou:

Na derradeira, foram exasperadas, corretamente, em 3/8, pela dupla majorante.

O Superior Tribunal de Justiça, depois de reiteradas decisões firmou seu posicionamento na Súmula nº 443, no seguinte sentido: "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 " (fl. 54).

Com efeito, dos excertos anteriormente transcritos, verifica-se que **as instâncias de origem não justificaram** o aumento da pena no patamar de 3/8, **diante da incidência, na espécie, de duas majorantes**.

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

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

Entretanto, por respeito ao colegiado, curvo-me ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

posicionamento adotado pela Sexta Turma, para decidir que, na hipótese dos autos, houve flagrante ilegalidade. Isso porque as instâncias antecedentes entenderam devida a exasperação da reprimenda em 3/8, **ante a caracterização de duas majorantes, fundamento que** – não obstante, na minha opinião, evidencie maior temibilidade da conduta –, **nos termos do pensamento majoritário da Sexta Turma não justifica, de maneira idônea, o aumento de pena acima do patamar mínimo,** sendo necessária a indicação de outras circunstâncias concretas que digam respeito às próprias majorantes e que evidenciem a maior desaprovação da conduta **(número de agentes superior ao necessário para configurar o concurso, restrição da liberdade da vítima por longo período, emprego de arma de grosso calibre, ocorrência de disparo etc.),** para justificar o percentual de aumento eleito.

Ilustrativamente, colaciono os seguintes julgados:

[...]

II - Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência destas, como o foi na espécie, mas sim com base em dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso. (Precedentes).

III - "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Enunciado nº 443 da súmula do STJ).

[...]

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

[...]

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, são prescindíveis a apreensão e a perícia na arma de fogo para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há relato da vítima sobre o emprego do artefato.

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. Súmula n. 443 do STJ. **Não foi apontado elemento concreto e relacionado às majorantes (número de agentes superior ao**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário para caracterizar o concurso, restrição da liberdade da vítima por longo período etc.) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva de entendimento do relator.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a ilegalidade na terceira etapa da dosimetria e redimensionar a pena final do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa.

(HC n. 238.052/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 27/10/2015, destaquei).

Logo, devo reconhecer como procedente a postulação defensiva no particular, pois as instâncias de origem 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.

V. Readequação da pena

Reconhecidas as ilegalidades perpetradas na primeira e na terceira fase da dosimetria, passo à readequação da pena.

A reprimenda base deve ser mantida no mínimo legal, 4 anos de reclusão mais 10 dias-multa, dada a ausência de motivação concreta para a valoração negativa das circunstâncias judiciais.

Na segunda etapa, em que pese o reconhecimento da atenuante da menoridade, a sanção permanece naquele patamar, em virtude do teor da Súmula n. 231 do STJ.

Na terceira fase, afastada a incidência da fração de 3/8, deve a pena ser elevada no patamar de 1/3, o que torna a pena, definitivamente, estabelecida em **5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa**.

VI. Regime

O Magistrado de primeiro grau assim motivou a escolha do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime mais gravoso:

O acusado demonstrou ousadia e desenvoltura na prática do crime, além de indícios veementes de periculosidade e de desinteresse pelo processo, o que determina o início do cumprimento da pena privativa de liberdade no regime fechado, o único adequado para punir e educar no presente caso. Anoto que qualquer outro regime, em face das circunstâncias que envolveram a prática do crime e a própria periculosidade do acusado evidenciada no modo de agir, seria um mero exercício de impunidade. Oportuno mencionar que ser primário não é atestado de antecedentes, mas apenas a constatação da inoperância do Estado na apuração de todos os crimes e identificação dos seus autores, diante do que se nota nos autos e no cotidiano (fl. 37).

O Tribunal local argumentou pela manutenção do regime mais gravoso, nos seguintes termos:

Dessa premissa, extrai-se que o acréscimo deve ser determinado de acordo com as peculiaridades, as quais, na hipótese, ficaram sobejamente demonstradas, de modo a justificar o índice eleito, notadamente porque ANDERSON, em conluio com assecla não identificado, abordou o ofendido em plena via pública e, mediante o emprego de **arma de fogo**, o subjugou para subtrair seus pertences, demonstrando ousadia e temibilidade o que também justifica a manutenção do regime fechado, inexistindo violação às Súmulas nºs 718 e 719, do STF e nº 440, do STJ (fl. 54, destaquei)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

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).

Nos trechos anteriormente transcritos, **presente está o apontado constrangimento ilegal**, pois, ainda que a pena-base haja sido fixada no mínimo legal, o *quantum* de pena tenha sido definido em 5 anos e 4 meses de reclusão e o paciente seja primário, o regime inicial fixado foi o fechado.

Verifico que o Juiz de primeiro grau, a despeito de haver mencionado circunstâncias dotadas de concretude (concurso de agentes e **emprego de arma de fogo – igual ressalva pessoal feita em relação à elevação pelas majorantes**), as quais permearam o delito praticado, não apontou nenhum elemento dos autos (como o *modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

Logo, entendo que os elementos apresentados não se revestem da devida idoneidade para sustentar a fixação do regime mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada.

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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

[...]

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. O magistrado de primeiro grau, ao fazer a opção pelo regime fechado, fez observar que o crime foi praticado com emprego de arma de fogo e concurso de agentes, além de conjecturar acerca da gravidade abstrata do delito, que "é causa de grande intranquilidade social no meio urbano", e a consequente necessidade de que o paciente seja encarcerado no regime mais gravoso.

5. Incabível o agravamento do regime com base no mero apontamento das causas de aumento de pena, dada a avaliação judicial que se impõe - fundada na individualização concreta da pena, tendo como norte os critérios positivados no art. 33, § 3º, c/c art. 59, ambos do CP - para a fixação do regime inicial de cumprimento da pena.

6. O Tribunal a quo, por sua vez, entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica e nos elementos inerentes ao tipo do delito cometido. Não obstante haja particularizado o fato de o paciente, assim como o adolescente que o acompanhava, conhecer a vítima do bairro, entendo não haver apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse periculosidade acentuada do agente ou real necessidade de fixação do modo inicialmente mais gravoso.

7. 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, além de 13 dias-multa, e fixar o regime inicial semiaberto.

(HC n. 292.270/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 24/11/2014)

Dessa forma, concluo, ante a ausência de fundamentação idônea, que deve o paciente cumprir a pena em regime inicial **semiaberto**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VII. 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 pelo delito de roubo**, resultando a pena definitiva do paciente em **5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa, além de fixar o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0075462-0

HC 352.019 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00212144320138260050 20150000941632 212144320138260050

EM MESA

JULGADO: 19/05/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON FERREIRA MONTE

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, Antonio Saldanha Palheiro e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.