



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 565221 - SP (2020/0057943-3)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
HELOISA ELAINE PIGATTO - SP155151
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : DIOGENES MENEZES BANDIM (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de **DIOGENES MENEZES BANDIM** contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 anos, 6 meses e 24 dias de reclusão, em regime prisional fechado, mais 245 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal (e-STJ, fls. 85-94).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, nos moldes da seguinte ementa:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO QUALIFICADO. ARTIGO 157, § 2º, I E II DO CP (REDAÇÃO ANTERIOR A LEI 13.654/18). MATERIALIDADE INCONTROVERSA. AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MINIMO LEGAL. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA RECONHECIDAS. USO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSÁRIA APREENSÃO E PERÍCIA. PENA DE MULTA REDUZIDA. PROPORCIONALIDADE A DOSIMETRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O réu e outro indivíduo não identificado subtraíram coisa móvel alheia, qual seja a quantia de R\$987,50 (novecentos e oitenta e sete reais e cinquenta centavos) pertencentes aos Correios, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo.

2. A materialidade dos crimes não foi objeto de recurso, ademais, restou demonstrada nos autos.

3. Autoria e dolo comprovados. As circunstâncias fáticas evidenciam de forma incontroversa a autoria do roubo pelo réu. Inexiste, pois, razão para desacreditar o relatado pela vítima, mormente se considerado que em crimes patrimoniais como o presente, não raro a vítima é a única a presenciar o fato, razão pela qual o seu depoimento reveste-se de destacada força probatória.

4. O reconhecimento pessoal na fase inquisitiva foi ratificado de forma segura em audiência de instrução e julgamento, bem como por contundente prova testemunhal.

5. Pena-base fixada acima do mínimo legal. O aumento é proporcional e razoável às circunstâncias judiciais arroladas no artigo 59 do Código Penal, que foram bem caracterizadas na r. sentença.

6. Não foram reconhecidas atenuantes. Presente a agravante da reincidência.

7. Na terceira fase da dosimetria, os fatos se deram em data anterior à vigência da Lei 13.654/2018. Em razão das causas específicas de majoração da pena reconhecidas no caso concreto, previstas no artigo 157, §2º, incisos I e II do Código Penal, a pena deve ser aumentada em 2/5.

8. No que concerne à utilização da arma de fogo, prevalece no entendimento jurisprudencial que bastam elementos convincentes extraídos dos autos para a

configuração da causa de aumento em questão, restando afastada a necessidade de apreensão da arma quando houver provas suficientes que comprovem sua utilização. Depreende-se dos depoimentos das testemunhas e do laudo de exame de material audiovisual que o suspeito estava portando armas de fogo, inclusive visível seu efetivo emprego na prática delitiva, conforme fotos carregadas ao laudo.

9. A pena de multa reduzida, porquanto deve seguir o critério de proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

10. Feita a detração, com base no art. 387, §2º do CP, mantido o regime inicial de cumprimento no fechado, em vista da quantidade de pena aplicada e das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, de acordo com o artigo 33, § 2º e §3º, do Código Penal.

11. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, tendo em vista o disposto nos art. 44, I, do CP, uma vez que a pena excede quatro anos e delito foi cometido mediante violência à pessoa.

12. Recurso parcialmente provido." (e-STJ, fls. 46-47)

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública da União sustenta, em síntese, que: a) ao tempo dos fatos estava em vigor ainda o inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal. Porém, deve prevalecer a aplicação da lei posterior mais benéfica, a Lei n. 13.654/2018, que em seu art. 4º revoga a causa de aumento prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, ocasionando o afastamento da majorante relativamente aos crimes anteriores a sua vigência; b) a arma de fogo supostamente utilizada não foi apreendida, não tendo, portanto, sua lesividade aferida. Desse modo, deve a majorante do emprego de arma ser afastada.

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de que seja afastado o aumento de pena em razão do emprego de arma, seja em virtude da retroatividade da lei mais benéfica, seja em virtude da não apreensão da referida arma.

Sem pedido de liminar, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*. (e-STJ, fls. 99-102).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos parâmetros concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

De início, cabe destacar que a Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, revogou o inciso I do §2º artigo 157 do CP, que previa o aumento de 1/3 até 1/2 (um terço até metade) no crime de roubo se a violência ou ameaça fosse exercida com emprego de arma. No mesmo passo, incluiu o §2º-A, inciso I, que instituiu o aumento da pena de 2/3 (dois terços) se a violência ou ameaça for exercida com emprego de arma de fogo.

A circunstância de aumento da pena pelo emprego de arma de fogo no crime de roubo, antes prevista no art. 157, §2º, inciso I, do CP, não foi afastada pela Lei n. 13.654/2018, tendo ocorrido tão somente a alteração do patamar de majoração da pena.

Sendo assim, não há se falar em afastamento da referida majorante no presente caso.

Consoante jurisprudência desta Corte, com a edição da Lei Federal n. 13.654/2018, apenas o emprego de arma branca, no cometimento do crime de roubo, enseja a aplicação da *novatio legis in mellius*, permanecendo hígida a majorante pelo emprego de arma de fogo.

A corroborar:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO COM

EMPREGO DE ARMA BRANCA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 13.654/2018. REVOGAÇÃO DO INCISO I DO § 2º DO ART. 157 DO CP. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O crime em análise foi praticado com o emprego de arma branca (faca), situação não mais abrangida como majorante do delito de roubo, uma vez que a Lei n. 13.654/2018 revogou o inciso I do §2º do art. 157 do CP. Dessa forma, tendo em vista a *abolitio criminis*, promovida pela referida lei, e em observância ao art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, é de rigor a aplicação da *novatio legis in mellius*, devendo ser excluída a causa de aumento do art. 157, §2º, inciso I, do CP do cálculo dosimétrico. 2. Embora o emprego de arma branca não se subsuma mais a qualquer uma das majorantes do crime de roubo, pode eventualmente ser valorado como circunstância judicial desabonadora pelas instâncias ordinárias. 3. Na hipótese, contudo, não fora apontada qualquer circunstância concreta para que o uso da arma branca (faca) demonstrasse a maior reprovabilidade da conduta, não podendo haver a exasperação da pena-base. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1821560/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 30/08/2019 - Grifo Nosso).

Ressalta-se, ademais, que, em situações semelhantes, esta Corte Superior entendeu que eventual alteração legislativa, no sentido de se deslocar a conduta típica para outro dispositivo legal, não importa em descriminalização, em razão do princípio da continuidade normativa.

Nessa linha de raciocínio:

"ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ART. 214 DO CÓDIGO PENAL, NA SUA REDAÇÃO ANTERIOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009. *ABOLITIO CRIMINIS*. INOCORRÊNCIA. CONDUTA DESCRITA NO ART. 213 DO ESTATUTO REPRESSIVO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NORMATIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. A alteração legislativa conferida pela Lei 12.015/2009 não descriminalizou a conduta então descrita no art. 214 do Código Penal, mas apenas deslocou a tipificação para o art. 213 do mesmo diploma legal, formando um tipo penal misto, com condutas alternativas (estupro e atentado violento ao pudor). 2. Assim, em razão do princípio da continuidade normativa, não há falar em *abolitio criminis* do delito de atentado violento ao pudor. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 299.865/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 02/02/2015);

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ROUBO MAJORADO (QUATRO VEZES). DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO TIPIFICADO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. PLURALIDADE DE ARTEFATOS. SÚMULA 443/STJ. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Segundo entendimento desta Corte, o porte de drogas para uso próprio não foi descriminalizado com a entrada em vigor da Lei n. 11.343/2006, tendo havido apenas a mera despenalização de tal conduta, já que o referido tipo penal trouxe somente a cominação de penas alternativas ao infrator.

[...]

5. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 447.338/SC, Quinta Turma, minha Relatoria, DJe 28/08/2018).

Desta feita, uma vez que o roubo com emprego de arma imputado ao paciente aconteceu em 16/3/2018 (e-STJ, fl. 50), portanto antes da alteração trazida pela Lei n.

13.654/2018, era mesmo de se reconhecer a incidência do disposto no revogado inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, que previa o aumento de 1/3 até 1/2 para o emprego de arma, patamar menor que 2/3, previsto no § 2º-A do inciso I do art. 157 do Código Penal.

Prosseguindo, vale ressaltar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da 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 evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego (e-STJ, fl. 42).

Para corroborar tal entendimento, os seguintes julgados:

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. REGIME PRISIONAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440 DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Hipótese em que o Tribunal de origem fundamentou adequadamente a condenação, mediante cotejo da prova testemunhal colhida e dos demais elementos de convicção. E não é possível, nesta via estreita do mandamus, reexaminar o contexto probatório para inverter o decidido.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é prescindível a apreensão e a perícia da arma para a comprovação de seu potencial lesivo, bastando, para a aplicação da causa de aumento, que seja devidamente comprovado o seu emprego para a prática do crime.

4. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 deste Superior Tribunal de Justiça. *In casu*, a Corte estadual fixou o regime fechado ao único fundamento de que 'é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta, máxime se qualificada a infração'. Contudo, a gravidade abstrata do crime não serve como fundamento hábil a justificar o regime prisional mais severo.

6. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de se garantir ao paciente o início do desconto da sanção aqui tratada em regime semiaberto." (HC 325.107/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015);

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. RÉU QUE ADMITE A PRÁTICA DO DELITO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO MATEMÁTICO. OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que é prescindível a apreensão e perícia da arma de fogo para a caracterização de causa de aumento de pena quando outros elementos

comproven tal utilização.

3. Para haver a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, mostra-se irrelevante a forma que tenha sido manifestada a confissão, se integral ou parcial, notadamente quando o juiz a utiliza para fundamentar a condenação. Na hipótese, o paciente, ainda que tenha negado o emprego de arma, admitiu a sua participação no crime de roubo, fazendo jus à consideração dessa atenuante no cálculo da pena.

4. No crime de roubo circunstanciado, a fixação acima da fração mínima de 1/3 (um terço), em decorrência da existência de mais de uma causa de aumento, exige motivação baseada em dados concretos, não servindo de justificativa a mera quantidade de majorantes.

Inteligência da Súmula 443 do STJ.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, compensando-a com a agravante da reincidência, aplicar a fração mínima de 1/3 (um terço) em face da presença das majorantes e, por conseguinte, redimensionar a reprimenda imposta ao paciente."

(HC 283.304/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 05/10/2015).

Por outro lado, nota-se que a pena-base do paciente foi exasperada em 1 ano de 9 meses com base na seguinte fundamentação:

"Atento aos ditames do art. 59 do CP, verifico que o réu apresenta maus antecedentes, visto que foi condenado, com trânsito em julgado, pelo delito do art. 157, nos processos n. 0000529-66.2009.826.0337, fl. 103, e 0098354-97.2005.826.0224, fls. 10/110, por crimes cometidos antes dos fatos destes autos, mas não considerados como reincidência, sem contar mais dois processos na mesma condição que não serão considerados em seu desfavor em razão de serem extremamente remotos.

A conduta social é reprovável e a personalidade é voltada ao crime, tendo em vista assumir estar na prática reiterada de roubo desde seus dezoito anos, sendo preso, saindo e roubando num ciclo infinito, não obstante o cumprimento integral de penas por diversas vezes, indicando dedicação ao crime como meio de vida com intensa atuação. Ademais, o réu cometeu este delito enquanto sob fiscalização do Poder Judiciário, no cumprimento de pena por outro crime em regime aberto, a delinquir em circunstâncias nas quais deveria portar-se com a maior retidão possível de forma a bem cumprir a sanção imposta e se mostrar digno do regime menos gravoso que submetido, tendo evidenciado exatamente o contrário, a evidenciar efetiva periculosidade e o completo desrespeito pela ordem pública em todos os seus limites.

Estão as demais circunstâncias judiciais (culpabilidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime e comportamento da vítima) em situação normal à espécie.

Nessa medida, fixo a pena -base acima do mínimo legal, em 5 anos e 09 meses de reclusão." (e-STJ, fls. 90-91)

Consoante se observa, os maus antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente foram analisadas de forma desfavorável.

Percebe-se que a avaliação negativa de tais vetores se amparou basicamente na existência de condenações pretéritas em face do paciente. Todavia, tais elementos não são aptos a desqualificar a conduta social e a vetorial personalidade do agente, que tem a ver com aspectos psicológicos e morais.

Acerca de condenações anteriores, impõe-se destacar que "A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça em recente decisão, e ao alterar seu posicionamento sobre o tema, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a personalidade do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua conduta social inadequada." (AgRg no HC 406.374/ES, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018).

Para corroborar:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA SUA AFERIÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - A exasperação da pena-base, lastreada na personalidade do agente, ao argumento de que detém personalidade voltada para o crime, em razão de que já cumpriu medida socioeducativa, é resquício do superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal dos fatos.

IV - No presente caso, não constam elementos técnicos para que o julgador possa avaliar cientificamente acerca da personalidade do agente, a fim de supedanear o aumento da pena-base, havendo, portanto, flagrante ilegalidade, a justificar a concessão da ordem de ofício. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para afastar a circunstância judicial da personalidade do agente, fixando a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 437.940/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 26/04/2018)

Ademais, em recente julgado, a Terceira Seção desta Corte Superior assim dispôs:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMISSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO DE JANEIRO COMO AMICUS CURIAE: DESNECESSIDADE. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DE MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE. RÉU QUE OSTENTA MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DECOTE DA VETORIAL PERSONALIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. [...]

2. Eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes da Quinta e da Sexta Turmas desta Corte.

3. A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios - referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do réu na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social.

4. Havendo uma circunstância judicial específica destinada à valoração dos antecedentes criminais do réu, revela-se desnecessária e "inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente" (HC n. 366.639/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017). Tal diretriz passou a ser acolhida mais recentemente pela colenda Sexta Turma deste Tribunal: REsp n. 1.760.972/MG, Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/11/2018, DJe 4/12/2018 e HC n. 472.654/DF, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2019, DJe 11/3/2019. Uniformização

jurisprudencial consolidada.

5. *In casu*, a condenação imposta ao recorrente aumentou sua pena-base acima do mínimo legal, valorando, indevidamente, tanto no delito de lesão corporal (129, § 9º, do Código Penal) quanto no de ameaça (art. 147, CP), sua personalidade e seus maus antecedentes com base em diferentes condenações criminais transitadas em julgado.

6. Extirpada a vetorial da personalidade, na primeira fase da dosimetria, remanesce ainda, em ambos os delitos, a vetorial "antecedentes criminais", o que justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal.

7. Embargos de divergência providos, para, reformando o acórdão recorrido, dar provimento ao agravo regimental do réu e, por consequência, conhecer de seu agravo e dar provimento a seu recurso especial, reduzindo, as penas impostas ao recorrente na proporção do aumento indevidamente atribuído ao vetor "personalidade", na primeira fase da dosimetria. (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019, grifou-se)

Com relação à terceira fase de aplicação da pena, ao aplicar a fração de aumento pelo reconhecimento das majorantes relativas ao emprego de arma e concurso de agentes, consignou-se na sentença e no acórdão impugnado, respectivamente:

"Assim, dado o número de agentes e emprego de arma de forma a facilitar a prática do crime e ampliar o rigor da ameaça, aplico a causa de aumento em 2/5, levando a pena a 09 anos, 06 meses e 24 dias de reclusão." (e-STJ, fl. 92)

"Assim, subsistindo duas causas de aumento de pena (artigo 157, §2º, incisos I e II do Código Penal), mister manter a exasperação em 2/5, suficientemente fundamentada no fato de que ao todo a lei então vigente previa 5 (cinco) causas de aumento e, no caso, estão presentes duas, bem como nas especificidades do caso concreto." (e-STJ, fl. 44)

Como se vê, o Magistrado sentenciante aplicou e o Tribunal de origem manteve a fração de 2/5 para majorar a pena, na terceira fase, tão somente em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito. Forçoso destacar, ainda, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, o emprego de arma de fogo, por si só, não justifica aumento superior ao mínimo legal de 1/3. Ademais, não configura fundamentação concreta a menção às razões ou consequências que levaram o legislador a prever as referidas circunstâncias como causas de aumento.

Incide, portanto, à espécie, o disposto na Súmula 443 desta Corte:

"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."

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. QUANTUM DE MAJORAÇÃO. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 NA TERCEIRA FASE SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. DESOBEDIÊNCIA À SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. SÚMULAS 718 e 719, AMBAS STF. 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.

I - 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.

II - 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'. 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.

III - O regime inicial fechado, na hipótese, 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.

IV - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, c/c do art. 59, ambos 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.

Agravo regimental desprovido."

(AgRg no REsp 1805020/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 1/10/2019, DJe 08/10/2019, grifou-se);

"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. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no HC 510.898/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/8/2019, DJe 03/9/2019, grifou-se);

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o

recrudescimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo circunstanciado em fração mais elevada que 1/3 (um terço) demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de majorantes. Inteligência da Súmula n. 443 desta Corte.

In casu, tanto o Juiz sentenciante quanto o Tribunal de origem utilizaram tão só do critério matemático para fundamentar o aumento, na terceira fase da dosimetria, no patamar de 3/8, sem referência a elementos concretos dos autos a autorizar a exasperação da pena em patamar superior ao mínimo. Com efeito, limitaram-se a mencionar objetivamente o concurso de agentes e o emprego de arma de fogo, o que não consubstancia fundamentação idônea para a majoração da reprimenda em 3/8 (três oitavos). Precedentes.

Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no HC 321.043/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 21/11/2016, grifou-se).

Nesse contexto, evidenciada flagrante ilegalidade na dosimetria, passa-se à nova individualização da pena do paciente pelo crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Na primeira fase, afastada a valoração negativa da conduta social e da personalidade do agente e mantida a valoração negativa dos antecedentes do acusado, fixo a pena-base em 5 anos de reclusão. O aumento acima da fração de 1/8 se justifica, no caso, em razão da existência de mais de uma decisão apta a configurar os maus antecedentes.

Na segunda fase, mantém-se o reconhecimento da agravante da reincidência, aumentando-se a pena em 1/6, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão.

Na terceira fase aplico o aumento de 1/3 pela incidência das majorantes relativas ao emprego de arma e concurso de agentes, totalizando a reprimenda 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão.

Por fim, fica mantido o regime inicial fechado, tendo em vista a reincidência do paciente.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de reduzir a pena para 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 01 de abril de 2020.

Ministro Ribeiro Dantas

Relator