



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.569 - SP (2015/0154623-6)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL BATISTA COSTA (PRESO)
PACIENTE : DOUGLAS DONIZETE BATISTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. DOSIMETRIA. 1) CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. 2) CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO DE PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 3) REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. REINCIDÊNCIA 4) DETRAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– Falta interesse de agir ao pedido da impetrante de compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência porque o Tribunal de origem já havia acatado o pleito ao tempo da interposição do presente *writ*.

– Nos termos do disposto do Enunciado n. 443 da Súmula 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". Ressalva do entendimento deste Relator.

– Na hipótese, o aumento da pena em fração superior a 1/3 seguiu o critério matemático, a evidenciar a necessidade de aplicação da fração mínima.

– Nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal - CP, considerando a pena aplicada, superior a 4 anos, e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, e tratando-se de paciente reincidente, fica perfeitamente justificado o regime prisional fechado, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.

– A inobservância do art. 387, § 2º, do CPP não foi debatida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo Tribunal de origem, motivo pelo qual não merece ser analisada diretamente no STJ, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para reduzir a pena imposta aos pacientes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.569 - SP (2015/0154623-6)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DANIEL BATISTA COSTA (PRESO)

PACIENTE : DOUGLAS DONIZETE BATISTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de DANIEL BATISTA COSTA e DOUGLAS DONIZETE BATISTA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0023967-12.2013.8.26.0037.

Consta dos autos que os pacientes, presos desde 27.10.2013, foram condenados como incurso nos arts. 157, § 2º, incisos I e II, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas de 5 anos, 5 meses e 4 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 12 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação que foi parcialmente provido para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, reduzindo as penas ao patamar de 4 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 11 dias-multa. O acórdão ficou assim ementado:

Apelação - Roubo com emprego de arma de fogo e comparsaria, na forma tentada - Autoria e materialidade bem comprovadas - Palavra coerente das vítimas - Firme reconhecimento operado em juízo - Testemunhos policiais - Confissão - Compensação da reincidência com a atenuante da confissão que deve ser observada - Reforma nesse sentido - "Conatus" - Regime inicial fechado que se mantém - Recursos parcialmente providos. (fl. 16).

Os Embargos de Declaração opostos foram rejeitados em acórdão de fls. 20/23.

No presente *writ*, a defesa alega que a agravante da reincidência deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão espontânea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma que, na terceira fase da dosimetria, a pena não pode ser aumentada em razão da incidência de duas causas de aumento do crime de roubo, sob pena de afronta à Súmula n. 443 deste Superior Tribunal de Justiça

Aduz que deve ser aplicada a regra da detração prevista no art. 387, §2º, do CPP, para fixar o regime semiaberto.

Pugna, assim, pela revisão na dosimetria da pena e transferência dos pacientes para o regime semiaberto, com base no art. 387, § 2º, do CPP, bem como da incidência da Súmula 440/STJ.

Indeferido o pedido de liminar (fls. 63/64) e prestadas informações pelas instâncias ordinárias (fls. 84/139), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento, mas pela concessão parcial da ordem de ofício (Fls. 143/151).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.569 - SP (2015/0154623-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Busca-se, na presente impetração, a compensação da confissão espontânea com a reincidência, bem como a redução do aumento de 3/8 para 1/3 na terceira fase da dosimetria da pena e fixação do regime inicial semiaberto.

Quanto aos pontos trazidos na presente impetração, veja-se a transcrição da sentença condenatória:

Caracterizado o crime de roubo, na forma tentada, provada a autoria, a materialidade, o concurso de pessoas e o uso de arma (art. 157, § 2º, I e II, CP), passo, com fulcro nos artigos 59 e 68 do Código Penal à fixação da pena. Respeitando o sistema trifásico, fixo a pena-base em 1/3 acima do mínimo legal com relação aos três réus, pela existência de ao menos três circunstâncias judiciais desfavoráveis. Os réus são indivíduos dados à delinquência há muitos anos e já estiveram envolvidos em inúmeros delitos, e mesmo após o cumprimento de pena, continuam a delinquir, indicando, portanto, personalidade extremamente criminosa e perigosa. Também possuem maus antecedentes, como se verifica das certidões demonstrando condenação anterior com trânsito em julgado (ALEXANDRE - fls. 16 do apenso, DOUGLAS - fls. 34, 35, 36, 37, 41/42, 45/46, e DANIEL, pela própria folha de antecedentes). Por fim, as circunstâncias da ação criminosa e o grau de culpabilidade, isto é, a forma como subjugaram as vítimas e a violência empregada também reportam ao aumento da pena-base. Nenhuma circunstância judicial favorável pode ser mencionada. O fato de eventualmente estar trabalhando com carteira registrada, como mencionado pela defesa do corréu ALEXANDRE, não é mais que obrigação de qualquer cidadão. Pena-base, portanto, em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão para os três réus.

Na segunda fase reconheço a agravante da reincidência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também para os três réus (ALEXANDRE - fls. 22, DANIEL - fls. 10, e DOUGLAS - fls. 49/52, tudo dos apensos próprios). Também reconheço a atenuante da confissão espontânea. A circunstância agravante é preponderante, na forma do art. 67 do Código Penal, e a confissão pouco contribuiu para o desfecho do julgamento, visto que a prova já caminhava para indicação precisa de os réus eram mesmo os autores do crime, inclusive multirreincidência dos réus, envolvidos em crimes de extrema gravidade, como tráfico de entorpecentes, majoro a pena em 1/3 pela agravante e diminuo em 1/6 pela atenuante da confissão, restando, nesta fase, em 5 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 03 (três) dias de reclusão.

No terceiro estágio, majoro a pena em 3/8, para todos os réus, pela incidência das duas causas de aumento de pena (concurso de agentes e emprego de arma de fogo), bem como diminuo a pena em 1/3 pela tentativa, neste patamar considerando o extenso percurso do iter criminis, muito próximo da consumação, que não ocorreu pela rápida e eficaz atuação da polícia militar, bem como pela discussão doutrinária acima mencionada, podendo-se defender, inclusive, que o delito teria sido consumado.

Pena final, portanto, em 05 (cinco) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias de reclusão para todos os réus. A pena pecuniária, utilizados os mesmos critérios, é fixada em 12 (doze) dias-multa, unitariamente no mínimo legal. O crime praticado pelos acusados é gravíssimo e, analisadas as circunstâncias em que ocorreu, ou seja, em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo, conclui-se, como mencionado no aumento da pena-base, serem os réus pessoas de personalidade perigosa, dada à delinqüência, o que exige uma postura mais severa do Poder Judiciário. Sem contar o valor que estavam subtraindo e o fato de todos serem reincidentes. Com tais fundamentos, estabeleço o regime fechado como inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta e vedo a interposição de recurso (fls. 13/14).

O Tribunal de origem, por sua vez, reformou a sentença de piso, nos termos da seguinte fundamentação:

Pelas circunstâncias judiciais, vale dizer, antecedentes (todos tem), grau de culpabilidade e a forma como subjugaram as vítimas, as penas iniciais foram exasperadas de 1/3, ficando em 05 anos, 04 meses e 13 dias-multa.

Na segunda fase, pela reincidência dos três (fls. 22, 10 e 43, dos apensos próprios), praticou-se a preponderância da reincidência, procedendo-se à majoração de 1/3. Ao depois, pela confissão, houve a redução de 1/6.

Entanto, preservado o entendimento do douto magistrado, a reincidência de cada um deve ser compensada com a atenuante da confissão, mantendo-se, assim, as bases aplicadas.

Na etapa seguinte, aplicaram-se mais 3/8, pelo emprego de arma e comparsaria, ficando as sanções em 07 anos, 04 meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e 17 dias multa (fl. 18).

Após, houve redução mínima de 1/3, pela tentativa, nos termos da denúncia, chegando-se às definitivas, já redimensionadas, de 04 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão e 11 dias multa.

E descabida a incidência de fração maior de redução, porque, em verdade, consumado o delito, em ocorrendo a inversão clara da posse dos bens.

[...].

Outrossim, acertado o regime prisional inicial fechado, não só pelas reincidências e gravidade concreta da conduta, mas também porque demonstradas ousadia e frieza na execução do crime, peculiaridades a denotarem evidente periculosidade por parte dos agentes.

Dá-se parcial provimento aos recursos, para que sejam reduzidas as penas dos três réus para 04 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 11 dias multa (fls. 18/19).

Inicialmente, verifica-se que o Tribunal de origem efetuou a compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, o que demonstra a total falta interesse de agir quanto ao ponto. No mesmo sentido, cito precedente:

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES PRATICADOS CONTRA TODAS AS VÍTIMAS E REDUÇÃO DO ACRÉSCIMO EMPREENDIDO DE 2/3 PELA CONTINUIDADE DELITIVA DOS CRIMES COMETIDOS EM PARTICULAR CONTRA CADA VÍTIMA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (3) DOSIMETRIA. PENAS-BASE. DIMINUIÇÃO DO QUANTUM APLICADO. (A) EM RELAÇÃO A TRÊS VÍTIMAS, PENAS-BASE FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL. FALTA INTERESSE DE AGIR. (B) PENA-BASE. QUANTUM APLICADO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUARTA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (4) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É de ver, no que concerne aos pedidos para ser reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes praticados contra todas as vítimas e redução do acréscimo empreendido de 2/3 pela continuidade delitiva dos crimes cometidos em particular contra cada vítima, que essas matérias sequer foram ventiladas perante o Tribunal de origem, portanto, a análise neste Sodalício ensejaria indevida supressão de instância, o que não é possível, como cediço.

3. No que se refere ao pedido de diminuição do quantum aplicado nas penas-base em relação às vítimas Raquel, Ana Paula e Amanda, verifica-se a falta de interesse de agir, pois



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foram fixadas no mínimo legal para cada crime cometido. De outro lado, no que diz respeito à vítima Juliana, inexistiu ilegalidade na dosimetria da pena se o magistrado de primeiro grau e o Tribunal de origem apontaram motivos concretos para a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

4. Writ não conhecido. (HC 214.982/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 4/11/2013).

Noutro ponto, é certo que esta Corte firmou o entendimento de que o critério para a elevação da pena, em função das causas de aumento no crime de roubo, não deve ser meramente matemático, mas subjetivo, a depender das circunstâncias do caso concreto.

O aludido entendimento culminou na elaboração do Enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, segundo o qual:

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 mesmo sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (DUAS VEZES). ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

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. Em minha concepção - que não é acompanhada pela maioria da Sexta Turma - atende ao critério da proporcionalidade das penas, bem como ao efeito dissuasório, punir o autor do roubo que empunha arma de fogo e, no caso vertente, age em coautoria delitiva e mediante restrição da liberdade da vítima, com pena concretamente mais grave em relação à que caberia, *in thesis*, a outros perpetradores de roubo que, agindo sem comparsaria, apenas se valem de arma branca como meio intimidatório da vítima.

3. Contudo, as instâncias ordinárias não destacaram a maior temibilidade da conduta perpetrada pelos pacientes e tampouco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fizeram qualquer esforço argumentativo para caracterizar as majorantes como indicativas de comportamento mais grave, o que se considera, na dicção da Turma, imprescindível para sua incidência.

4. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir, ao mínimo legal, o aumento de pena na terceira etapa da dosimetria e readequar a pena final de ANDERSON TADEU DA SILVA PINTO para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão e a de RAMON CUNHA ROSA para 7 anos, 3 meses e 3 dias de reclusão (HC 303.429/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, C.C. ART. 70, E ART. 329, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (3) CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PARCIAL. UTILIZAÇÃO PARA EMBASAR A SENTENÇA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. (4) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (5) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Inexiste ilegalidade na primeira fase da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação do patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, se a confissão do réu, ainda que parcial ou retratada, for utilizada pelo magistrado para fundamentar a condenação, deve incidir a respectiva atenuante. Por envolver a personalidade do agente, a atenuante da confissão espontânea é igualmente preponderante e deve ser compensada com a agravante da reincidência.

4. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente, apenas no tocante ao crime de roubo circunstanciado, para 8 (oito) anos, 3 (três) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 19 (dezenove) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 289.934/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 03/12/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante o entendimento firmado nesta Corte, faço ressalva de meu entendimento pessoal quanto à questão.

A elevação progressiva da pena em razão da presença de maior ou menor número de circunstâncias majorantes é a que melhor representa o critério da proporcionalidade na retribuição penal. Não se pode apenar o agente que comete delito no qual incide uma única causa de aumento da mesma maneira que outro que o cometa utilizando-se de duas causas de aumento.

Há que se ponderar que a ausência de reflexão, na dosimetria, a respeito do número de circunstâncias presentes pode servir como estímulo à prática de delitos mais graves, uma vez que os roubos praticados sob tais circunstâncias – em concurso de agentes, com arma de fogo ou com restrição da liberdade das vítimas, por exemplo – têm maior chance de não serem frustrados durante sua execução.

Por outro lado, a adoção de um critério que aprecie as majorantes de forma quantitativa não impede que o julgador realize a dosimetria, também, pelo prisma qualitativo. Assim, acaso presente uma circunstância de especial gravidade, o magistrado pode exasperar a pena de modo conforme. Sempre em atenção ao princípio da proporcionalidade, é possível que um crime praticado com uma única causa de aumento de pena seja tão reprovável quanto um praticado com a presença de todas. É justo que a majoração da pena incida em nível máximo em ambos os casos, e não apenas no primeiro.

A despeito de tais ponderações, com ressalva de meu entendimento pessoal, acolho o posicionamento da maioria.

No caso dos autos, seguindo o entendimento desta Corte, verifica-se que o Magistrado de primeiro grau não utilizou fundamentação concreta e suficiente para majorar a pena em $\frac{3}{8}$, deixando de demonstrar em que medida a conduta do paciente teria desbordado para um comportamento mais grave.

Assim, necessária a realização de nova dosimetria, para reduzir a exasperação da pena ao patamar mínimo de $\frac{1}{3}$.

Dessa forma, passo a refazer a dosimetria das penas.

Para ambos os réus, na segunda fase da dosimetria, foi mantida a pena-base fixada em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. Na terceira fase, acresço a pena em $\frac{1}{3}$ para alcançar o patamar de 7 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 17 dias-multa.

Em razão da tentativa, mantem-se a redução da pena em 1/3, fixando-se o patamar de 4 anos, 8 meses e 26 dias de reclusão e 11 dias-multa, montante que torno definitivo ante a ausência de outras causas de aumento e diminuição.

Por fim, quanto ao regime prisional, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Seguindo tal entendimento, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual "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 mesmo sentido são os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

No caso dos autos, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal e o regime inicial fechado foi imposto com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis e na reincidência.

Destarte, não verifico flagrante ilegalidade perpetrada pelas instâncias ordinárias. Isso porque, nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal, considerando a pena aplicada e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional fechado, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal. No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 35, CAPUT, C.C. O ART. 40, VI, DA LEI N.º 11.343/06. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. O disposto no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.736/2012, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

4. Na hipótese, ainda que seja computado o período em que o paciente ficou custodiado antes da prolação da sentença condenatória, é inviável a fixação de regime inicial diverso do fechado, eis que o quantum de pena repousa em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, mesmo descontado o período de prisão preventiva, e há circunstância judicial desfavorável. Ademais, o magistrado invocou elementos concretos relativos às circunstâncias do crime, que respaldam o regime inicial mais gravoso.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 305.598/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 4/2/2015)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. IMPROCEDÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. TESE DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA DO RÉU. GRAVIDADE CONCRETA DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. DESCABIMENTO. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PRETENSÃO DE INICIAR O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CABIMENTO DO REGIME INICIAL FECHADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

1. Não procede a alegação de nulidade da ação penal por cerceamento de defesa, consistente em defesa técnica deficiente, tendo em vista que, ao contrário do arguido, o Recorrente foi satisfatoriamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

assistido por seu advogado constituído, em todas as fases do processo. Precedentes desta Corte e do Excelso Pretório.

2. Conforme o enunciado n.º 523 da Súmula do Excelso Pretório, "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu." 3. Hipótese em que a manutenção da custódia cautelar encontra-se suficientemente fundamentada em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade do Agente, que, acompanhado de seu comparsa, abordou a vítima quando esta saía de instituição financeira, ameaçando-a com arma de fogo, "em via pública de grande movimento, o que demonstra audácia dos agentes e a certeza da impunidade", tudo a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública, considerando-se, sobretudo, o modus operandi do delito. Precedentes.

4. Não é possível determinar a incontinenti soltura de Condenado que permaneceu segregado processualmente durante a tramitação do processo-crime em primeiro grau, em razão do entendimento "de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/8/2008).

5. Inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a gravidade concreta dos delitos demonstra serem insuficientes para acautelar a ordem pública.

6. A existência de condições pessoais favoráveis - tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa - não tem o condão de, por si só, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema, como ocorre na hipótese em tela.

7. No caso, o Condenado é primário, mas a pena-base restou fixada acima do mínimo legal, ante a presença de circunstância judicial desfavorável. Assim, considerando o quantum de pena estabelecido, cabível o regime inicial fechado de acordo com as regras previstas no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

8. Recurso ordinário desprovido. (RHC 43.239/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/8/2014, DJe 2/9/2014).

Por fim, ressalto que a alegada falta de aplicação do art. 387, § 2º, do CPP, não foi debatida perante o Tribunal de origem, não sendo cabível, portanto, seu conhecimento nesta Corte Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

No mesmo sentido, vejam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, II, DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA FURTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (3) CONFISSÃO NÃO CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. (4) TENTATIVA. RECONHECIMENTO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. (5) APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. (6) NÃO CONHECIMENTO.

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

2. *O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime de roubo para a furto.*

3. *É firme a jurisprudência deste Sodalício em não reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.*

4. *Para se atender ao reconhecimento da tentativa seria necessária uma análise acurada dos fatos, provas e elementos de convicção em que se arrimaram as instâncias ordinárias, o que se afigura inviável em sede de habeas corpus, pois importaria em transformar o writ em recurso dotado de ampla devolutividade.*

5. Tendo sido afastada a aplicação do art. 387, §2º, do Código de Processo Penal (detração) pelo magistrado a quo, bem como por se tratar de tema não analisado em sede de apelação, momento em que não foram opostos embargos declaratórios, inviável a apreciação quanto à aplicabilidade do instituto por esta Corte, sob pena de supressão de instância e/ou revolvimento fático-probatório.

6. *Habeas corpus não conhecido (HC 329.418/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 1º/10/2015, DJe 22/10/2015).*

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício para reduzir a pena imposta aos pacientes para 4 anos, 8 meses e 26 dias de reclusão e 11 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0154623-6

HC 328.569 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00239671220138260037 20140000558409 20150000242552 239671220138260037

EM MESA

JULGADO: 19/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ERIC GUILHERME FERREIRA DE CARVALHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DANIEL BATISTA COSTA (PRESO)
PACIENTE	: DOUGLAS DONIZETE BATISTA (PRESO)
CORRÉU	: ALEXANDRE SILVA COLOMBO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.