**RECURSO ESPECIAL Nº 1.805.020 - SP (2019/0090980-6)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO FELIX FISCHER** |
| RECORRENTE | : | JONATHAN INACIO DANTAS PEREIRA |
| ADVOGADOS | : | DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO - SP227133 |
| RECORRIDO | : | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO |

**EMENTA**

PENAL.RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. **QUANTUM** DE MAJORAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DESOBEDIÊNCIA À SÚMULA 443/STJ. ABRANDAMENTO DE REGIME. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. REGIME INICIAL. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º, E DO ARTIGO 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto por **JONATHAN INACIO DANTAS PEREIRA** em face do acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O v. acórdão foi ementado nos seguintes termos (fl. 195):

> *"Roubo bimajorado - Emprego de arma e concurso de agentes - Recurso ministerial visando a majoração das penas do sentenciado em patamar superior ao mínimo legal (1/3) - Multiplicidade de causas de aumento que exterioriza maior determinação na busca do resultado por parte do agente - Apelo ministerial provido para elevar as penas de JONATHAN para 5 anos e 6 meses de reclusão e 13dias- multa.*
>
> *Recurso defensivo visando a absolvição por insuficiência probatória - Pleitos subsidiários de desclassificação para o delito de ; constrangimento ilegal, mediante o reconhecimento da insignificância dos valores subtraídos, e de fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade - Recurso desprovido."*

Interposto **recurso especial**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, a defesa alegou ofensa aos artigos: **i)** 157, §2º do Código Penal e a Súmula 443/STJ, porquanto a majoração da pena na terceira fase no foi fixada de forma ilegal, visto que adotou apenas critério aritmético foi realizada sem a devida fundamentação e **ii)** 33 do Código Penal, ao argumento de que foi fixado o regime mais gravoso que o permitido, com base na gravidade abstrata e, ainda, aponta as Súmulas 718 e 719, ambas do STF.

Pugna, assim, seja reduzido o **quantum** da majorante e modificado o regime.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 271-279), o recurso foi admitido na origem e os autos ascenderam a esta eg. Corte de Justiça.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **desprovimento** do recurso especial (fls. 293-300).

É o relatório.

**Decido.**

Consta dos autos que o juízo singular condenou o recorrente como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de **05 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa** (fl. 122).

O eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo da Defesa e deu provimento à apelação do Ministério Público para majorar a pena do recorrente, fixando-a em **5 (cinco) anos, 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e 13 (treze) dias-multa**.

A questão a ser analisada cinge-se à fração aplicada **na terceira fase da dosimetria, referente às causas de aumento**, sendo o pleito de redução do **quantum.**

Quanto ao tema, consta no v. acórdão reprochado, **verbis** (fls. 203-205, grifei):

"*No tocante às reprimendas, cabe acatar o pleito ministerial de majoração das penas-base em fração superior à fixada pelo i. Magistrado*

*sentenciante (1/3).*

*Com efeito, em que pese o conteúdo da Súmula n° 443 do Superior Tribunal de Justiça[1] - a qual não possui efeito vinculante[2] - não há que negar que a prática de* ***roubo bimajorado (no caso, praticado com emprego de arma e em concurso de agentes) exterioriza maior determinação na busca do resultado, posto que, à evidência, tais expedientes implicam maior risco e temor às vítimas, incrementando sensivelmente as chances de atingir o resultado pretendido****.*

*Sobre o tema já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, aclarando que no "concurso de causas de aumento de pena, variando a fixação desde um terço a metade,: e havendo duas causas concorrentes, há, sem dúvida, maior, grau de 'reprovabilidade da conduta do agente, razão porque é mais correta a corrente doutrinária que sustenta que, nesse caso, ambas devem ser consideradas para a fixação do aumento além do limite mínimo" (Habeas Corpus n° 70.900-1, São Paulo, 1ª T, j. 22.02.94, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 06.05.94, pág. 10.489).*

*E desse entendimento não diverge este E. Sodalício, dando continuidade à jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada Criminal acerca do tema, v.g.:*

*[...]*

*Assim as coisas, as penas-base do sentenciado, fixadas nos mínimos patamares legais pelo i. Julgador de Primeiro Grau, devem sofrer acréscimo de 3/8, tornando-se definitivas em 5 anos e 6 meses de reclusão e 13 dias-multa - no mínimo valor unitário - ante a ausência de outras causas modificativas.*

*Por fim, descabe acolher o pedido defensivo voltado à fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade."*

Trago à colação os fundamentos do juízo sentenciante na dosimetria da pena às fl. 121:

"*Na última fase do cálculo da pena, verifico que o roubo foi praticado com duas qualificadoras, quais sejam, emprego de arma e concurso de duas ou mais pessoas.* ***No entanto, o acréscimo da pena deve ser de apenas 1/3, tendo em vista que o roubo não foi praticado com número excessivo de pessoas, fator este que justificaria um aumento superior ao mínimo previsto em lei*** *(Neste sentido: TACRSP - RJDTACRIM 25/299, 28/190, 29/165 e 167, 31/232 e 33/230). Efetuando-se o acréscimo mencionado, fica a pena fixada em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, pena que torno definitiva por não ocorrerem outras causas de aumento ou de diminuição de pena."*

Sobre o tema, convém ressaltar que **se admite, na terceira fase da dosimetria da pena, a exasperação da reprimenda acima do patamar mínimo desde que apresentada fundamentação concreta**, baseada em dados extraídos dos autos, não se revelando legítimo invocar-se para tanto, tão somente, a quantidade de majorantes para o delito de roubo.

Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado no âmbito desta Corte, nos termos do enunciado n. **443** da Súmula/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"*.

Nessa toada, assiste razão ao recorrente, porquanto houve, de fato, **fundamentação inidônea** no acórdão objurgado ao redimensionar a reprimenda com a **mera indiciação quantitativa das majorantes**, desconsiderando as particularidades do caso concreto, em desarmonia com os precedentes dessa Corte.

Nesse sentido, colaciono precedentes desta Corte Superior:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO CONCRETA. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *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 Tribunal de origem apontou dado fático suficiente a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, o concurso de pelo menos três agentes.*
>
> *3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. Não obsta, entretanto, que o Tribunal, para dizer o direito - ao exercer, portanto, sua soberana função de juris dictio -, encontre motivação própria, respeitadas, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.*
>
> *4. Agravo regimental não provido"* (AgRg no

AREsp n. 876.132/MT, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe de 6/6/2016, grifei).

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA. DOSIMETRIA DA PENA.PERCENTUAL DE AUMENTO PELAS MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DESOBEDIÊNCIA À SÚMULA 443/STJ. INIDÔNEO. SÚMULA 440/STJ. REGIME INICIAL. ANÁLISE DOS ARTIGOS 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º, E DO ARTIGO 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTUM DE PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME SEMIABERTO.*

*I - Nos termos do Enunciado n. 443 da Súmula/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."***

*[...]*

*Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1580498/SP, **Quinta Turma**, **minha relatoria**, DJe 08/06/2016, destaquei)

*"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. APELO NOBRE INADMITIDO PELA INSTÂNCIA A QUO. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. REGIMENTAL QUE NÃO REFUTA O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 182 DA SÚMULA DO STJ.*

*1. No recurso especial, as partes, condenadas pela prática do delito de roubo circunstanciado, pretendem a redução de sua pena e a modificação do regime inicial.*

*2. Por decisão monocrática, o agravo foi conhecido para não conhecer do recurso especial, em razão da ausência de demonstração do dissídio nos moldes legais. 3. Na presente insurgência, os agravantes não se desincumbiram de seu ônus de impugnar os fundamentos da decisão ora impugnada, se limitando a pleitear a sua reconsideração ou o julgamento do regimental pelo órgão colegiado competente, situação que atrai o disposto no Enunciado n.º 182 da Súmula desta Corte Superior.*

*ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO (EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES). DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 NA TERCEIRA FASE SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. FIXAÇÃO*

*DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.*

*1. É possível o acréscimo da pena, na terceira fase da dosimetria, em patamar superior ao mínimo de 1/3 (um terço), quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2.º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.*

*2.* ***Há constrangimento ilegal quando a sanção é aumentada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado n.º 443 da Súmula deste Sodalício****).*

*3. Na hipótese, em relação ao primeiro recorrente, não obstante a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal e a sanção definitiva não tenha ultrapassado 8 anos de reclusão, o regime inicial imposto foi o fechado, com fulcro na gravidade em abstrato do crime praticado, fundamento que não se mostra adequado para tanto.*

*4.* ***Nos termos do Enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, "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".***

*5. O Supremo Tribunal Federal, nos Verbetes n.º 718 e n.º 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.*

*6. Agravo regimental não conhecido, concedido, no entanto, habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2.°, do CPP, para redimensionar as penas impostas, fixando-as em 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e 14 dias-multa para o segundo recorrente, e 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa para o primeiro agravante, modificando, ainda, o regime inicial deste último para o semiaberto, mantidos os demais termos do aresto recorrido."* (AgRg no AREsp 950.906/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 12/05/2017)

**Lado outro**, quanto à fixação do regime prisional, asseverou a Corte de origem (fls. 205-207, destaquei):

*"Por fim, descabe acolher o pedido defensivo voltado à fixação*

*do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.*

*Trata-se de* ***crime roubo biqúalificado (no caso, praticado em concurso de agentes e mediante emprego de arma)****, em relação ao qual os regimes mais brandos (semiaberto e aberto), pela baixíssima carga repressiva que encerram, constituem alternativas penais claramente insuficientes para cumprir as exigências preventivas da pena, mormente se se considera a repugnância social ao delito de roubo e o grau de reprovabilidade da conduta, reveladora de desprezo pelos bens jurídicos tutelados pelo respectivo tipo penal (patrimônio, liberdade individual e incolumidade física).*

*É despiciendo argumentar demoradamente* ***acerca da gravidade do delito de roubo, infração que vem assolando o país*** *nas últimas décadas, trazendo intranqüilidade e temor a milhões de cidadãos, especialmente os que habitam as grandes cidades. Já não há argumento técnico ou discurso político capaz de dissimular a tragédia em que se transformou a questão da segurança pública no Brasil, em escala inegavelmente maior do que na maioria dos países do planeta.*

*Falta, por certo, quantificar minuciosamente as conseqüências, mas não é temerário afirmar que elas poderiarn alcançar cifras gigantescas se considerado não somente o patrimônio das vítimas lesadas, mas, também, o custo social imanente, que compreende os gastos médicos com as lesões e traumas psicológicos provocados naquelas, bem assim a redução da atividade econômica decorrente do aumento da ansiedade coletiva (notadamente no i que respeita à indústria do entretenimento e turismo) e, naturalmente, o aumento das despesas públicas com a atividade de persecução$_i$ penal (serviços judiciários, construção de prisões etc.).*

*Registre-se, a propósito, que o Pretório Excelso, em decisão recente, de agosto de 2015, manifestou o entendimento de que o regime inicial fechado é o único cabível para jo delito de roubo praticado com emprego de arma, ainda que ao agente tenham sido estabelecidas as mínimas sanções previstas no respectivo preceito secundário do artigo 157, § 2º, do Código Penal:*

*[...]*

*Também releva destacar que a eventual concessão de regime mais ameno atuaria, em última análise, como incentivo à continuação da da carreira criminosa do sentenciado na medida em que, como sabido, a absoluta falta de estabelecimentos apropriados para a manutenção dos criminosos condenados nos regimes mais brandos (Institutos Penais e Casas de Albergue) acaba invariavelmente gerando rápida progressão ao regime de "albergue domiciliar"[3] (que, como ressaltou o i. Ministro do STF Marco Aurélio de Mello em 14 de novembro de 2013, quando se discutia em plenário o regime de cumprimento das penas dos condenados na Ação Penal 470, "prisão não é"[4]), equivalente à liberdade plena (desafortunadamente a fiscalização das "condições" correspondentes é quase inexistente...[5]) e que representa na consciência do infrator a ausência de resposta estatal em relação à conduta praticada[6]. |*

*Não se deve olvidar que é justamente em relação aos crimes contra o patrimônio que se verifica a maior propensão a reincidir[7]. E, sem dúvida alguma, o melhor modo de contrapor-se a esta propensão em um Estado Democrático de Direito, é através do exercício pleno da soberania interna pelas autoridades legitimamente incumbidas da persecução penal in judicio, respeitados os limites legais e constitucionais."*

Insta consignar que uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea **b**, e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal - ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis com a fixação da pena-base no mínimo legal -, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto.

No mesmo sentido, os seguintes precedentes prolatados no âmbito do **Superior Tribunal de Justiça**:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO. SEMIABERTO.*
>
> *I - O regime inicial fechado* ***foi fixado apenas com base em elementos que se amoldam à descrição do delito - no caso, nos incisos I e II, do § 2º, do art. 157, do Código Penal - fundamento que é insuficiente para a determinação do regime mais gravoso****, sobretudo porque o réu é primário, detentor de bons antecedentes e a pena-base foi fixada no mínimo legal.*
>
> *II - A fundamentação utilizada tanto na sentença, quanto no v. acórdão recorrido "(...) crime cometido na companhia de menor e com uso de arma de fogo, cujo poder lesivo é, sabidamente, superior (...)", não se revela apta a justificar o recrudescimento do regime, uma vez que as circunstâncias do crime não se mostram anormais ao tipo penal pelo qual o agravante foi condenado.*
>
> *III - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, c/c o art. 59 do CP - ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e circunstâncias judiciais totalmente favoráveis com a fixação da pena-base no mínimo legal -, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional semiaberto. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça.*
>
> *Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp

1031906/SP, **Quinta Turma**, **de minha relatoria**, DJe 25/09/2017, grifei)

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719 STF E 440 DO STJ.*

*1. Firmou-se nesta Corte o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.*

*2. A mera referência genérica, pelo Tribunal a quo, à gravidade ínsita ao delito de roubo não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo. Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.*

*3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no REsp 1674685/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 25/08/2017)

*"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO TENTADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. REGIME ABERTO. READEQUAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

*1. Para a valoração negativa das circunstâncias, necessária se faz a indicação de elementos concretos e idôneos dos autos que, efetivamente, evidenciem especial reprovabilidade da conduta, o que não ocorreu no casos dos autos, uma vez que a ameaça é elemento ínsito ao tipo em comento.*

*2. Afastada a única circunstância judicial e readequada a pena para 4 anos de reclusão, em atendimento ao disposto no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, além de inexistente justificativa concreta para imposição de regime mais gravoso, o réu - primário - deve iniciar o cumprimento da pena no regime aberto*

*3. Agravo regimental não provido."* (AgInt no REsp 1632300/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 09/10/2017)

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme se depreende dos enunciados n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

*"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."*

*"Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."*

No caso, **deve o recorrente iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto**, porquanto preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal.

Dessa feita, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em **desconformidade** com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula n. 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento ao recurso especial**, para restabelecer a pena fixada na sentença, bem como para fixar o regime inicial **semiaberto** para desconto da reprimenda aplicada ao recorrente.

P. e I.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator