

HABEAS CORPUS Nº 512.360 - SP (2019/0151303-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAPHAEL CAMARÃO TREVIZAN - AC004256
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVI SOUSA SANTOS (PRESO)
PACIENTE : JOSÉ RICARDO PINHO GONÇALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de DAVI SOUSA SANTOS e JOSÉ RICARDO PINHO GONÇALVES contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação n. 0039383-59.2011.8.26.0564.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 8 (oito) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 51 (cinquenta e um) dias-multa, como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, por três vezes, na forma do art. 70, todos do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, para redimensionar a reprimenda de DAVI em 7 (sete) anos, 11 (onze) meses e 1 (um) dia de reclusão, mais multa, e a de JOSÉ RICARDO em 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias, mais multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória.

Neste *writ*, o impetrante alega a ausência de fundamentação suficiente a justificar o reconhecimento do concurso formal de crimes, aduzindo que a conduta foi única, devendo, portanto ser aplicada a regra do crime único em favor dos réus.

Sustenta a ilegalidade da elevação da pena-base de DAVI pelos maus antecedentes, visto que foi utilizada condenação com trânsito em julgado ocorrido há mais de cinco anos, defendendo, ainda, que o aumento foi desproporcional, sendo devida sua redução para o patamar mínimo de 1/6 (um sexto).

Assevera que deve ser excluída a causa de aumento da pena pelo emprego de arma de fogo, uma vez que não houve apreensão nem perícia do artefato.

Destaca a violação da Súmula 443/STJ, uma vez que a elevação da sanção na terceira etapa da dosimetria foi com base apenas no número de majorantes do roubo, sendo cabível, assim, a aplicação da fração em 1/3 (um terço).

Aduz a inexistência de motivação para a fixação do regime prisional para o início do resgate da reprimenda.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja reconhecido o crime único, redimensionada a pena dos pacientes e alterado o regime inicial para o semiaberto.

A liminar foi indeferida às fls. 48-49.

Informações prestadas às fls. 55-73.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 75-80, pelo não

conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

Com efeito, com relação à pretensão de reconhecimento de um único crime de roubo, extrai-se do acórdão impugnado que a autoridade impetrada reputou presentes os requisitos do concurso formal de crimes "*já que restou comprovado que o réu, mediante uma só ação, subtraiu bens pertencentes a três vítimas diferentes*" (e-STJ fl. 24).

Tal entendimento encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que pacificou-se no sentido de que o roubo praticado mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não caracteriza crime único, mas sim delitos em concurso formal.

Ademais, desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias referente ao concurso de crimes, não encontra espaço na via eleita, porquanto seria necessário a este Tribunal Superior aprofundado revolvimento do contexto fático-probatório, providência exclusiva das instâncias ordinárias.

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)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME.

ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. AUMENTO DA REPRIMENDA, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, ACIMA DA RAZÃO MÍNIMA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. PATRIMÔNIOS DISTINTOS. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. 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 DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA EM PARTE.

[...]

3. Caracteriza-se o concurso formal de crimes quando praticado o roubo, mediante uma só ação, contra vítimas distintas, pois atingidos patrimônios diversos. Precedentes.

4. 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, a audácia do Paciente, que praticou os delitos, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, em via pública e à noite, circunstância que demonstra maior reprovabilidade da conduta delituosa. Precedentes.

5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para reduzir a fração da majorante, aplicada na terceira fase, de 3/8 (três oitavos) para 1/3 (um terço), redimensionando as penas, nos termos explicitados no voto.

(HC 459.546/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019)

Sobre o reconhecimento de maus antecedentes com relação ao paciente DAVI, a Corte estadual consignou o seguinte (e-STJ fl. 39):

"Quanto ao réu Davi, o aumento inicial fica reduzido a 1/5, diante da comprovada presença de somente duas condenações definitivas (fls. 47 e 60 do apenso), perfazendo, pois, quatro anos, nove meses e dezoito dias de reclusão, e doze dias- multa."

In casu, observa-se que o *decisum* alinhou-se à jurisprudência deste Sodalício, a qual milita no sentido de que condenações transitadas em julgado, ainda que atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, inciso I, do CP, podem ser consideradas como maus antecedentes, razão pela qual deve ser mantida a vetorial considerada desfavorável ao sentenciado.

Na mesma direção, confirmam-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÕES ANTERIORES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR PREVISTO NO ART. 64, I, DO CP. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CONFIGURAR MAUS ANTECEDENTES. ALEGAÇÃO DE REFORMA PARA PIOR. NÃO OCORRÊNCIA. CORTE LOCAL QUE AMPAROU-SE NA EXISTÊNCIA DE OUTRA CONDENAÇÃO ANTERIOR DEFINITIVA, NÃO ATINGIDA PELO PERÍODO DEPURADOR, PARA MANTER O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o tempo transcorrido após o cumprimento ou a extinção da pena não impede a análise desfavorável de tais circunstâncias, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do sistema da perpetuidade, ao contrário do que se verifica na reincidência (art. 64, I), pois o legislador não limitou temporalmente a configuração dos maus antecedentes ao período depurador quinquenal. Nos precedentes colacionados pelo agravante, nos quais houve a relativização desse entendimento pelo excessivo decurso do tempo, observa-se que as condenações anteriores haviam transitado em julgado ou sido extinta a punibilidade há mais de 15 anos da data dos fatos apurados nos respectivos autos. No presente caso, quanto à condenação anterior atingida pelo período depurador, nota-se que a extinção da punibilidade só transitou em julgado em

4/8/2011, ou seja, 7 anos antes do delito apurado nesses autos, período que não se configura como excessivo, ultrapassando apenas em 2 anos o período depurador.

2. No caso, o magistrado sentenciante havia utilizado condenação definitiva anterior já alcançada pelo período depurador (art. 64, I, do CP) para caracterizar a agravante da reincidência. A Corte local, no julgamento da apelação, constatando o equívoco, amparou-se na existência de outra condenação anterior definitiva, a qual não havia sido alcançada pelo prazo previsto no artigo 64, I, do Código Penal, e manteve a incidência da agravante em questão. O procedimento adotado pela Corte local não importou em reforma para pior. O reconhecimento da agravante da reincidência já estava consignado na sentença, de modo que não houve inovação valorativa do Tribunal de origem nesse sentido. Demais disso, não houve alteração no quantum da pena fixada na sentença, de sorte que descabe falar em reforma para pior no presente caso.

3. Agravo desprovido.

(AgRg no HC 502.268/MS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 23/08/2019)

HABEAS CORPUS. PENAL. FALSIFICAÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO.

DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. AFASTAMENTO. PERÍODO DEPURADOR. NÃO POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A circunstância judicial de "maus antecedentes" abrange as condenações definitivas, por fato anterior ao delito, atingidas pelo período depurador da reincidência, ressalvada casuística constatação do decurso de considerável lapso temporal ou de pequena gravidade do fato prévio. Precedentes do STJ.

2. Consoante julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, "[a] legislação penal é muito clara em diferenciar os maus antecedentes da reincidência. O art. 64, do CP, ao afastar os efeitos da reincidência, o faz para fins da circunstância agravante do art. 61, I; não para a fixação da pena-base do art. 59, que trata dos antecedentes." (RE 901.145 AgR, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/10/2018, DJe-237 08/11/2018).

3. A prescrição da pretensão executória não tem o condão de afastar os efeitos secundários da condenação, motivo pelo qual não obsta a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes com base em registro criminal de condenação por ela alcançada.

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 476.154/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 28/03/2019)

Ademais, na presente hipótese, verifica-se que a exasperação em 1/5 (um quinto) foi fixada de forma proporcional, uma vez que o aumento superior foi justificado pela existência duas condenações, afastado, desta forma, o pleito subsidiário.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO DOBRO DO MÍNIMO LEGAL, COM LASTRO EM TRÊS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (CULPABILIDADE DO AGENTE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO BÁSICA. QUANTUM DESPROPORCIONAL. REDUÇÃO PARA A FRAÇÃO PRUDENCIAL DE 1/6 PARA CADA VETORIAL NEGATIVADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

- O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada vetorial desfavorecida.

[...]

- Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de 6 anos e 3 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 464.591/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe de 14/02/2019; sem grifos no original.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. 2/3 ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. PENA REDIMENSIONADA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada vetor desfavorável, em situações nas quais não há fundamentação específica que justifique a necessidade de elevação superior a esse patamar (REsp n. 1.741.828/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/9/2018).

2. Na hipótese, negatived apenas uma circunstância judicial, denota-se excessiva a fixação da pena-base em 2/3 acima do mínimo legal previsto pelo preceito secundário do delito.

3. Tendo o Tribunal a quo asseverado que os maus antecedentes decorrem de duas condenações anteriores transitadas em julgado (ameaça e tentativa de homicídio qualificado), a fixação da pena-base em 1/3 acima do mínimo legal atende ao princípio da

proporcionalidade.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 473.257/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe de 04/02/2019; sem grifos no original.)

No tocante à qualificadora de uso de arma de fogo, a Corte *a quo* assentou (e-STJ fl. 38):

"As majorantes (emprego de arma e concurso de agentes) devem permanecer porque, de igual modo, ficaram configuradas e foram demonstradas pelo robusto e coeso acervo oral, pois os ofendidos sempre afirmaram que o crime foi praticado por três agentes (os acusados e outro indivíduo não identificado), um deles armado, a evidenciar que a empreitada foi, de fato, perpetrada em comparsaria e com emprego de, pelo menos uma arma de fogo, o que basta para a configuração da majorante respectiva, a despeito da ausência de apreensão do armamento usado durante a execução dos crimes, porquanto, é sabido, se a palavra da vítima é suficiente para comprovar a autoria do crime, evidentemente, também se presta a demonstrar as suas circunstâncias, modo de execução e presença de majorantes, como na espécie, irrelevante, no particular, a falta de apreensão do instrumento intimidador e de respectiva perícia."

Depreende-se do excerto extraído do aresto impugnado, que o reconhecimento da majorante pela utilização de arma de fogo encontra-se lastreada em farta prova testemunhal advindas, especialmente, dos relatos das vítimas do caso em testilha, fundamento suficiente para aplicação da referida qualificadora, não havendo, no ponto, ilegalidade e reparar.

Nessa esteira, cumpre destacar que *"a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo."* (AgRg no AREsp 1221290/PI, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018).

A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. CAUSA DE AUMENTO. EMPREGO DE

ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS COMPROVANDO O EMPREGO DO ARTEFATO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CP. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF.

1. A Corte originária reconheceu a existência de elementos de prova suficientes para embasar o decreto condenatório pela prática do crime de roubo. Assim, a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ e Súmula n. 279/STF).

2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é dispensável 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 no caso concreto, em que há declaração das vítimas atestando o seu emprego.

3. Quanto à apontada violação ao art. 59 do Código Penal, o recurso especial se revela deficiente quanto à fundamentação, carecendo da exposição das razões pelas quais o acórdão teria afrontado esse dispositivo. Incide, no caso, a Súmula n. 284/STF.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1403414/PA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 27/06/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO REDUÇÃO DA PENA-BASE. EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. INVIABILIDADE. SIGNIFICATIVO PREJUÍZO FINANCEIRO SUPOSTO PELA VÍTIMA. QUANTUM DE AUMENTO PROPORCIONAL À GRAVIDADE DA CONDUTA. EXCLUSÃO DA MAJORANTE PELO USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. ENTENDIMENTO QUE ESTÁ EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA DESSA CORTE SUPERIOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

- A incidência da majorante pelo uso de arma de fogo foi lastreada em vasto acervo probatório, consubstanciado no testemunho da vítima e nos depoimentos prestados pelos policiais. Diante disso, a conclusão pela exclusão da majorante, como pretendido, demandaria a imersão vertical na moldura fática e

probatória delineada nos autos, providência incabível na via processual eleita.

- Mesmo após a superveniência das alterações trazidas, em 24/5/2018, pela Lei n. 13.654/2018, essa Corte Superior, no que tange à causa de aumento do delito de roubo prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal - nos casos em que utilizada arma de fogo -, manteve o entendimento exarado por sua Terceira Seção, no sentido de ser desnecessária a apreensão da arma utilizada no crime e a realização de exame pericial para atestar a sua potencialidade lesiva, quando presentes outros elementos probatórios que atestem o seu efetivo emprego na prática delitiva, uma vez que seu potencial lesivo é *in re ipsa*.

- As pretensões formuladas pela impetrante encontram óbice na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, sendo manifestamente improcedentes.

- Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 473.117/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019)

Sobre a alegada ausência de fundamentação concreta para justificar a exasperação operada face ao concurso de majorantes, segue trecho do acórdão vergastado (e-STJ fl. 39):

"Remanescem, contudo, os aumentos aplicados na terceira fase da dosimetria, isto é, 3/8 decorrente das majorantes (concurso de agentes e emprego de arma), fração adequada e compatível com a gravidade concreta dos delitos, e, na sequência, de modesto 1/5, em razão do concurso formal, caracterizado pela violação de três patrimônios distintos por meio de ação única, como previsto no artigo 70, do Código Penal, razões pelas quais descabe cogitar-se de redução, na parcela."

A par dos fundamentos carreados na resposta à apelação, verifica-se que a fração de aumento da pena foi fixada apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas aos sentenciados e, assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no Enunciado Sumular n. 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).

Nessa esteira:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. SÚMULA N. 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Por se tratar de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O Superior Tribunal de Justiça - STJ consagrou 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 majorantes. Nesse diapasão, a Súmula n. 443 desta Corte. In casu, na terceira fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal - CP), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "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". No caso dos autos, considerou-se na origem, a gravidade concreta do crime, posto praticado em concurso de agentes, com o uso ostensivo de arma de fogo, elementos valorados na terceira etapa da dosimetria, que demonstram uma maior periculosidade do agente, tal como maior ameaça à incolumidade da vítima. Tal motivação, a meu sentir, se mostra suficiente para justificar o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. Inaplicáveis, portanto, os enunciados n. 440/STJ e n. 718/STF.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente, que se torna definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, mantido o regime inicial fechado para o seu

cumprimento.

(HC 485.212/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019)"

"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)"

Destarte, vislumbra-se presente o constrangimento ilegal deduzido, impondo-se a reparação tópica no acórdão atacado, 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).

Finalmente, em relação ao regime prisional fixado, o Colegiado manteve a modalidade fechada, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 39):

"Correto o regime prisional imposto para o início da expiação (fechado), por ser o único adequado para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza e porque a concessão de regime diverso desvitaliza a eficácia intimidante da pena e incentiva a prática reiterada destes delitos patrimoniais, praticados mediante grave ameaça ou violência à pessoa, o que provoca grande desassossego no meio social, sem deslembrar os maus antecedentes ostentados por Davi.

Ademais, as Súmulas 269 e 440 do STJ e 718 e 719 do STF não possuem caráter vinculante e, considerando que

a determinação do regime prisional não é mero consectário do montante da pena, ex vi do disposto no artigo 59 do Código Penal, força é convir que o agente de roubo se sujeita ao regime fechado, porque a autoria de crime dessa natureza põe em evidência 'personalidade' marcadamente defeituosa (RJDTACRIM 28/227)"

In casu, com relação ao paciente JOSE RICARDO, verifica-se que, de fato, não foram apresentados fundamentos jurídicos idôneos capazes de sustentar o agravamento do regime. Observa-se que o regime inicial fechado foi mantido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime de roubo, o que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação do sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos (e-STJ fls. 38/39).

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 n. 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. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA (CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA). ACRÉSCIMO FIXADO EM 3/8. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS N.os 440 DESTA CORTE E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A presença de mais de uma causa de aumento de pena no

crime de roubo não é razão obrigatória de majoração da punição em patamar acima do mínimo previsto, a menos que o Magistrado, considerando as peculiaridades do caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação. Entendimento consolidado no enunciado n.º 443 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

2. Na hipótese, o acréscimo da pena implementado em 3/8 (três oitavos), em decorrência das majorantes previstas no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal, foi concretamente fundamentado, notadamente em virtude do modus operandi do delito, praticado com ousadia e periculosidade, o que demonstra a idoneidade da exasperação. Precedentes.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, dada a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, considerada a primariedade e a inexistência de fundamentação concreta para a fixação do regime diverso do legal, não é possível infligir regime prisional mais gravoso. Precedentes. Entendimento sedimentado nos Verbetes Sumulares n.os 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação dos Pacientes, fixar o regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena.

(HC 472.746/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 22/11/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESCABIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, em relação ao regime de cumprimento da prisão, é uniforme no sentido de que "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" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF).

III - "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" (Súmula n. 440/STJ).

IV - Na hipótese, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na majorante do emprego de arma de fogo e 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.

V - Desse modo, sendo os réus primários, fixadas as penas-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.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena dos pacientes, mantidos os demais termos da condenação. (HC 442.914/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018).

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

Já em relação ao paciente DAVI SOUSA, o pedido de abrandamento de regime não merece acolhimento, porquanto, apesar de afastados as justificativas declinadas pelo Colegiado, persiste circunstância judicial desfavorável na primeira fase da dosimetria, o que, por si só, é elemento apto ao recrudesimento do regime.

Ademais, cumpre ressaltar que a remansosa jurisprudência deste Tribunal consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO TRIPLAMENTE MAJORADO. FOLHA DE ANTECEDENTES. DOCUMENTO HÁBIL E SUFICIENTE À COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. USO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS DIVERSOS. ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ACRÉSCIMO FIXADO EM 2/5 (DOIS QUINTOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. ORDEM DENEGADA. [...]

4. A Corte de origem manteve o acréscimo de 2/5 (dois quintos) em razão das três majorantes do delito de roubo (emprego de

arma, concurso de agentes e restrição de liberdade), com fundamentação concreta, tendo em vista o "expressivo grau de intimidação e humilhação que as circunstâncias majorantes impuseram à vítima", considerando, em especial, "que ficou em poder dos malfeitores por aproximadamente vinte minutos, tendo sido libertado somente quando chegaram os policiais", o que demonstra a idoneidade da majoração, conforme firmado no Verbete Sumular n.º 443 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Considerando-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, porque reconhecida circunstância judicial desfavorável ao Condenado, tem-se por justificada a imposição de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 475.694/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 30/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. REGIME FECHADO. JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

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

III - Na hipótese, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente detém circunstância judicial desfavorável, a qual se restou bem fundamentada pelas instâncias de origem, ante a culpabilidade exacerbada do agravante, o qual efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima, sendo justificável, destarte, a imposição do regime mais gravoso sequente, qual seja, o fechado, no termos do art. 33, parágrafo 3º do Código Penal. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 506.188/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2019, DJe 04/06/2019)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, **a ordem**, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para fixar, em relação ao paciente JOSÉ RICARDO PINHO GONÇALVES, o regime semiaberto para o resgate da reprimenda, e readequar a fração de elevação da pena face ao concurso de

Superior Tribunal de Justiça

majorantes, em 1/3 (um terço), para ambos os pacientes, devendo ser realizada nova dosimetria pelo juízo competente.

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator