

HABEAS CORPUS Nº 485.227 - SP (2018/0339821-4)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BRUNA GONÇALVES DA SILVA LOUREIRO - RJ142665
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WELLINGTON GONCALVES DE SOUSA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WELLINGTON GONCALVES DE SOUSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0103993-89.2012.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, por oito vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal (e-STJ fls. 22-27).

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso da defesa, mantendo incólume a sentença condenatória (e-STJ fls. 44-60).

Sustenta a impetrante, em síntese, que a dosimetria da pena imposta ao paciente contém vícios sanáveis pela via eleita.

Aduz a possibilidade de reconhecimento de crime único, visto que as vítimas foram abordadas em um mesmo contexto, não tendo sido intencional a agressão a múltiplos patrimônios.

Entende ser indevido o aumento em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, com base apenas na quantidade de majorantes, devendo ser reduzido para 1/3 (um terço).

Aponta a necessidade de mitigação do regime inicial para o semiaberto, haja vista as peculiaridades do caso concreto.

Requer, ao final, o redimensionamento da reprimenda do paciente, com a fixação do regime prisional semiaberto.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 64-65).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 116-118).

O Ministério Público Federal, às fls. 122-132 (e-STJ), manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

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 artigo 105 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 artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Superior Tribunal de Justiça

No tocante à fração de aumento decorrente das majorantes do roubo, observa-se que a Corte estadual consignou o seguinte (e-STJ, fls. 56-58):

*"Por fim, na terceira fase, **mantenho o aumento em três oitavos, tal como fixado.***

Quanto ao uso de arma de fogo, para tipificar-se a causa de aumento basta o emprego de arma, servindo para tanto arma imprópria.

[...]

Em relação a majorante de concurso de pessoas, quanto ao concurso, basta para a tipificação da causa de aumento, que o crime seja praticado por duas pessoas.

No caso dos autos o número de autores foi superior, indicando maior reprovabilidade, posto maior ataque ao bem jurídico pelo número de agentes, indicando a necessidade de aumento acima do mínimo.

Como visto, o número superior de agentes, que não se confunde com a elementar da causa de aumento, é indicativo de maior reprovabilidade e permite exasperação da pena."

Verifica-se, da leitura dos excertos supra, que a fração de aumento da pena foi fixada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado e, assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no Enunciado Sumular n.º 443 desta Corte Superior, a saber:

"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".

Desta feita, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e 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, 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 em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**.

Por outro lado, quanto ao pleito de afastamento do concurso formal, colhe-se do acórdão recorrido (e-STJ fl. 46):

"Não há que se falar em crime único. E isto porque foram retirados bens diretamente da posse de vítimas diferentes, dando plena ciência de que se afetavam mais de um patrimônio, praticando grave ameaça contra vítimas distintas. Assim, demonstrada a materialidade de roubos, em concurso formal."

Da leitura do excerto transcrito, constata-se que o aresto impugnado converge ao entendimento assente por este Tribunal Superior sobre o assunto, no sentido de não considerar crime único quando, no mesmo contexto fático, há subtração de bens pertencentes a patrimônios distintos, podendo, no caso, incidir a regra do concurso formal, prevista no art. 70 do Estatuto Repressivo.

Exatamente esta é a hipótese dos autos, na qual se verifica que o Tribunal de origem consignou haver diversidade de vítimas e patrimônios, ainda que a ação tenha se desenrolado em contexto único.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO E EXTORSÃO. CONCURSO FORMAL. CONFIGURAÇÃO. AÇÃO ÚNICA E VÍTIMAS DISTINTAS. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7

DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME DE EXTORSÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. TERCEIRA FASE. CAUSAS DE AUMENTO DO CRIME DE ROUBO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONCRETA. QUATRO AGENTES NA PRÁTICA DELITIVA. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE E AGRESSÃO. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. *O entendimento desta Corte é o de que a prática do crime de roubo mediante uma só ação, mas contra vítimas distintas, enseja o reconhecimento do concurso formal, e não de crime único. Precedentes do STJ (HC 366.078/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/2/2017).*

2. *Quanto ao concurso de crimes, inafastável a incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, porquanto necessário o reexame do conjunto fático-probatório.*

3. *A dosimetria da pena só pode ser reexaminada em recurso especial quando se verificar, de plano, a ocorrência de erro ou ilegalidade, em flagrante violação do art. 59 do Código Penal - CP, o que não se constata no tocante ao vetor consequências do crime de extorsão, que foi considerado negativo com fundamento em elementos concretos.*

4. *O Superior Tribunal de Justiça - STJ consagrou o entendimento de que o recrudesimento 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 causas de aumento. Nesse diapasão, a Súmula n. 443/STJ. In casu, a pena foi aumentada em 3/8 pelo Tribunal de origem, com fundamentação concreta, reveladora da acentuada gravidade do delito de roubo cometido por*

4 indivíduos que restringiram a liberdade das vítimas e agrediu uma delas. Essas circunstâncias indicam o grau mais elevado de periculosidade e reprovabilidade da conduta, justificando o tratamento mais rigoroso adotado pela instância ordinária, em observância ao princípio da individualização da pena.

5. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no AREsp 968.423/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 13/02/2019)"

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONCURSO FORMAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 381, III, E 564, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TESE DEFENSIVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME

ÚNICO. IMPROCEDÊNCIA. PATRIMÔNIOS DE VÍTIMAS DISTINTAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VIOLÊNCIA EXARCEBADA. VÍTIMA LESIONADA. FUNDAMENTO IDÔNEO. EXASPERAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA DE MULTA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO DO RECURSO. SÚMULA N. 284/STF.

1. A tese deduzida no recurso especial de que houve violação aos arts. 381, III, e 564, IV, do Código de Processo Penal não foi discutida pelo acórdão recorrido, inexistindo o requisito do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.

2. Outrossim, é válida a utilização da técnica da fundamentação per relationem, em que o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios, como na espécie. Precedentes.

3. "Não há falar-se em nulidade se atesta a Corte local que a condenação não se baseou unicamente no reconhecimento fotográfico do paciente, ademais ratificado em juízo, mas também em outros admitidas elementos a justificar o suporte probatório da autoria" (HC n. 414.348/SP, relator Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 8/5/2018, DJe 21/5/2018).

4. "É assente nesta Corte Superior que o roubo perpetrado contra diversas vítimas, ainda que ocorra em um único evento, configura o concurso formal e não o crime único, ante a pluralidade de bens jurídicos tutelados ofendidos" (HC n. 438.443/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/9/2018, DJe 28/9/2018).

5. "Ainda que a violência não tenha o condão de justificar, por si só, o aumento da pena como consequências do delito de roubo, por constituir, em regra, fator comum à espécie, enquanto delito patrimonial cuja prática de violência ou grave ameaça é elementar do tipo, constitui justificativa válida para o desvalor quando a violência se mostra anormal, desbordando do caminho razoavelmente utilizado para o crime" (HC n. 275.444/RS, rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 11/11/2016), como verificado na espécie.

6. Nos termos da Súmula n. 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". No caso dos autos, a sentença e o acórdão apresentaram a qualificação dos fatos que caracterizaram maior reprovabilidade e periculosidade da conduta do réu, que se distanciou da normalidade de crimes dessa natureza, justificando o aumento da pena em fração superior a 1/3 na terceira fase da

dosimetria.

7. "A ausência de indicação do dispositivo de lei federal supostamente violado pela instância ordinária caracteriza deficiência na fundamentação, o que atrai a incidência da Súmula n.

284 do STF, aplicada por analogia ao recurso especial" (AgRg nos EDcl no AREsp n. 456.426/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 2/3/2017).

8. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 1155424/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 13/11/2018)"

Feitas tais ponderações, levando-se em consideração que o aumento da pena deve ser determinado de acordo com número de infrações cometidas, neste caso, sendo oito as infrações, de rigor a manutenção do aumento de 1/2 (metade) pela existência do concurso formal, perfazendo a reprimenda final do paciente em **8 (oito) anos de reclusão**, diante da ausência de outras causas modificativas.

Em sentido análogo:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. ROUBOS DUPLAMENTE MAJORADOS EM CONCURSO FORMAL (SETE VEZES). DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI. TERCEIRA FASE. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO RECONHECIDO NA ORIGEM. FRAÇÃO DE AUMENTO EM RAZÃO DO CONCURSO FORMAL. NÚMERO DE DELITOS COMETIDOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. DETRAÇÃO. AINDA QUE APLICADA, NÃO ALTERARIA A MODALIDADE FIXADA PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME MAIS GRAVOSO APLICADO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E EM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

- Em relação à fração adotada para aumentar a pena em razão do reconhecimento do concurso formal, nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, esse aumento tem como parâmetro o número de delitos perpetrados, no intervalo legal entre as frações de 1/6 e 1/2.

- No presente caso, tratando-se de sete infrações, a escolha da fração de 1/2 foi correta, não havendo ilegalidade a ser sanada.

- A aplicação do comando previsto no § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, refere-se, simplesmente, ao cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, o que demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena

para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º, do art. 33, do Código Penal.

- Contudo, na hipótese, mantida a reprimenda definitiva no patamar em que aplicada na origem, e considerando a reincidência do paciente e a presença de circunstância judicial desfavorável, impõe-se a fixação do regime inicialmente fechado, que permaneceria sendo o adequado ainda que se procedesse à detração do tempo de prisão cautelar cumprido pelo paciente. Assim, é irrelevante a concessão da ordem, de ofício, para determinar que a instância a quo considere o cômputo da detração.

- Habeas corpus não conhecido. (HC 475.974/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019)"

"HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. OCORRÊNCIA DE CRIME CONTINUADO E CONCURSO FORMAL. INCIDÊNCIA DA EXASPERAÇÃO ATINENTE À CONTINUIDADE DELITIVA, A FIM DE EVITAR BIS IN IDEM. PRECEDENTES. ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. FRAÇÃO ADEQUADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. SÚMULAS N.os 440 DESTA CORTE, 718 E 719, AMBAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. OBSERVÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Na hipótese em que restar caracterizada a ocorrência das figuras do concurso formal e do crime continuado, a fim de evitar o bis in idem, é de rigor fazer incidir, na terceira fase da dosimetria, tão somente a exasperação de pena atinente à continuidade delitiva.

2. In casu, à vista do cometimento de 5 (cinco) roubos em concurso de agentes e emprego de grave ameaça por meio do uso de armas de fogo, não há constrangimento ilegal na exasperação da pena levada a efeito pela Corte de origem, no patamar intermediário de 1/2 (metade), pela aplicação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal.

3. Inexiste violação das Súmulas n.os 440 desta Corte Superior, 718 e 719, ambas do Supremo Tribunal Federal, quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta do delito. No caso, considerou-se, para a fixação do regime inicial fechado, que o Paciente praticou os delitos, em concurso de agentes, com emprego de arma de fogo e grave ameaça, circunstâncias que demonstram maior reprovabilidade da conduta delituosa. Precedentes.

4. Ordem denegada. (HC 470.750/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 19/02/2019)"

Por fim, em relação à pretensão de abrandamento do regime prisional, colhe-se do acórdão reprochado (e-STJ, fls. 58-59):

"O regime fechado impõe-se. O apelante demonstrou culpabilidade acima do normal, com alta periculosidade, praticando o delito em estabelecimento comercial, o que coloca em risco a integridade de diversas pessoas. Ademais, praticou diversidade de delitos em curto espaço de tempo, o que denota que faz disso seu meio de vida. Demonstrou ousadia, reprovabilidade e periculosidade acima do normal, sendo o regime fechado o único adequado no caso em exame, nos termos do artigo 33, §3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal. Ademais, o regime menos gravoso, em face da maior reprovabilidade não terá o condão de desestimular a prática de novos crimes, o que por si só já autoriza o regime fechado. Finalmente, pelo quantum de pena impossível outro regime."

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 (e-STJ fl. 55), como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 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 ns. 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.

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.

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 de 03/04/2019, sem grifos no

original.)

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 de 15/02/2019; sem grifos no original.)

Assim, fixada a reprimenda em 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.

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 **8 (oito) anos de reclusão**, e fixar o regime prisional **semiaberto** para início do cumprimento da pena.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator