



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.951 - SP (2016/0263183-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS BORGES
PACIENTE : DIEGO CARLOS DO NASCIMENTO DE MELO
PACIENTE : CARLOS DOUGLAS SILVA ALVES

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. TRANSCURSO DO PERÍODO DEPURADOR. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. LEGALIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO NA TERCEIRA ETAPA DOSIMÉTRICA. NÚMERO DE MAJORANTES. SÚMULA 443/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - *"O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - Está em conformidade com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o incremento punitivo, a título de maus antecedentes, em decorrência de condenações com trânsito em julgado já depuradas (art. 64, inciso I, do Código Penal), imprestáveis para fins de reconhecimento da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal).

IV - O Superior Tribunal de Justiça tem entendido "[...] não ser possível mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido" (HC n. 343.787/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 8/9/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

V - As instâncias ordinárias fixaram a fração de **3/8 (três oitavos)** em virtude da incidência de **duas** causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido com restrição da liberdade da vítima e em concurso de agentes. Ou seja, foi considerado somente o critério numérico, sem que houvesse a devida fundamentação concreta, contrariando o entendimento pacífico deste Tribunal Superior.

VI - O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012. Compete, portanto, ao próprio magistrado que proferir sentença condenatória computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para, então, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a reprimenda final do paciente **ANDERSON** ao patamar de **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime inicialmente semiaberto; a do paciente **DIEGO** ao patamar de **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão**; e a do paciente **CARLOS** ao patamar de **7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão**; e para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de a detração do tempo de prisão cautelar influir sobre o regime inicial a ser fixado a esses últimos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de maio de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.951 - SP (2016/0263183-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo** em benefício de ANDERSON DOS SANTOS BORGES, DIEGO CARLOS DO NASCIMENTO MELO e CARLOS DOUGLAS SILVA ALVES, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que os ora pacientes "*resultaram condenados por infração ao art. 157, § 2º, II e V, por três vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal, sendo aplicadas a ANDERSON as penas de 06 anos e 05 meses de reclusão, no regime semiaberto, e 15 dias-multa e, a DIEGO, de 07 anos, 05 meses e 25 dias de reclusão, no regime fechado, e 17 dias-multa e, a CARLOS, de 07 anos, 08 meses e 12 dias de reclusão, no regime fechado, e 18 dias-multa*" (fl. 70).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal, na eg. Corte estadual, que a ela negou provimento, nos termos de v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO QUALIFICADO - Materialidade e autoria comprovadas - Absolvição - Impossibilidade - Apreensão da coisa subtraída em poder dos acusados – Inversão do ônus da prova – Pena - Aplicada corretamente – Regimes prisionais eleitos - Adequados - Apelos improvidos" (fl. 79).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega que "*o aumento [da pena-base de CARLOS] com fulcro em condenações depuradas, o que ocorreu na primeira fase da dosimetria, é inviável, diante do princípio constitucional da proporcionalidade, da finalidade da pena e da proibição da utilização de paradigmas do direito penal do autor e das penas de caráter perpétuo*" (fl. 3).

Aduz ainda, no ponto, que "*o juízo a quo se apoiou apenas em uma delas [das circunstâncias judiciais] para aumentar a pena em 1/5. Diante do número restante de elementos que devem ser considerados, 07, respectivamente, os quais não militam*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contra o recorrente, já que a decisão foi silente nesse ponto, o aumento se mostra exagerado, não devendo prevalecer" (fl. 8).

Argumenta com relação a todos os pacientes que, "de acordo com o artigo 93, inciso IX, da CF, o critério para a majoração deve ter por base circunstâncias do caso concreto. Logo ele deve ser qualitativo, sendo insuficiente o parâmetro quantitativo" (fl. 9).

Sustenta que "a gravidade ínsita ao delito é incapaz de embasar a determinação do regime mais gravoso, à luz do art. 93, IX, da CF e das Súmulas 718 e 719 do STF" (fl. 10).

Afirma que a norma do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal é dirigida ao processo de conhecimento.

*Requer, ao final, seja a ordem concedida para redimensionar as penas de todos os pacientes e readequar o regime inicial de cumprimento de **CARLOS** e **DIEGO**, nos termos da fundamentação anterior.*

A liminar foi denegada, às fls. 60-61.

As informações foram prestadas, às fls. 70-110.

*O **Ministério Público Federal** manifestou-se, em parecer de fls. 114-119, pelo não conhecimento da ordem.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.951 - SP (2016/0263183-9)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES COM TRÂNSITO EM JULGADO. TRANSCURSO DO PERÍODO DEPURADOR. CONSIDERAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. LEGALIDADE. FRAÇÃO DE AUMENTO NA TERCEIRA ETAPA DOSIMÉTRICA. NÚMERO DE MAJORANTES. SÚMULA 443/STJ. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - "*O entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - Está em conformidade com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o incremento punitivo, a título de maus antecedentes, em decorrência de condenações com trânsito em julgado já depuradas (art. 64, inciso I, do Código Penal), imprestáveis para fins de reconhecimento da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal).

IV - O Superior Tribunal de Justiça tem entendido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...] não ser possível mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido" (HC n. 343.787/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Sebastião Reis Júnior**, DJe de 8/9/2016).

V - As instâncias ordinárias fixaram a fração de **3/8 (três oitavos)** em virtude da incidência de **duas** causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido com restrição da liberdade da vítima e em concurso de agentes. Ou seja, foi considerado somente o critério numérico, sem que houvesse a devida fundamentação concreta, contrariando o entendimento pacífico deste Tribunal Superior.

VI - O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012. Compete, portanto, ao próprio magistrado que proferir sentença condenatória computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para, então, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a reprimenda final do paciente **ANDERSON** ao patamar de **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime inicialmente semiaberto; a do paciente **DIEGO** ao patamar de **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão**; e a do paciente **CARLOS** ao patamar de **7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão**; e para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de a detração do tempo de prisão cautelar influir sobre o regime inicial a ser fixado a esses últimos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre registrar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e se se tratar de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *"o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

O juiz singular procedeu à dosimetria das penas dos pacientes e à imposição dos regimes de cumprimento nos seguintes termos:

"Neste contexto, evidenciadas a autoria e a materialidade das infrações contra o patrimônio capituladas na denúncia, com a ressalva contida no parágrafo antecedente, passo à dosimetria das penas.

*Em relação ao denunciado **ANDERSON DOS SANTOS BORGES**, para cada qual dos delitos, fixo a pena base em quatro anos de reclusão e dez dias multa, no valor unitário mínimo legal. Na segunda fase da fixação da pena, sopesando a confissão com a reincidência e considerando que a presença da circunstância atenuante da menoridade relativa não possui o condão de reduzir a pena a limite inferior ao mínimo legal, mantenho a pena base tal como originariamente fixada. Incidente, por fim, a causa de aumento capitulada no parágrafo 2º, II e V, do artigo 157, do Código Penal, impõe-se a majoração da reprimenda pouco acima do mínimo legal, já que concorrem, na hipótese vertente, duas causas de aumento, vale dizer, em três oitavos, resultando em cinco anos, seis meses e treze dias de reclusão e treze dias multa, no valor unitário mínimo legal, à míngua de elementos acerca da capacidade econômica do réu.*

Por fim, tendo em vista o concurso formal de infrações, dada a prática de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crimes da mesma espécie, nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, aumento a pena em um sexto, totalizando seis anos e cinco meses de reclusão e quinze dias multa, no valor unitário mínimo legal, a qual torno definitiva.

Em relação ao denunciado **DIEGO CARLOS DO NASCIMENTO DE MELO**, para cada qual dos delitos, fixo a pena base em quatro anos de reclusão e dez dias multa, no valor unitário mínimo legal. Na segunda fase da fixação da pena, à míngua de atenuantes e considerando a presença da circunstância agravante da reincidência (certidão de fls. 56 do apenso próprio), aumento a pena base de um sexto, totalizando quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias multa, no valor unitário mínimo legal. Incidente, por fim, a causa de aumento capitulada no parágrafo 2º, II e V, do artigo 157, do Código Penal, impõe-se a majoração da reprimenda pouco acima do mínimo legal, já que concorrem, na hipótese vertente, duas causas de aumento, vale dizer, em três oitavos, resultando em seis anos e cinco meses de reclusão e quinze dias multa, no valor unitário mínimo legal, à míngua de elementos acerca da capacidade econômica do réu.

Por fim, tendo em vista o concurso formal de infrações, dada a prática de crimes da mesma espécie, nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, aumento a pena em um sexto, totalizando sete anos, cinco meses e vinte cinco dias de reclusão e dezessete dias multa, no valor unitário mínimo legal, a qual torno definitiva.

Em relação ao denunciado **CARLOS DOUGLAS SILVA ALVES**, para cada qual dos delitos, considerando que se trata de denunciado com personalidade voltada para a prática de delitos (certidões de fls. 34 e 44 do apenso próprio), fixo a pena base em quatro anos, nove meses e dezoito dias de reclusão e doze dias multa, no valor unitário mínimo legal. Na segunda fase da fixação da pena, à míngua de atenuantes e agravantes, mantenho a pena base tal como originariamente fixada. Incidente, por fim, a causa de aumento capitulada no parágrafo 2º, II e V, do artigo 157, do Código Penal, impõe-se a majoração da reprimenda pouco acima do mínimo legal, já que concorrem, na hipótese vertente, duas causas de aumento, vale dizer, em três oitavos, resultando em seis anos, sete meses e seis dias de reclusão e dezesseis dias multa, no valor unitário mínimo legal, à míngua de elementos acerca da capacidade econômica do réu.

Por fim, tendo em vista o concurso formal de infrações, dada a prática de crimes da mesma espécie, nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, aumento a pena em um sexto, totalizando sete anos, oito meses e doze dias de reclusão e dezoito dias multa, no valor unitário mínimo legal, a qual torno definitiva.

3. Neste contexto, julgo procedente a denúncia, para **CONDENAR** o réu **ANDERSON DOS SANTOS BORGES**, qualificado nos autos, à pena de **seis anos e cinco meses de reclusão** e quinze dias multa, no valor unitário mínimo legal por incurso artigo 157, parágrafo 2º, II e V, do Código Penal, na forma do artigo 70, ambos do Código Penal. Outrossim, julgo procedente a denúncia, para **CONDENAR** o réu **DIEGO CARLOS DO NASCIMENTO DE MELO**, qualificado nos autos, à pena de **sete anos, cinco meses e vinte cinco dias de reclusão** e dezessete dias multa, no valor unitário mínimo legal, por incurso artigo 157, parágrafo 2º, II e V, o Código Penal, por três



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vezes. Por fim, julgo procedente a denúncia, para **CONDENAR** o réu **CARLOS DOUGLAS SILVA ALVES** qualificado nos autos, à pena de **sete anos, oito meses e doze dias de reclusão** e dezoito dias multa, no valor unitário mínimo legal por incurso artigo 157, parágrafo 2º, II e V, o Código Penal, por três vezes.

À vista do que estabelece o artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial para cumprimento da pena para os réus é o fechado, único suficiente para a repressão da conduta e prevenção de reiterações, tendo em vista as especificidades do caso concreto, diante do concurso de infrações. Note-se, ainda, que os réus **ANDERSON** e **DIEGO** são **reincidentes específicos** (fls. 35 do apenso próprio), sendo certo que o réu **CARLOS** registra **duas condenações definitivas** (fls. 34 e 44 do apenso próprio), constando, ainda, de seus registros evasão de estabelecimento prisional. Todavia, em relação ao réu **ANDERSON DOS SANTOS BORGES**, à vista do tempo de prisão provisória e considerando o que dispõe o parágrafo 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, já que foi perfeito, na hipótese dos autos, o prazo de 1/6 para a progressão de regime, fixo regime semiaberto para início do cumprimento de pena" (fls. 75-77).

Já o v. acórdão combatido assim se pronunciou, no ponto:

"Os três acusados são reincidentes, possuindo o apelante **CARLOS**, ainda, maus antecedentes (fls. 34/35, 44 e 56 - autos em apenso).

Registre-se que 'Havendo condenação anterior, há mais de cinco anos, não há reincidência, mas os maus antecedentes permanecem' (HC 218239/GO - Ministra Maria Thereza de Assis Moura - DJ 20.08.2012).

Tratando-se de roubo duplamente qualificado, têm-se entendido como adequada a majoração de 3/8 (três oitavos).

Deste modo, as penas foram bem dosadas e fundamentadas, não comportando qualquer ajuste.

O crime foi praticado mediante grave ameaça à pessoa.

Ademais, o crime de roubo é tido como um dos mais graves, o qual vem trazendo intranquilidade e insegurança para a sociedade, devendo, por isso, merecer maior rigor e censurabilidade, como forma de desestimular que seus autores cometam novas infrações.

Desta forma, outro não poderia ser senão o regime inicial fechado, que fica mantido.

Por fim, detração é matéria típica do Juízo das Execuções Criminais, onde o pleito deve ser formulado, porquanto somente a este é dado conferir se o tempo da prisão provisória foi suficiente para autorizar eventual aplicação de regime mais brando.

Isto posto, nega-se provimento aos recursos" (fls. 82-83).

Não se constata nenhuma ilegalidade flagrante, na **primeira fase da**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria das penas dos pacientes.

Especificamente, no que se refere à pena-base do paciente **CARLOS**, consigno que está em conformidade com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça o incremento punitivo, a título de **maus antecedentes**, em decorrência de condenações com trânsito em julgado já depuradas (art. 64, inciso I, do Código Penal) para fins de reconhecimento da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal). Confirmam-se a respeito os seguintes precedentes:

"PENAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PRESENÇA DE DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR DE CINCO ANOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA EM RAZÃO DE PROCESSO-CRIME EM CURSO. ÓBICE DA SÚMULA/STJ 444. CONFISSÃO PARCIAL QUE SERVIU DE FUNDAMENTO PARA O JUÍZO CONDENATÓRIO. NECESSIDADE DE RECONHECIDO DA ATENUANTE. POSSIBILIDADE DE SUA COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM A AGRAVANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DAS DUAS CAUSAS DE AUMENTO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 443. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]"

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do **habeas corpus**, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 (cinco) anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de **maus antecedentes**. Precedentes.

4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos **maus antecedentes**, da conduta social e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem. Precedentes.

[...]

11. **Writ** não conhecido e **habeas corpus** concedido de ofício, para estabelecer a pena de 7 (sete) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório" (HC n. 369.394/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/11/2016).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. CRIME DE RECEPÇÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DIVERSAS DA CONSIDERADA COMO REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM NÃO CARACTERIZADO. CONDENAÇÕES ANTERIORES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OFENSA À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. [...]

3. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, a princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes.

[...]

5. **Habeas corpus** não conhecido" (HC n. 356.190/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 7/11/2016).

Ademais, também não assiste razão ao impetrante relativamente à alegação de **desproporcionalidade no quantum** de incremento da reprimenda na primeira fase da dosimetria das penas do paciente **CARLOS**, que se deu na fração de aproximadamente 1/5 (um quinto).

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido "[...] não ser possível mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, sendo assim, o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido" (HC n. 343.787/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sebastião Reis Júnior, DJe de 8/9/2016).

Como o Tribunal **a quo** ressaltou, com remissão a elementos constantes dos autos, os maus antecedentes do paciente, não há que reconhecer desproporção na pena-base aplicada.

Assim, existindo motivação particularizada para a valoração negativa da mencionada circunstância judicial, fundamentação esta referida ao caso em comento e que não desborda do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, não ocorre constrangimento ilegal. Nesse sentido os seguintes precedentes:

"PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VIOLÊNCIA SUPERIOR À ÍNSITA AO CRIME DE ROUBO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO PELA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA INFERIOR A 1/6 SEM FUNDAMENTAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do **habeas corpus**, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. No que se refere ao aumento da pena-base pela circunstâncias do crime, a dosimetria não merece reparo, pois as suas singularidades revelam a maior censurabilidade da conduta praticada pelo agente, considerando que a violência empregada desborda da ínsita aos crimes de roubo, a indicar a necessidade de maior resposta penal, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes.

[...]

6. **Writ** não conhecido e **habeas corpus** concedido, de ofício, para estabelecer a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa" (HC n. 369.303/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 18/10/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ACÓRDÃO DE REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. EXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO GENÉRICA. CONSEQUÊNCIAS. MORTE DA VÍTIMA. CONSIDERAÇÕES INERENTES AO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

3. Hipótese em que há manifesta ilegalidade na dosimetria da pena. A culpabilidade foi valorada negativamente sem fundamentação concreta. Quanto ao comportamento da vítima, não se indicou qualquer contribuição para o delito, devendo ser tido por neutro. Já as consequências apontadas pelo magistrado (perecimento de uma vida) são inerentes ao próprio tipo penal. Por outro lado, foram concretamente motivadas as circunstâncias do crime, o que autoriza a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo.

4. **Writ** não conhecido. Ordem concedida de ofício tão somente para reduzir a sanção imposta ao paciente a 14 (catorze) anos de reclusão, mantidos os demais termos da sentença" (HC n. 363.588/PE, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 10/10/2016).

Na **terceira etapa dosimétrica** da reprimenda de todos os pacientes, todavia, verifica-se a ocorrência de ilegalidade patente.

Nota-se que as instâncias ordinárias fixaram a fração de **3/8 (três oitavos)** em virtude da incidência de **duas** causas de aumento de pena, levando-se em conta apenas o fato de o crime ter sido cometido com restrição da liberdade da vítima e em concurso de agentes. Ou seja, foi considerado somente o critério numérico, sem que houvesse a devida fundamentação concreta, contrariando o entendimento pacífico deste Tribunal Superior.

Acerca do tema, destaco os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HC. ROUBO MAJORADO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...]

2. A sentença aplicou fração superior a 1/3 (um terço) para majorar a pena apenas em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que contraria o disposto na 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.'

3. Tendo o Colegiado de origem dado provimento ao apelo do Parquet para estabelecer pena-base acima do mínimo legal, por ter considerado desfavorável circunstância do art. 59 do Estatuto Repressor Penal, não se vislumbra constrangimento ilegal na fixação de regime mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta, não havendo se falar em violação das Súmulas/STF 718 e 718, bem como da Súmula/STJ 440.

4. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para redimensionar as penas impostas, fixando em 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e pagamento de 33 (trinta e três) dias-multa as reprimendas referentes ao réu Vinicius, e em 9 (nove) anos e 26 (vinte e seis) dias e pagamento de 38 (trinta e oito) dias-multa as sanções do acusado Rodrigo" (HC n. 331.722/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 18/5/2016).

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO. DESPROPORCIONALIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STF. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. 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.

6. As instâncias ordinárias, não obstante hajam particularizado o fato de o delito ter sido praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, não apontaram nenhum elemento dos autos (modus operandi, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade de exasperação da pena na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator.

[...]

*10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base ao mínimo legal, reconhecer a ilegalidade na redução da pena em relação à menoridade relativa do réu, adotar o patamar de 1/3 para o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria, resultando a pena definitiva do paciente em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto" (HC n. 228.310/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 11/3/2016).*

Tal entendimento já foi, inclusive, sumulado, consoante o disposto no enunciado n. **443 da Súmula/STJ**, 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.*"

Dessarte, **in casu**, deve ser aplicado o aumento na terceira fase da dosimetria em seu patamar mínimo, qual seja, **1/3 (um terço)**.

Assim, a nova reprimenda final do paciente **ANDERSON** resulta no patamar de **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**.

A nova reprimenda final do paciente **DIEGO** resulta no patamar de **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão**.

A nova reprimenda final do paciente **CARLOS** resulta no patamar de **7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão**.

O **regime inicial semiaberto** imposto ao paciente **ANDERSON**, já detraído o tempo de prisão cautelar, é o adequado, especialmente, levando-se em consideração a sua **reincidência**, nos termos do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

O impetrante postula ainda que se promova a readequação dos regimes iniciais de cumprimento da pena dos pacientes **CARLOS** e **DIEGO** e, com essa finalidade, que se determine o desconto do seu tempo de prisão provisória, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Verifica-se que o eg. Tribunal de origem entendeu que a detração do tempo de prisão cautelar deveria ser avaliada pelo **Juízo das Execuções**, instância competente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidir acerca da questão.

Não assiste razão à eg. Corte **a quo**.

Insta consignar que, com a entrada em vigor da Lei n. 12.736, de 30 de novembro de 2012, que acrescentou o § 2º, ao art. 387, do Código de Processo Penal, compete ao Juiz que proferir sentença condenatória computar o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, para então, fixar o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Observa-se que, nesta parte, o v. acórdão ora objurgado está em desconformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, não tendo sanado a omissão do d. magistrado de primeira instância quanto à análise da detração do tempo de prisão provisória na fixação do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade pelo título condenatório relativamente aos pacientes **CARLOS** e **DIEGO**.

A detração do período de segregação cautelar relativa ao delito em julgamento deve influenciar já no estabelecimento do regime inicial pela decisão condenatória, máxime quando, como no caso (fl. 71), não houver sido certificado o trânsito em julgado para a Defesa.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. NÃO APLICAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. VEDAÇÃO. INDIVIDUALIZAÇÃO DO REGIME. PENAS ALTERNATIVAS. VEDAÇÃO GENÉRICA E APRIORÍSTICA. INCONSTITUCIONALIDADE. DETRAÇÃO. ANÁLISE. NECESSIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

[...]

5. Nos termos da nova redação do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, o julgador deve computar o tempo de prisão provisória para fins de fixação do regime inicial da pena privativa de liberdade.

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, para que o Tribunal de origem proceda à fixação do regime inicial de cumprimento da pena com expressa observância das regras do art. 33 do CP, analisando, inclusive, a detração da pena, bem como à verificação do cabimento das penas alternativas, excluída a vedação genérica do art. 44 da Lei de Drogas" (HC n. 311.660/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 17/3/2015).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES. PENA: 5 ANOS E 4 MESES. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULA 440/STJ. DETRAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA NO MOMENTO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Nos termos da nova redação do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, dada pela Lei 12.736/2012, o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

5. Assim, ao final da dosimetria da pena, o juiz deve descontar da pena privativa de liberdade imposta ao condenado o período de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação. Se, com o tempo descontado, à luz do art. 33, § 2º, do Código Penal, for possível a alteração do regime, poderá o juiz estabelecer novo regime inicial de cumprimento, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal assim recomendarem.

[...]

7. **Habeas Corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime inicial aberto para o início do cumprimento da pena do paciente em virtude da detração" (HC n. 307.521/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Walter de Almeida Guilherme** - Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 3/12/2014, grifei).

Quanto à **quaestio** do regime inicial a ser fixado aos pacientes **CARLOS** e **DIEGO**, entendo que apenas após a avaliação da possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar, pelas instâncias ordinárias, será possível vislumbrar se haveria constrangimento ilegal na manutenção do **regime fechado** ou se a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis justificariam o agravamento do regime de cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do presente **habeas corpus**.

Concedo, todavia, a ordem, de ofício, para redimensionar a reprimenda final do paciente **ANDERSON** ao patamar de **6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão**, em regime inicialmente semiaberto; a do paciente **DIEGO** ao patamar de **7 (sete) anos, 3 (três) meses e 3 (três) dias de reclusão**; e a do paciente **CARLOS** ao patamar de **7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão**; e para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de a detração do tempo de prisão cautelar influir sobre o regime inicial a ser fixado a esses últimos.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0263183-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 373.951 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00914857720138260050 20160000508042 914857720138260050

EM MESA

JULGADO: 23/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDERSON DOS SANTOS BORGES
PACIENTE	: DIEGO CARLOS DO NASCIMENTO DE MELO
PACIENTE	: CARLOS DOUGLAS SILVA ALVES

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.