

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.925 - SP (2019/0300431-1)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABRIELA GALETTI PIMENTA - SP310845
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GABRIEL BARBOSA DOS SANTOS (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado em favor de GABRIEL BARBOSA DOS SANTOS contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 1502037-09.2018.8.26.0223.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal, e lhe foi negado o direito de recorrer em liberdade – e-STJ fls. 10-16.

O recurso ministerial foi provido para majorar a reprimenda para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mantida, no mais, a sentença – e-STJ fls. 63-74.

Sustenta a impetrante que a majorante do emprego de arma deveria ser afastada, haja vista que não foi realizada a apreensão do artefato e a sua perícia.

Declara que não teria sido apresentada fundamentação idônea a justificar o aumento aplicado na terceira etapa da dosimetria, em razão das majorantes do roubo – emprego de arma de fogo e concurso de agentes –, salientando que a elevação em 3/8 (três oitavos) teria sido motivada apenas no número de causas agravadoras, devendo ser reduzida para 1/3 (um terço), em consonância com a Súmula n. 443/STJ.

Por fim, declara que a gravidade do delito, por si só, não é fundamento idôneo para a fixação do regime inicial fechado no crime de roubo, de modo que seria mais justo o estabelecimento do semiaberto.

Requer a concessão sumária e definitiva do *writ* para que seja redimensionada a reprimenda, com a fixação do regime inicial menos gravoso.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 78-79).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 147-168.

Em parecer (e-STJ fls. 170-177), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

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.

Superior Tribunal 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.

Acerca do tema deste *habeas corpus*, é preciso ter presente que os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de que, por se tratar de exercício que envolve a apreciação do conjunto probatório e das peculiaridades de cada caso concreto, compete ao magistrado de primeiro grau, secundado pelo tribunal, em apreciação de eventual recurso de apelação, a análise da situação concreta e, observando os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fixar a reprimenda adequada.

A intervenção do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal fica restrita a hipóteses de evidente desproporcionalidade ou de flagrante ilegalidade, quando então será permitida a alteração do regime inicial ou o redimensionamento da sanção a partir do balizamento fático estabelecido nos autos, corrigindo eventual desacerto quanto à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como ajustes nas frações de aumento ou de diminuição e aferição das causas especiais que elevam ou reduzem a pena.

No tocante à aventada ilegalidade na terceira fase da dosimetria, no que se refere à pretendida exclusão da causa de aumento do emprego de arma, a questão referente à legalidade ou não da manutenção da majorante, quando a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, comprovado o seu efetivo poder vulnerante, findou dirimida neste Superior Tribunal quando do julgamento do EResp n. 961.863/RS, no dia 13/12/2010, pela Terceira Seção, que houve por bem rejeitar os embargos de divergência, em acórdão lavrado pelo Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

Superior Tribunal de Justiça

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria.

(EResp 961863/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 06/04/2011)

Assim, confirmou-se a orientação que já vinha sendo seguida por esta Quinta Turma, pacificando neste Superior Tribunal a questão referente à legalidade da aplicação da causa de especial aumento de pena do inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, mesmo não tendo sido apreendida e periciada a arma empregada no roubo, a fim de comprovar o seu poder vulnerante, quando existirem nos autos elementos de prova a atestar o seu efetivo emprego.

Na hipótese, nota-se que o colegiado estadual manteve a aplicação da causa especial de aumento nos seguintes termos (e-STJ fl. 70):

Assim, as firmes e uníssonas declarações das vítimas e os seguros reconhecimentos por elas realizados, aliados ao depoimento do policial civil tornam inquestionável a autoria do delito, de modo que a condenação de Gabriel Barbosa dos Santos era o desfecho natural da causa.

De igual modo, ante o farto conjunto probatório amalhado aos autos, restaram sobejamente comprovadas as causas especiais de aumento de pena, por ter havido emprego de arma e concurso de agentes, pelo que merece guarida o pleito do Ministério Público quanto ao reconhecimento daquela causa de aumento e, por outro lado, não há cogitar o afastamento desta última causa de aumento, como pretende a douta defesa.

Não é demais dizer que, no que tange ao emprego de arma, é despicienda a efetiva apreensão da arma e perícia.

Nesse contexto, verificando-se que no caso concreto a prova oral foi utilizada para atestar o uso efetivo da arma no roubo, ficando plenamente comprovado o seu emprego, não há como excluir da condenação a causa de especial aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do CP.

Ademais, o poder vulnerante integra a própria natureza do artefato, sendo ônus da defesa, caso alegue o contrário, ou seja, sustente ausência de potencial lesivo do objeto utilizado para intimidar a vítima, provar tal evidência, nos termos do contido no art. 156 do CPP, o que, diga-se, não ocorreu.

São os precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO

Superior Tribunal de Justiça

DEMONSTRADO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. O acórdão impugnado firmou entendimento consoante com a jurisprudência desta Corte Superior de serem desnecessárias, para a configuração da causa de aumento de pena no roubo, a apreensão e a perícia de arma quando a sua utilização puder ser demonstrada por outros meios de prova. Aplicação da Súmula n. 83 do STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 541.760/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 17/05/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CAUSA DE AUMENTO. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. POTENCIALIDADE LESIVA. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 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. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência nº 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.

3. "Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal" (HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, maioria, Dje de 05.06.2009). Na hipótese vertente, tendo as instâncias de origem concluído pelo emprego de arma de fogo com potencial lesivo, a alegação de que se tratava de um mero simulacro demanda o reexame do contexto fático-probatório, incabível no veio restrito e mandamental do habeas corpus.

[...]

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime inicial semiaberto.

(HC 347.599/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe

Superior Tribunal de Justiça

10/03/2016)

No tocante à fração de aumento decorrente das majorantes do roubo, observa-se que a sentença condenatória consignou o seguinte (e-STJ, fl. 72):

[...]enquanto no terceiro momento, em razão das duas causas de aumento concurso de agentes e emprego de arma , aumenta-se a pena em 3/8 (três oitavos), conforme entendimento desta Colenda Câmara, pelo que é tornada definitiva em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Verifica-se, da leitura dos excertos supra, que a fração de aumento da pena foi fixada apenas por se considerar a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado. Assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no enunciado sumular 443 desta Corte Superior, a saber:

Na terceira fase, as penas foram majoradas em 3/8 pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, o que restou justificado pelo delito ter sido cometido por cinco agentes armados.

Desta feita, deve-se utilizar o critério subjetivo por ser mais favorável ao réu e por obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO QUANTUM DE AUMENTO IMPOSTO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 443/STJ. REGIME. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. Nos termos da Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o quantum de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à

quantidade de majorantes.

4. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. 5. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*. No caso, as subtrações dos veículos foram realizadas em concurso de agentes entre os pacientes e grave ameaça, por meio da utilização de arma de fogo e de veículo de apoio, o que denota a maior reprovabilidade da conduta e a necessidade de regime mais rigoroso, em atendimento ao princípio da individualização da pena. 6. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes).

7. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir as penas dos pacientes para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado.

(HC 479.960/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019)"

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 16, CAPUT, DA LEI 10.826/03, ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP, ART. 157, § 2, I, II E V, DO CP E ART. 155, § 4º, II E IV, DO CP. AGRAVO DE A. M. DA S. S. SUSTENTAÇÃO ORAL NO AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE. DECISÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. AUMENTO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA PELO NÚMERO DE MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA 443/STJ. REDUZIDA AS PENAS. AGRAVO IMPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

6. **Flagrante ilegalidade reconhecida, porquanto, na terceira fase da pena, exige-se fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua majoração a mera indicação do número de causas de aumento do delito de roubo, nos termos da Súmula 443 desta Corte.**

7. **Agravos regimentais improvidos e habeas corpus concedido,**

Superior Tribunal de Justiça

de ofício, para reduzir as penas dos agravantes relacionadas aos crimes de roubo, ante a inobservância da Súmula 443/STJ, mantido o regime fechado.

(AgRg no REsp 1668610/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)"

Assim, vislumbra-se presente o constrangimento ilegal deduzido, impondo-se a concessão da ordem de ofício nesse ponto, pois não se apontou justificativa circunstancial que permita a adoção da fração de 3/8 (três oitavos) na hipótese, devendo, portanto, ser reduzido o *quantum* do aumento ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço), ficando a reprimenda do paciente estabelecida em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, diante da ausência de outras causas modificativas.

Quanto à pretensão de abrandamento do regime prisional, colhe-se da sentença, a qual foi mantida nos mesmos termos pelo colegiado estadual (e-STJ, fl. 28):

Também é o caso de acolher o pleito do Ministério Público referente à alteração de regime, para fixar o fechado, pois, no caso em comento, trata-se de ilícito penal grave, que toda vez que é perpetrado fomenta ainda mais a crescente intranquilidade social. Outrossim, a periculosidade concreta de Gabriel Barbosa dos Santos, em perpetrar grave crime, em estabelecimento comercial, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, reclama punição mais severa e efetiva.

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado considerou apenas a gravidade em abstrato do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte no enunciado 440, a saber:

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 também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes 718 e 719, 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.

Superior Tribunal de Justiça

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse norte, os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO EM 1º INSTÂNCIA. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA AFRONTA AO ART. 155 DO CPP.

NÃO CONFIGURAÇÃO. ELEMENTOS OBTIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL, CORROBORADOS PELA PROVA JUDICIALIZADA. VALIDADE PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DE DUAS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS PELA DEFESA. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS AINDA NÃO EXAURIDAS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - Na hipótese, denota-se que a pena foi exasperada na fração de 3/8 (três oitavos) com base na gravidade concreta do delito perpetrado pelo paciente, pois houve a participação de três agentes, com emprego de arma, o que certamente acentua o potencial vulnerante e expõe a um risco maior a integridade física da vítima, restando, assim, devidamente justificado o patamar fixado pelas instâncias ordinárias.

VI - Quanto à fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena, verifica-se que foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena aplicado.

VII - Desse modo, sendo o réu primário, fixada a pena-base no mínimo legal e considerada como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

VIII - Está autorizada a execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, ressalvadas hipóteses em que seja possível a superação de tal entendimento pela existência de flagrante ilegalidade.

Superior Tribunal de Justiça

IX - Na hipótese, contudo, não foram exauridas as vias recursais ordinárias, diante da oposição de embargos declaratórios pela Defesa, pendentes de julgamento, fato que impede, por enquanto, a aplicação do precedente fixado pelo STF.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto, para o início de resgate da pena do paciente, e para suspender os efeitos da execução provisória até o esgotamento das vias recursais ordinárias, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 490.914/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 03/04/2019)"

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal - CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e ns. 718 e 719 da Súmula do STF.

3. A mera referência genérica, pelo Tribunal a quo, à violência e à grave ameaça empregadas no delito de roubo, inerentes ao próprio tipo penal, não constitui motivação idônea para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, conforme entendimento desta Corte. Precedentes.

4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade dos pacientes, sendo imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento inicial da pena dos pacientes.

(HC 469.398/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)"

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo **semiaberto** ao paciente, nos termos do art. 33, § 2º, alínea *b*, e § 3º, do CP.

Superior Tribunal de Justiça

Ante o exposto, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, não conheço do *writ*, contudo, **concedo o habeas corpus de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, Código de Processo Penal, a fim de redimensionar a reprimenda para **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão** e fixar o **regime prisional semiaberto** para início do cumprimento da pena.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 25 de novembro de 2019.

Ministro JORGE MUSSI

Relator

