



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.586 - SP (2016/0070026-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LEONARDO DIAS YAMAGUCHI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDINEI GARCIA DE MORAES

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. DETRAÇÃO DE REGIME. SENTENÇA PROFERIDA APÓS O ADVENTO DA LEI N. 12.736/2012. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, que acarretou escoriações na vítima, tendo havido o concurso de 4 (quatro) agentes, do qual decorre a necessidade de resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

4. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes).

5. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

6. Malgrado a sentença tenha sido proferida após o advento da Lei n. 12.736/2012, o Magistrado processante não logrou observar os preceitos do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal. De igual modo, o Colegiado de origem não analisou a possibilidade de aplicação de regime prisional menos severo com base no instituto da detração, sendo certo que o decreto condenatório ainda não transitou em julgado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para determinar que o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bragança Paulista avalie a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena mais brando, com base no instituto da detração de regime.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.586 - SP (2016/0070026-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LEONARDO DIAS YAMAGUCHI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDINEI GARCIA DE MORAES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **CLAUDINEI GARCIA DE MORAES**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 6 dias-multa, pela prática do crime de roubo tentado majorado pelo concurso de agentes (CP, art. 157, § 2º, II c/c art. 14, II).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo da defesa, nos termos da seguinte ementa:

"Apelação Criminal - ROUBO. Conjunto acusatório suficiente para manter a condenação. Depoimentos da vítima e testemunhas. Confissão parcial. Desclassificação para o crime de furto tentado. Impossibilidade. Presença da elementar da violência. Pena e regime bem aplicados. Negado provimento ao recurso." (e-STJ, fl. 21)

Nas razões do *writ*, sustenta a impetrante manifesta ilegalidade na definição do regime prisional semiaberto, pois, se as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis aos pacientes e a pena base foi fixada no mínimo legal. Aduz que a gravidade abstrata do crime de roubo não autoriza a fixação do regime mais severo.

Ao final, requer a concessão da ordem, para que fixado o regime inicial de cumprimento da pena aberto.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fl. 46).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do *habeas corpus* e concessão da ordem (e-STJ, fls. 74-78).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.586 - SP (2016/0070026-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LEONARDO DIAS YAMAGUCHI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDINEI GARCIA DE MORAES

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. DETRAÇÃO DE REGIME. SENTENÇA PROFERIDA APÓS O ADVENTO DA LEI N. 12.736/2012. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, que acarretou escoriações na vítima, tendo havido o concurso de 4 (quatro) agentes, do qual decorre a necessidade de resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

4. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes).

5. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

6. Malgrado a sentença tenha sido proferida após o advento da Lei n. 12.736/2012, o Magistrado processante não logrou observar os preceitos do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal. De igual modo, o Colegiado de origem não analisou a possibilidade de aplicação de regime prisional menos severo com base no instituto da detração, sendo certo que o decreto condenatório ainda não transitou em julgado.

7. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinar que o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bragança Paulista avalie a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena mais brando, com base no instituto da detração de regime.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Está inscrito na sentença:

"Diante da gravidade concreto do delito praticado, qual seja, roubo mediante violência física e com a participação de 4 agentes, entendo que o regime inicial semiaberto é o que se mostra adequado à hipótese aqui tratada" (e-STJ, fl. 40).

Com efeito, os fundamentos utilizados pelo decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo falar em violação da Súmula 440/STJ, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Por certo, nada obstante o fato de a pena-base ter sido imposta no piso legal, o estabelecimento do regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, pois houve emprego de violência intensa na prática delitiva, que acarretou escoriações na vítima, tendo havido o concurso de 4 (quatro) agentes, do qual decorre a necessidade de resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

Em verdade, a aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO ALICERÇOU-SE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

2. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, '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'.

3. Contudo, no caso, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal, não se verifica o alegado constrangimento ilegal, uma vez que o regime fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito - o acusado praticou o delito mediante simulação de arma de fogo e no interior de transporte público, o que demonstra maior ousadia e periculosidade.

- *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 336.538/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 25/11/2015, grifou-se.)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. USO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. REGIME PRISIONAL FECHADO GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CRIME PRATICADO EM CONCURSO DE PESSOAS EM TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. 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.

- A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a arma de fogo inidônea para efetuar disparos não pode ser utilizada como majorante no delito de roubo, tendo em vista que, ante sua ausência de potencialidade lesiva, somente atua com a função de intimidar a vítima, caracterizando, assim, a grave ameaça inerente ao tipo penal. Ressalva do entendimento do Relator.

- É certo que a Jurisprudência desta Corte Superior, nos termos da Súmula n. 440/STJ, tem entendido que, fixada a pena-base no mínimo legal, a simples gravidade abstrata do crime de roubo circunstanciado não constitui motivação idônea para justificar a imposição do regime prisional fechado.

- Todavia, no caso dos autos, embora a reprimenda tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e a pena-base fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi fixado de forma concreta, sob o fundamento da existência de maior censurabilidade na conduta do réu que, mediante grave ameaça exercida com simulacro de arma de fogo e concurso de pessoas, praticou o delito dentro de transporte público coletivo, o que demonstra sua maior ousadia e periculosidade, não sendo o caso, portanto, de incidência da Súmula n. 440 do STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento do emprego de arma, reduzindo a pena imposta para 5 anos e 4 meses de reclusão."

(HC 286.046/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO, Desembargador convocado do TJ/SP, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014, grifou-se.)

Ademais, com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciado não houver adotado tal providência.

A propósito, os seguintes julgados:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. FRAÇÃO DE AUMENTO PELAS MAJORANTES ESTABELECIDADA COM BASE EM CRITÉRIO QUANTITATIVO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À SÚMULA N. 443/STJ. FRAÇÃO REDUZIDA PARA 1/3. PENA REDIMENSIONADA. DETRAÇÃO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não possui relação com a progressão de regime, instituto próprio da execução penal. Assim, cabe ao juízo sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer regime inicial mais brando, em razão da aplicação da detração no caso concreto, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão provisória do acusado.

- No caso, como o feito transitou em julgado e não há nos autos informações precisas acerca do tempo em que o paciente permaneceu em custódia preventiva, deve o Juízo das Execuções Penais avaliar a possibilidade de o paciente iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, considerando a detração.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena do paciente e determinar que o Juízo das Execuções Penais considere a possibilidade da detração." (HC 343.147/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. CRIME PERMANENTE. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO *IN CONCRETO* DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, MOMENTO EM QUE TAMBÉM SERÁ ANALISADA A POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

5. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que as instâncias de origem não procederam à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo arts. 33, §§ 2º e 3º, e 44 e incisos, do Código Penal.

6. **Encerrada a prestação jurisdicional na alçada de conhecimento, cabe ao Juízo das Execuções decidir sobre detração de pena (Art. 66, II, "c", da Lei 7.210/84).**

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos."

(HC 325.630/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015, grifou-se.)

In casu, malgrado a sentença tenha sido proferida após o advento da Lei n. 12.736/2012, o Magistrado processante não logrou observar os preceitos do § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal. De igual modo, o Colegiado de origem não analisou a possibilidade de aplicação de regime prisional menos severo com base no instituto da detração. Impende destacar, ainda, que o decreto condenatório não transitou em julgado.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, tão somente determinar que o Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Bragança Paulista avalie a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena mais brando, com base no instituto da detração de regime.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0070026-4

HC 351.586 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038541120148260099 20150000800701 38541120148260099 5062014

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LEONARDO DIAS YAMAGUCHI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CLAUDINEI GARCIA DE MORAES
CORRÉU	: DOUGLAS ROBERTO DA SILVA

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.