

**HABEAS CORPUS Nº 506.208 - SP (2019/0116100-1)**

**RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE : VALTER DANTAS DE MELO**  
**ADVOGADO : VALTER DANTAS DE MELO - SP261828**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : GABRIEL NILSON ALVES DA SILVA**

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 443/STJ. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS E INFERIOR A 8 (OITO) ANOS. CABIMENTO DO REGIME SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. SÚMULAS N.ºs 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.*

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de GABRIEL NILSON ALVES DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nos autos da Apelação n.º 0018219-15.2016.8.26.0224.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e de 13 (treze) dias-multa, pela prática do ilícito tipificado no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, pois, juntamente com corréu, "*pararam próximo à vítima que conduzia a motocicleta, desembarcaram do automóvel e, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, anunciaram o roubo. Ao abordarem a vítima, os agentes apontaram a arma de fogo em direção ao seu rosto e perguntaram sobre o alarme da motocicleta. Em seguida, um deles subiu na motocicleta, enquanto o outro embarcou no veículo, fugindo do local.*" (fl. 154).

A Defesa interpôs apelação. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, nos termos da ementa a seguir transcrita, *in verbis* (fl. 227):

*"ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO – AUTORIA DELITIVA PROVADA – CONDENAÇÃO BEM LANÇADA. Suficientes os elementos probatórios a demonstrar a subtração de coisa alheia móvel pelo réu, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo e em*

*concurso de agentes, de rigor o édito condenatório. CONDENAÇÃO MANTIDA".*

Nas razões deste *writ*, o Impetrante argumenta, em suma, que o Juízo sentenciante considerou a gravidade em abstrato do delito para fixar regime mais gravoso do que aquele indicado no art. 33 do Código Penal.

Requer, em medida liminar, a alteração do regime inicial do cumprimento da pena para o semiaberto.

No mérito, pleiteia a confirmação da liminar e a concessão da ordem para "*(i) a fim de reduzir a majoração da reprimenda na terceira fase da dosimetria penal, para o patamar mínimo, nos termos do entendimento consagrado na Súmula 443 desta Corte Superior; e (ii) possibilitando que o paciente cumpra suas penas no regime mais adequado ao caso*" (fl. 13).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 249-251).

As informações foram prestadas às fls. 256-273.

O Ministério Público Federal, por meio de parecer de fls. 275-284, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório. Decido.

O Tribunal local, ao ratificar a sentença na parte referente à análise da terceira fase dosimétrica, manteve o aumento da reprimenda em 3/8 (três oitavos), nos seguintes termos (fl. 233; grifos diversos do original):

***"Na terceira fase da dosimetria, em razão da incidência de duas causas de aumento (emprego de arma de fogo e concurso de agentes), circunstâncias que facilitaram e potencializaram a execução do roubo, além de infligir maior temor à vítima, revelando maior periculosidade do agente, o juiz sentenciante justificadamente exasperou a pena na fração de 3/8, resultando 5 anos e 6 meses de reclusão, além do pagamento de 13 dias-multa, no piso, não havendo se falar em redução da fração de exasperação, pois se mostrou adequada e proporcional."***

No que se refere à terceira fase da dosimetria, observo que foi levado em conta tão somente o critério matemático para majorar as penas acima do patamar mínimo, ou seja, em razão da configuração de duas causas de aumento (emprego de arma de fogo e concurso de agentes). Porém, a presença de mais de uma majorante no crime, ou a gravidade que é inerente a ele, não é causa obrigatória de exasperação da punição em

razão acima da mínima prevista, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de motivos idôneos que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie.

Concluo que as instâncias ordinárias contrariaram o entendimento pacificado neste Superior Tribunal de Justiça de que o aumento acima do mínimo, na terceira fase da dosimetria da pena, deve ser fundamentado com base em dados concretos que justifiquem maior elevação.

Sobre a questão, cito os seguintes julgados:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONCURSO FORMAL DE CRIMES. DOSIMETRIA. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA PERSONALIDADE DO AGENTE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

**3. O Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento de que o recrudescimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3, demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte. No caso dos autos, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal – CP, em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.**

[...]

**5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar ao Juízo da Execução que refaça a dosimetria de ambos pacientes, considerando que, no tocante ao crime de roubo circunstanciado, deve-se decotar o desvalor das consequências do delito na primeira fase da dosimetria, consoante exposto nas razões de decidir, bem como, na terceira fase, aplicar a fração mínima legal (1/3), em razão das duas causas de aumento de pena. Tão somente em relação ao paciente Jonatas, deve-se considerar favorável a circunstância judicial da personalidade na primeira fase da dosimetria do crime de resistência, bem como dos delitos de roubo circunstanciado." (HC 456.350/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2019, DJe 25/06/2019; sem grifos no original.)**

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. NÃO OBSERVÂNCIA DO ENUNCIADO N.º 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENSÃO DE READEQUAR A FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES E INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DOS ENUNCIADOS N.os 443 E 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Em que pese o julgado impugnado afirmar a existência de condenação transitada em julgado, depreende-se da Folha de Antecedentes Criminais do Réu (fls. 15-21) que inexistente condenação apta a justificar a valoração negativa dos antecedentes judiciais. Em verdade, o Tribunal local elevou a pena-base dos crimes de roubo circunstanciado mediante consideração de processos penais em curso, em nítida ofensa ao que dispõe a Súmula n.º 444/STJ: 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base'.

2. **Outrossim, foi levado em conta tão somente o critério matemático para majorar a pena acima do patamar mínimo na terceira fase da dosimetria da pena, ou seja, em razão da configuração de duas causas de aumento (emprego de arma e concurso de agentes), em contrariedade ao entendimento consolidado na Súmula n.º 443 desta Corte Superior de Justiça.**

3. A fundamentação genérica, embasada apenas na opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do crime de roubo, não se presta para fixar regime prisional mais gravoso do que a pena permite, consoante inteligência dos Verbetes Sumulares n.os 718 do Supremo Tribunal Federal e 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

4. **Aggravamento regimental desprovido.**" (AgRg no HC 510.898/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 03/09/2019; sem grifos no original.)

Incide, na hipótese, portanto, o entendimento sedimentado na Súmula n.º 443 desta Corte Superior de Justiça, de seguinte teor:

*"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."*

Ou seja, a ausência de motivação concreta, com mera utilização de critério matemático (objetivo) para o aumento da pena acima da razão mínima, na terceira fase da dosimetria da pena, é ilegal.

Desse modo, em razão da ausência de justificativa concreta para a exacerbação da pena, na terceira fase, em fração maior que o mínimo legal, deve ser

reduzido o *quantum* relativo ao aludido aumento ao patamar mínimo, equivalente a 1/3 (um terço), excluindo-se a majoração considerada ilegal, 3/8 (três oitavos).

Passo, assim, à readequação da dosimetria da pena imposta ao Paciente, mantendo os parâmetros adotados pela Corte de origem.

Com a aplicação da fração de 1/3 (um terço) sobre a pena fixada na segunda fase da dosimetria da pena – 4 (quatro) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa –, majoro a reprimenda para **5 (cinco) anos e 4 (quatro) dias de reclusão, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa.**

Outrossim, o Magistrado sentenciante, ao impor o regime inicial fechado, apresentou a seguinte justificativa (fls. 158-159):

*"Tratando-se de crime praticado em graves circunstâncias, em concurso de agentes, com o emprego de arma, arma essa, ademais, que segundo a vítima chegou até a ser engatilhada na direção do seu rosto, o único regime adequado e suficiente para início de cumprimento da pena privativa de liberdade aqui imposta é o fechado."*

O Tribunal de origem, por sua vez, ao manter o regime mais gravoso, consignou que "[o] regime inicial fechado é o único adequado ao caráter repressivo e preventivo da reprimenda, sendo inviável o abrandamento. Isso porque as circunstâncias em que cometido o delito, em concurso de agentes e emprego de arma de fogo, arma essa, que foi engatilhada na direção do rosto da vítima, evidenciam maior gravidade da conduta e a alta periculosidade do agente, fatores que exigem resposta enérgica, com a qual não é compatível solução mais branda" (fls. 233-234).

Todavia, no caso, considerando a fundamentação abstrata utilizada pelas instâncias ordinárias, a pena imposta de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a primariedade do Paciente e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se cabível a fixação do regime inicial **semiaberto**, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

Nesse sentido, cito o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

**"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA INFERIOR À OITO ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

*I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no*

*sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.*

*II - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, conforme o disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, a sua fixação pressupõe a análise do quantum da pena, bem como das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal.*

*III - In casu, o regime fechado foi mantido somente com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime. Desse modo, sendo o paciente primário e fixada a pena-base no mínimo legal, eis que favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto se mostra o mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. Precedentes.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício." (HC 517.073/RJ, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 12/11/2019, DJe 20/11/2019; sem grifos no original.)*

Confirmam-se, a propósito, os Enunciados n.ºs 718 e 719 das Súmulas do Supremo Tribunal Federal, 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."*

Aplicável, portanto, à hipótese, o Verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

*"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."*

Ante o exposto, **CONCEDO** a ordem de *habeas corpus* para fixar a pena do Paciente em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de 13 (treze) dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto**, se por outro motivo não estiver preso em regime mais gravoso.

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 19 de março de 2020.

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora