

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 539.992 - SP (2019/0310878-7)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ALEXANDRA PINHEIRO DE CASTRO - SP291702
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS DE JESUS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de MARCOS DE JESUS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Criminal n. 0074166-23.2018.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime descrito no art. 157, § 2º, inciso II, e § 2º-A, inciso I, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 3 (três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e de 6 (seis) dias-multa, porque, agindo em concurso e previamente ajustado com outro indivíduo não identificado, tentou subtrair, para proveito comum, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, um veículo, não se consumando o delito por circunstâncias alheias às vontades dos agentes – e-STJ fls. 42-49.

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelações, e o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo ao passo que deu parcial provimento ao recurso ministerial para impor menor redução em razão da tentativa, fixando as reprimendas em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e em 12 (doze) dias multa – e-STJ fls. 74-88.

No presente *writ*, a parte impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na dosimetria da reprimenda imposta ao paciente, pois afirma que a pena-base afastou-se do mínimo legal em razão do concurso de agentes, o que configura *bis in idem*, uma vez que tal situação já foi considerada na terceira fase da dosimetria para majorar o crime.

Assevera que o paciente faz jus ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, observado o entendimento da Súmula n. 545/STJ, pois admitiu a prática do delito em seu interrogatório judicial.

Defende, ainda, que o *iter criminis* percorrido pelo paciente demonstra que a consumação do delito dificilmente seria alcançada, razão pela qual o *quantum* de 1/3 (um terço) referente à tentativa deve ser alterado para a fração máxima.

Aduz, por fim, que o regime inicial fechado teria sido estabelecido com base na gravidade abstrata da conduta e sem observância aos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que “*seja reconhecido o direito do paciente à readequação da pena-base, ao reconhecimento da confissão espontânea, à maior redução da pena pela tentativa e ao regime semiaberto*”

Superior Tribunal de Justiça

para início de cumprimento da reprimenda imposta” (e-STJ fl. 13).

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 91-92).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 99-117).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal oficiou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 119-122).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à fixação da pena-base, constata-se que, ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de origem manteve o aumento estabelecido na sentença com amparo na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 80):

Primeiramente, insta salientar que o MM. Magistrado sentenciante, considerando a maior gravidade do delito praticado em comparsaria, fixou a pena-base em 1/6 (um sexto) acima do patamar mínimo legal, ou seja, em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa.

No caso em análise, foram duas as causas de aumento reconhecidas, uma, o concurso de agentes, que foi utilizado para justificar o aumento da pena-base como circunstância judicial desfavorável, e a outra, o emprego de arma, para caracterizar a majorante do roubo e aumentar a sanção na terceira fase da dosimetria.

Tratando-se de duas circunstâncias distintas, não há falar em *bis in idem*, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a utilização de uma das causas de aumento como circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria não representa constrangimento ilegal.

Ilustrativamente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2º, I E II, DO CP. DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. USO DE UMA DAS MAJORANTES COMO FUNDAMENTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXPRESSIVO SUPOSTO PELA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS. REVISÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL

Superior Tribunal de Justiça

IMPROVIDO.

1. A dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial sob o aspecto da ilegalidade, nas hipóteses de falta ou evidente deficiência de fundamentação ou, ainda, de erro de técnica, em flagrante violação do art. 59 do Código Penal, o que não se constata na hipótese dos autos.

2. A teor da jurisprudência desta Corte, é possível a utilização, nos casos em que há mais de uma causa de aumento da pena no crime de roubo, a utilização de uma delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, e as outras para exasperar a reprimenda na terceira etapa da dosimetria da pena, desde que não seja pelo mesmo motivo, respeitando-se o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes. *Precedentes.*

3. Na espécie, foram duas causas de aumento reconhecidas, sendo uma delas - emprego de arma - utilizada para justificar o aumento da pena-base, como circunstâncias do crime, e a outra - concurso de agentes - para caracterizar a majorante do roubo e aumentar a sanção na terceira fase da dosimetria. Em se tratando de duas circunstâncias distintas, não há falar em bis in idem, encontrando-se válida a motivação adotada pelo magistrado sentenciante.

[...]

5. Apresentada fundamentação idônea, com base em elementos, concretos, não pode esta Corte Superior proceder à alteração da dosimetria da pena, a teor do disposto na Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1088073/DF, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 27/09/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. USO DE UMA MAJORANTE COMO FUNDAMENTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTOS NOVOS UTILIZADOS PELO TRIBUNAL DE APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, é plenamente possível, diante do reconhecimento de várias causas de aumento de pena previstas no mesmo tipo penal, deslocar a incidência de algumas delas para a primeira fase, para fins de majoração da pena-base, desde que a reprimenda não seja exasperada, pelo mesmo motivo, na terceira etapa da dosimetria da pena e que seja observado o percentual legal máximo previsto pela incidência das majorantes (AgRg no REsp 1551168/AL, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 02/03/2016). *Precedentes.*

3. A manutenção das penas-base fixadas no patamar de 5

Superior Tribunal de Justiça

(cinco) anos de reclusão nem sequer representa ofensa ao princípio da proporcionalidade. Com efeito, a se considerar a reprovação de duas circunstâncias judiciais - culpabilidade e circunstâncias do crime - verifica-se que para cada uma foi atribuída exasperação de 6 (seis) meses. Isso representa um aumento menor que 1/6 (um sexto) da pena mínima prevista pelo art. 157, caput, do CP, que é de 4 (quatro) anos.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1075013/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II DO CP). CORRUPÇÃO DE MENOR (ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90). DOSIMETRIA. PENA-BASE DO CRIME DE ROUBO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DUAS MAJORANTES. CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA. UMA UTILIZADA PARA EXASPERAR A SANÇÃO INICIAL E OUTRA PARA AUMENTAR A REPRIMENDA NA TERCEIRA FASE. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o quantum ideal de pena a ser fixada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

2. Na espécie, mostra-se cabível o incremento da sanção inicial com fundamento no concurso de agentes, porquanto é pacífico na jurisprudência desta Corte Superior a possibilidade de, sendo duas causas de aumento de pena, expressamente reconhecidas, utilizar uma para majorar a reprimenda na terceira fase da dosimetria e a outra como circunstância judicial para exasperar a pena-base.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 353.848/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 11/05/2016).

Em outro vértice, o Tribunal *a quo* indeferiu o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea com os seguintes fundamentos (e-STJ fls. 83-84):

Tampouco haveria que se falar em reconhecimento da confissão espontânea.

Isso porque, em que pese confirmar sua autoria, o acusado negou o emprego da ameaça com o emprego de arma de fogo, com a clara tentativa minimizar sua ação. [...]

Desse modo, a confissão qualificada não pode ser

Superior Tribunal de Justiça

reconhecida, haja vista precedentes dos tribunais superiores que vêm firmando entendimento nesse sentido: [...]

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de analisar a questão em debate e firmou o entendimento de que, *“embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial”* (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017, grifos acrescidos).

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA DE FURTO EM DETRIMENTO DO ROUBO. CONFISSÃO PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial, retratada ou qualificada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Súmula n. 545 desta Corte.

2. “Embora a simples subtração configure crime diverso - furto -, também constitui uma das elementares do delito de roubo - crime complexo, consubstanciado na prática de furto, associado à prática de constrangimento, ameaça ou violência, daí a configuração de hipótese de confissão parcial.” (HC 396.503/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado n.º 182 desta Corte).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 452.897/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018)

Importante salientar que o entendimento dominante sobre o tema no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é o de que, mesmo nas hipóteses de confissão qualificada, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea *d*, do CP, desde que tenha sido utilizada como elemento de convicção do julgador.

A propósito, vejamos:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. CONFISSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...]

3. *Conforme entendimento firmado na Súmula 545/STJ, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal", sendo indiferente que a admissão da autoria criminosa seja parcial, qualificada ou acompanhada de alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade. Precedentes.*

4. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Tribunal de origem proceda à nova dosimetria da pena e, assim, afaste o bis in idem ora identificado, faça incidir a atenuante da confissão espontânea e verifique, por conseguinte, o regime prisional adequado, nos termos do art. 33 do CP.*

(HC 309.117/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 17/03/2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE. ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. VIA INADEQUADA.

1. *Esta Corte vem decidindo no sentido de que a confissão qualificada, isto é, aquela na qual o agente acrescenta teses defensivas discriminantes ou exculpantes, propicia - quando de qualquer modo serviu de base à condenação - a aplicação da atenuante prevista na alínea d do inciso III do art. 65 do Código Penal (AgRg no REsp n. 1.446.058/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 4/8/2014).*

2. *Segundo a orientação firmada pela Terceira Seção deste Tribunal, no julgamento do REsp n. 1.341.370/MT (representativo da controvérsia), é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, nas hipóteses em que o réu não seja multirreincidente, como in casu.*

3. *Em recurso especial, via destinada ao debate do direito federal, é inviável a análise da alegação de ofensa à matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento.*

4. *Agravo regimental improvido.*

(AgRg no AREsp 771.686/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS

Superior Tribunal de Justiça

JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 14/03/2016)

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte no enunciado 545, a saber:

Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, 'd', do Código Penal.

Conclui-se que o Tribunal de origem, não obstante tenha reconhecido a confissão dos fatos pela acusado, ainda que parcial, deixou de atenuar-lhe a pena, entendimento que não encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior, segundo precedentes acima citados.

Assim, impõe-se o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea quanto ao delito de roubo.

Passo ao redimensionamento da pena.

Não havendo ajustes a serem feitos na primeira etapa do cálculo dosimétrico, fixa-se a pena em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Na segunda fase, faz-se incidir a atenuante da confissão para reduzir a pena ao mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (onze) dias-multa.

No último estágio, aplica-se a causa de aumento relativa ao emprego de arma de fogo, nos termos da nova redação do art. 157, §2º-A, do Código Penal, em 2/3 (dois terços), totalizando 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa.

Quanto ao pedido de redimensionamento do patamar de redução da pena em razão da tentativa, observa-se que a Corte estadual alterou a fração para 1/3 (um terço), a pedido do Ministério Público, em razão do *iter criminis* percorrido, consignando o seguinte (e-STJ fl. 86):

Por outro lado, entendo correto o clamor ministerial.

Isso porque, o delito chegou próximo à consumação, eis que a vítima foi abordada ao parar no farol vermelho, tendo sido necessário uso da força para evitar a ação, que ademais, foi revidada pelos roubadores.

Dessa maneira, de rigor que a diminuição pela tentativa se dê no patamar mínimo de 1/3 (um terço), adequado ao iter criminis percorrido, tal como requerido pelo Parquet, alcançando a pena final de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 06 (seis) dias de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa.

Ressalte-se que a doutrina defende que "*quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução*" (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Ímpetus, 2007. p.

263).

In casu, verifica-se que o *quantum* correspondente ao *iter criminis* percorrido pelos agentes, que abordaram a vítima em um semáforo e apontaram a arma de fogo contra ela, anunciando o assalto, mas não lograram êxito em subtrair o automóvel em virtude da reação da vítima, segundo consta da moldura fática descrita no acórdão (e-STJ fl. 77):

[...] o réu e seu comparsa avistaram o carro do ofendido se aproximando e reduzindo a velocidade em função do sinal vermelho, e resolveram abordá-lo.

Assim, os dois indivíduos cercaram o automóvel, e apontaram a arma de fogo contra a vítima. Todavia, o ofendido, que é policial militar, ao perceber a movimentação dos meliantes sacou seu revólver e disparou contra os agentes, que acabaram por revidar.

Após lograr êxito em fugir, a vítima foi até o Terminal Sacomã, pensando que pudesse ter sido ferido pelos disparos efetuados pelo acusado e seu comparsa, oportunidade em que pediu apoio à Polícia Militar, que eu seguida logrou êxito em localizar o réu que havia dado entrada no Hospital Heliópolis, após ter sido ferido na Estrada das Lágrimas.

Nesse contexto, inviável a alteração do patamar aplicado, uma vez que, tendo o Tribunal *a quo*, de forma fundamentada, concluído acerca do *quantum* a ser estabelecido para a redução da pena pela tentativa, para se concluir de maneira diversa, haveria a necessidade de revolvimento fático-probatório, o que não pode ser realizado na via eleita.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO DA TENTATIVA NO GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

I - O v. acórdão combatido fundamentou adequadamente o percentual de redução em decorrência do reconhecimento da tentativa com base em circunstâncias concretas e na extensão do iter criminis percorrido, encontrando-se devidamente fundamentado, não havendo que se falar, neste ponto, em contrariedade à norma federal.

II - Ademais, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem e aplicar a tentativa no grau máximo seria imprescindível o revolvimento fático-probatório dos autos, o que é inviável na presente instância recursal, haja vista o óbice da Súmula 7/STJ.

Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1147574/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER,

Superior Tribunal de Justiça

QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A alteração do julgado, para se concluir de modo diverso quanto ao iter criminis percorrido considerado pelo Tribunal de origem e, conseqüentemente, determinar qual seria a fração adequada a aplicar pela tentativa, necessitaria do revolvimento de fatos e provas dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1594254/MT, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 06/11/2017)

Assim, mantêm-se o *quantum* de redução de 1/3 (um terço) pela tentativa, ficando a pena definitivamente fixada em **4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa**, pois não há outras causas modificativas.

Por fim, verifica-se que o regime inicial fechado foi estabelecido com a seguinte fundamentação (e-STJ fls. 86-88):

No caso dos autos, deve-se destacar a gravidade in concreto do delito, vez que o apelante agiu em comparsaria com outro indivíduo, além de portar arma de fogo, que ademais foi disparada contra a vítima, a demonstrar total desprezo pela norma penal e pelas regras de convívio em sociedade.

[...]

De rigor, portanto, a manutenção do regime fechado para início de cumprimento da reprimenda carcerária, nos termos do artigo 33, §3º do Estatuto Repressor, único suficiente à prevenção e reprovação do delito, como requer a acuação.

Consolidou-se neste Tribunal Superior o entendimento de que se afigura possível o resgate inicial da reprimenda em regime mais gravoso do que o cabível em razão do *quantum* da sanção imposta com base em elementos concretos do delito, o que se evidencia na hipótese dos autos.

Verifica-se, da leitura do excerto transcrito, que foi considerada a gravidade concreta da conduta, especialmente o fato de que os agentes efetuaram disparos de arma de fogo contra a vítima, circunstância que constitui fundamento suficiente para a imposição do modo prisional mais gravoso, a despeito de a reprimenda ter sido fixada em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão para o delito de roubo duplamente circunstanciado.

Assim, não se pode considerar ilegal o acórdão proferido pela Corte estadual no ponto em que aplicou o regime fechado, visto que foi apresentada fundamentação idônea

Superior Tribunal de Justiça

para justificar o encarceramento mais gravoso.

Nesse mesmo vértice:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA EM FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA LEGAL NO CRIME DE ROUBO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE DENOTAM MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. SÚMULA N. 443/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

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/STJ).

3. Na espécie, a majoração das penas em fração superior a 1/3 possui lastro em circunstâncias concretas e idôneas, como o maior número de agentes em comparsaria e o emprego de mais de uma arma de fogo.

4. "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" (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

5. No caso, embora o paciente seja tecnicamente primário e a condenação não exceda 8 anos de reclusão, extrai-se da transcrição supra que o regime inicial fechado pautou-se em fundamentação concreta e idônea, qual seja, o emprego de mais de uma arma de fogo na empreitada criminoso, o que denota a maior periculosidade da ação e justifica o recrudescimento do regime.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 423.560/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 01/10/2018)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO

Superior Tribunal de Justiça

QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL
EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.

Súmula n. 443 do STJ.

2. 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.

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. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria.

(HC 222.445/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir a pena cominada ao paciente para **4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 10 (dez) dias-multa**, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator