



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.296 - SP (2015/0134562-7)

RELATOR : **MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIEL BIDOIA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO DOMINGOS DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO. 1) DOSIMETRIA. INCREMENTO DA PENA-BASE. AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. 2) REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. 3) APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM EM PARTE 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.

– Nos termos do Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, processos penais em curso, sentenças condenatórias não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais não constituem maus antecedentes. No caso, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade pela elevação da reprimenda básica, ante a falta de demonstração da existência de qualquer condenação com trânsito em julgado, por fato anterior ao delito em tela.

– 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, fica perfeitamente justificado o regime prisional fechado, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.

– A falta de aplicação do art. 387, § 2º, CPP, na sentença não foi debatida no Tribunal de origem, motivo pelo qual descabe sua análise 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 ao paciente.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2015(Data do Julgamento)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.296 - SP (2015/0134562-7)

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

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DANIEL BIDOIA DONADE

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : PEDRO DOMINGOS DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de PEDRO DOMINGOS DA SILVA contra acórdão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 157, "caput", do Código Penal.

Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* manteve a sentença em acórdão assim ementado (fls. 31-40):

APELAÇÃO. Roubo. Absolução por fragilidade de provas. Pedido subsidiário de redução da pena-base e fixação de regime inicial aberto. Impossibilidade. Sentença mantida. Recurso improvido.

No presente *writ*, a impetrante alega que a pena base foi exasperada com base em condenação anterior cujo trânsito em julgado não foi comprovado nos autos. Invoca o enunciado n. 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Afirma, também, serem aplicáveis os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, defendendo a fixação do regime prisional mais brando. Ressalta as circunstâncias judiciais favoráveis do paciente.

Questiona, ainda, a impetrante a fixação do regime prisional aberto ante a incidência do art. 387, § 2º do CPP, salientando que permaneceu preso preventivamente por período que corresponde a 1/6 da pena aplicada.

Pleiteia, assim, a fixação da pena-base no mínimo legal e a imposição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional aberto de cumprimento da pena.

Indeferida a liminar (fls. 47/48) e prestadas informações pelas instâncias ordinárias (fls. 59/105 e 107/118), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 123/129).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.296 - SP (2015/0134562-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (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 redução da pena-base e a imposição do regime inicial aberto.

Sobre os pontos, transcrevo trecho da sentença condenatória:

Passo a dosar a pena na forma do art. 59 do Código Penal. O réu é primário, porém já se viu condenado anteriormente por roubo (certidão de fl. 82). Ainda que não se possa considerar tal condenação para fins de Maus antecedentes, ela na verdade espelha a má conduta social e personalidade do agente voltada para a prática de delitos. Ademais, anoto que o réu chegou a ameaçar a vítima de morte caso sustentasse a acusação contra ele, o que comprova sua ousadia e sua conduta desajustada. Assim, para a necessária e suficiente reprovação e prevenção do delito, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, que torno definitiva ante a ausência de causas de aumento ou de diminuição. Considerando os elementos mencionados na primeira fase da dosimetria da pena e por tratar-se de crime cometido com violência contra pessoa, de forma reiterada, deverá o réu iniciar o cumprimento de sua pena em regime fechado, único adequado e suficiente para impedir novas investidas contra o patrimônio alheio, eis que ficou evidente a probabilidade de novas reincidências (fl. 81).

Por seu turno, o Tribunal de origem asseverou o seguinte:

Assim, demonstrada a materialidade através do auto de prisão em flagrante (fls. 02/08), boletim de ocorrência (fls. 27/29), autos de exibição e apreensão (fls. 30), de entrega (fls. 31) e de avaliação (fls. 32), a par de apurada a autoria do roubo à exaustão, a condenação é a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

providência que se impõe, tendo o julgador singular fixado a pena-base na fração de um quarto (1/4) acima do mínimo legal ou seja, cinco (5) anos de reclusão, mais doze (12) diárias, unidade no piso, porquanto o denunciado "já se viu condenado anteriormente por roubo (certidão de fl. 82). Ainda que não se possa considerar tal condenação para fins de maus antecedentes, ela na verdade espelha a má conduta social e personalidade do agente voltada para a prática de delitos. Ademais, anoto que o réu chegou a ameaçar a vítima de morte caso sustentasse a acusação contra ele, o que comprova sua ousadia e sua conduta desajustada" (cf. fls. 114).

A situação apontada, como é óbvio, denota circunstância judicial desfavorável a justificar a majoração imposta, daí a acertada majoração da reprimenda como forma de impor adequada reprovação à conduta e se evitar a reincidência.

Verifica-se, entretanto, pequeno erro material atinente à especificada na parte dispositiva da sentença, devendo dela constar a pecuniária no importe de doze (12) dias-multa, consoante fundamentação exposta pela magistrada.

Por fim, acertada a imposição do retiro pleno para início de cumprimento da privativa de liberdade, único adequado diante do roubo, sendo certo que a "quantidade" da pena, por si só, não basta para o estabelecimento de regime carcerário diverso.

Ressalte-se que a audácia e índole perniciosa do agente decorrem da própria conduta, que atormenta e traumatiza a população, sendo injustificável regime menos severo, considerado o caráter nocivo próprio daqueles que empregam violência ou grave ameaça para subtrair objetos, impondo trauma à vítima quase sempre de difícil ou até mesmo impossível reparação.

A solução é absolutamente necessária inclusive diante de réu primário, porquanto o delito praticado traz marcante intranquilidade, denotando não ter o agente compromisso com regras de convivência social, deixando de merecer afago do Estado, pelo menos antes de se submeter ao regime de retiro pleno como forma de angariar confiança e, assim, ser colocado em contato com a mesma sociedade já severamente abalada em face da conduta típica cometida (TJESP, Apelação Criminal nº 990.10.199982-0).

Isso, destaque-se, não representa mera opinião do julgador a respeito da gravidade do crime; a providência decorre, sim, de fato concreto facilmente constatado, sendo a concessão de regime mais brando solução responsável pelo sentimento de impunidade, com conseqüente estímulo à prática de delito de indiscutível gravidade e repercussão (fls. 37/39).

Inicialmente, quanto à dosimetria da pena-base, a jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que, considerando o princípio da presunção da inocência, inquéritos policiais ou ações penais em andamento, não servem de base para valorar negativamente os antecedentes, a conduta social ou a personalidade do acusado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Este é o teor do Enunciado n. 444 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM ALEGAÇÕES FINAIS, QUANTO AO DELITO DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. APELAÇÃO, APRESENTADA POR OUTRO MEMBRO DO PARQUET, REQUERENDO A CONDENAÇÃO PELO MESMO DELITO. INTERESSE RECURSAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. MAUS ANTECEDENTES RECONHECIDOS, PARA EXASPERAR A PENA-BASE, EM DECORRÊNCIA DE FATOS POSTERIORES AO DA AÇÃO PENAL DE QUE SE CUIDA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA, EM PATAMAR ACIMA DA FRAÇÃO MÍNIMA LEGALMENTE PREVISTA, SEM FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal - que não merece conhecimento -, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Na esteira do entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que "a circunstância de o Promotor Público, com atuação no processo, na fase das alegações finais, ter formulado pedido de absolvição, o qual foi acolhido na sentença, não impede que um outro membro do Parquet interponha recurso pugnando para que se preserve a acusação inicial" (STJ, AgRg no Ag n. 1.322.990/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 4/5/2011).

VI. Na forma da jurisprudência do STJ, "inquéritos policiais ou ações penais em andamento ou sem certificação do trânsito em julgado, ou mesmo condenações transitadas em julgado por fatos posteriores, não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade. Exegese do enunciado 444 da Súmula deste STJ, verbis: 'É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base'" (STJ, AgRg no AREsp n. 220.180/MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 17/10/2013).

VII. Conforme o enunciado da Súmula 443 do STJ, "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".

VIII. In casu, verifica-se a ocorrência de constrangimento ilegal, imposto ao paciente, em face da necessidade de exclusão dos maus antecedentes, uma vez que, ao tempo do cometimento do delito de roubo, objeto do presente writ, o paciente não ostentava qualquer condenação anterior, transitada em julgado, bem como pela exasperação da pena, em patamar acima da fração mínima legalmente prevista, com base apenas na existência de duas majorantes, sem a devida fundamentação.

IX. Habeas corpus não conhecido.

X. Concessão de habeas corpus, de ofício, para diminuir a pena-base do crime de roubo ao mínimo legal, bem como para reduzir o quantum de aumento, na terceira fase da dosimetria, a 1/3, tornando a reprimenda definitiva do paciente em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa (HC 243.676/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 4/8/2014).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1 Nos termos do art. 167 do Código de Processo Penal, o laudo pericial pode ser suprido pela prova testemunhal diante do desaparecimento dos vestígios, como na espécie, em que não houve a apreensão da arma de fogo.

2. Nesse contexto, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa.

3. Na hipótese, a sentença condenatória consignou ser incontestado o uso da arma na empreitada criminosa, conforme demonstrado pelas provas carreadas aos autos. Nesse contexto, a verificação dessa conclusão só seria possível mediante o aprofundado exame do conjunto fático-probatório, o que não se mostra possível na via estreita do habeas corpus.

4. Consoante jurisprudência desta Corte, em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento, assim como processos com trânsito em julgado emanados de fatos posteriores aos narrados na denúncia, não podem utilizados como fundamento para majoração da pena-base, a título de personalidade voltada para o crime.

5. As instâncias ordinárias consideraram desfavorável ao réu a circunstância judicial relativa aos antecedentes do agente, razão pela qual, fundamentadamente, fixaram a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2.º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

6. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação, reduzir a pena do Paciente para 06 (seis) anos, 07 (meses) e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, restando incólumes os demais termos da condenação (HC n. 223.998/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 13/8/2013, DJe 23/8/2013).

No caso dos autos, o magistrado, ao proferir a sentença, fixou a pena-base acima do mínimo legal com base em condenação anterior e em ameaça de morte perpetrada pelo paciente contra a vítima logo após ser detido pelo cometimento do delito, fixando-se o aumento no patamar de 1/4. Com a mesma fundamentação, o Tribunal de origem manteve a dosimetria.

Assim, levando em conta a inadmissibilidade da consideração de ação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal em curso para fundamentar o incremento da reprimenda básica, impõe-se sua redução quanto ao ponto, o que passo a fazer:

Na primeira fase da dosagem da pena, afasto a circunstância judicial negativa decorrente da personalidade, trazendo a pena-base para 4 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa, patamar que mantenho nas fases posteriores e torno definitivo, em razão da ausência de agravantes ou atenuantes e de outras causas de aumento ou diminuição.

Noutro ponto, passo à análise do cabimento do regime inicial aberto.

É certo que 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 na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, das quais apenas uma foi aqui decotada.

Destarte, não verifico nenhuma 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:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 28/08/2008).

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 último, verifica-se que a tese da aplicação do artigo 387, §2º, do CPP,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não foi debatida perante o Tribunal de origem, não cabendo, portanto, sua análise nesta Corte Superior, sob pena de se incidir em indevida supressão de instância.

Cito precedente:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, II, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

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

2. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a reprimenda em patamar superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão, a fixação do regime inicial fechado é apropriada, diante da existência de circunstância judicial desfavorável, tendo sido a pena-base exasperada, mas redefinida ao mínimo legal em razão do reconhecimento de circunstância atenuante.

3. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa à aplicação do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal não foi sequer suscitada perante o Tribunal a quo.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 317.168/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/4/2015, DJe 23/4/2015)

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício, apenas para redimensionar a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 4 anos e 6 meses de reclusão e 11 dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0134562-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 326.296 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15902013 20150000209757 30062449420138260564

EM MESA

JULGADO: 15/10/2015

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 : DANIEL BIDOIA DONADE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO DOMINGOS DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro.