



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.424 - SP (2015/0310557-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GLEIBSON ALEXANDRE DOS SANTOS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, POR TRÊS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REPRIMENDA FINAL SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. 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 nº 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

3. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, as instâncias de origem salientaram particularidade fática - *modus operandi* -, que evidencia um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

4. O § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 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.

4. A argumentação no sentido de que caberia ao Juízo das Execuções a análise dos requisitos para a progressão de regime, em verdade, não guarda correspondência com o pleito da defesa referente à aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, conforme já salientado, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, *b*, da Lei de Execuções Penais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. A ação constitucional, no tocante à aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, eis que o fato de o paciente já ter cumprido 3 (três) meses de uma condenação de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, conforme afirmado pela defesa, não surtirá efeito no estabelecimento do regime **inicial** de cumprimento de pena. Isso porque a pena definitiva continua superior a 4 anos, o que evidencia a possibilidade da imposição do regime fechado, tendo em vista a gravidade concreta da conduta do paciente.

5. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.424 - SP (2015/0310557-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GLEIBSON ALEXANDRE DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, manejado em favor de GLEIBSON ALEXANDRE DOS SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n.º 0060769-33.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, por três vezes, na forma do art. 71, *caput*, todos do Código Penal, à pena total de 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 39 (trinta e nove) dias-multa.

Na ocasião foi-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

No que interessa, eis os termos do *decisum* (fls. 25/29):

Bem divisada a responsabilidade do acionado, passo a mensurar as reprimendas adequadas. Em primeira fase de mensuração das reprimendas, verifico que não se mostram desfavoráveis as circunstâncias judiciais, de forma que para cada uma das três condutas reconhecidas fixo o cumprimento de pena privativa de liberdade de quatro anos de reclusão, e pagamento de multa, em valor equivalente a dez dias multa, fixados estes em seu valor unitário mínimo. Em segunda fase de mensuração de reprimendas não identifico a presença de atenuantes ou agravantes, certo que as eventuais atenuantes têm o condão de trazer as reprimendas abaixo de seu mínimo legal. Em última fase de mensuração de reprimendas, ausente causa de diminuição de penas, verifico a presença de duas causas de aumento, decorrentes das qualificadoras reconhecidas (comparsaria e emprego de arma), de molde que as penas supra laboradas merecem acréscimo de 3/8 (RT 771/614; Apelação n.º 1.288.199/5 - Guarulhos - 1ª Câmara - Relator: Di Rissio Barbosa -14/3/2002 - V. U. - Voto n.º 8.131; Apelação n.º 1.206.161/0 - São Roque - 2ª Câmara - Relator: Euvaldo Chaib - 6.6.2002 - v.u. - Voto n.º 1.621), a importar ao acionado, por cada uma das práticas criminosas, o cumprimento de pena privativa de liberdade de cinco anos e seis meses de reclusão, e pagamento de pena pecuniária em valor equivalente a treze dias multa, fixados estes em seu valor unitário mínimo. Confira-se, ainda: No crime de roubo, praticado por dois agentes, ambos armados, sem concurso de outras circunstâncias ensejadoras de maior severidade, é suficiente o aumento de 3/8, de acordo com tabela que gradua os acréscimos com o número de qualificadoras, pois, embora tais cálculos não sejam obrigatórios, é critério de boa utilidade. (Apelação n.º 1.288.199/5 - Guarulhos - 1ª Câmara - Relator: Di Rissio Barbosa -14/3/2002 - V. U. - Voto n.º 8.131); Em se tratando de roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

biquilificado, é adequado o acréscimo de 3/8 pela duplicidade de majorantes, sendo certo que o roubador que age em comparsaria e com emprego de arma demonstra maior periculosidade, não podendo receber idêntica punição à daquele que comete o ilícito sozinho, incidindo em apenas uma qualificadora. (Apelação nº 1.276.043/2 - São Paulo - 11ª Câmara - Relator: Wilson Barreira - 08/102001- V.U. - Voto nº 5.728); Em sede de roubo duplamente qualificado, deve ser aumentada em 3/8 a pena, na hipótese em que eram quatro agentes, acobertados por um carro que lhes aguardava facilitando a fuga e, durante a execução do assalto, apontaram arma de fogo para a cabeça de uma das vítimas, traumatizando-a e mantendo-a em constante perigo. (Apelação nº 1.206.161/0 - São Roque - 2ª Câmara - Relator: Euvaldo Chaib - 6.6.2002 - v.u. - Voto nº 1.621). Ora, sempre respeitada a opinião contrária, trilhar tese diversa seria o mesmo que cancelar a injustiça, além de ofender o princípio da proporcionalidade em casos que tais. Aspirar a aplicação do percentual mínimo quando identificadas duas qualificadoras seria o mesmo que equiparar a prática salteadora encimada em apenas uma qualificadora. Em assim procedendo, estar-se-ia a incentivar o ladravaz a permear todas as formas qualificadas de garantia da empreitada, a possibilitar maior sucesso, pois o resultado prático seria o mesmo. Obtempere-se que a gravidade dos delitos é diferente e diverso deve ser o tratamento penal a ser aplicado na reprimenda. Realizadas as condutas e continuidade delitiva, aplico a pena corporal mensurada para uma única das práticas que, tendo em conta o número de crimes é majorada em 1/5, somando-se as reprimendas pecuniárias. Penas finais: cumprimento de pena privativa de liberdade de seis anos, sete meses e seis dias de reclusão, e pagamento de pena pecuniária em valor equivalente a trinta e nove dias multa, fixados estes em seu valor unitário mínimo. Regime fechado como inicial de cumprimento da pena corporal. No presente caso o denunciado mostrou atrevimento, frieza e falta de pudor ético, praticando os delitos mediante emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, de forma contínua, dentro de coletivo, com grande número de pessoas, bem como, na seqüência, em plena rua. Assim, a culminar no caráter pedagógico da pena, e ultimando em reprovação eficaz, de molde a que o réu não mais permeie os meandros da criminalidade, fixo o regime fechado como inicial de cumprimento da pena corporal, nada, absolutamente nada me indicando a suficiência em regimes mais brandos. Por fim, ao cabo, e de saída, entendo inaplicável o disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, à mingua de informações hábeis a respaldar a real situação processual do acionado, como um todo, de forma a permitir identificar a presença do requisito subjetivo, que indispensável à estipulação de regime diverso do imposto, já que se trata de uma forma, ou de outra, de verdadeira progressão, afeta ao Juízo da execução (art. 66, inciso III, da LEP). Neste sentido: Apelação nº 0090669-32.2012, rel. Desembargador Roberto Solimene; Apelação nº 0008232-62.2010, rel. Desembargador Fernando Torres Garcia. Ademais, tendo em conta a pena corporal aplicada, seu regime inicial de desconto, bem como o tempo de custódia cautelar, sequer o acionado reúne o requisito objetivo para benefícios. Acredito que mais, seja desnecessário aduzir, posto que nada mais pertine a análise, como forma de dirimir a controvérsia posta em julgamento. Diante do exposto, e de tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido, e assim o faço para CONDENAR o réu GLEIBSON ALEXANDRE DOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SANTOS ao cumprimento de pena privativa de liberdade de seis anos, sete meses e seis dias de reclusão, regime inicial fechado, e ao pagamento de pena pecuniária em valor equivalente a trinta e nove dias multa, fixados estes em seu valor unitário mínimo, por infringência ao disposto no art. 157, § 2º, incisos I e II, por três vezes, na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal. Sensíveis, ainda, os requisitos e fundamentos da custódia cautelar. encimados na decisão que converteu a prisão temporária em prisão preventiva, de forma que mantenho a custódia do acionado, caso queira recorrer. Assim, garante-se a ordem pública bem como a aplicação da lei penal.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação onde objetivava o redimensionamento da pena e abrandamento do regime inicial.

A Corte bandeirante negou provimento ao recurso, no que interessa, consoante a seguinte fundamentação (fls. 34/39):

Assim, provadas a materialidade e a autoria dos fatos, a condenação pelo crime de roubo duplamente agravado e em continuidade delitiva era mesmo de rigor.

E o fato da não apreensão da arma não afasta tal causa especial de aumento, pois seu emprego foi seguramente narrado pela vítima:

.....
.....

Ainda, a ausência de laudo de exame pericial comprobatório da potencialidade lesiva da arma, também não afasta a causa especial de aumento, pois existentes outros elementos a comprovarem a efetiva utilização, observando-se que se aborda o tema apenas em homenagem à defesa, eis que a arma não foi apreendida, não se podendo, à evidência, falar em laudo de exame pericial.

A reprimenda foi corretamente aplicada e, por isso, não comporta alteração.

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, embora reconhecida a atenuante da confissão, não podem as penas, nesta etapa, ficarem abaixo do mínimo legal, consoante Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na fase derradeira do cálculo, face às comprovadas causas especiais de aumento - emprego de arma e comparsaria - a pena foi aumentada em três oitavos (3/8), de sorte que nada há a reparar.

Face à incontroversa continuidade delitiva, que restou sobejamente comprovada pela prova testemunhal, com acerto o acréscimo no patamar de um quinto (1/5), restando definitivas as penas em seis (06) anos, sete (07) meses e seis (06) dias de reclusão, e trinta e nove (39) dias-multa, no valor unitário mínimo.

O regime prisional inicial fechado foi bem fundamentado e fica mantido, pois trata-se de crime grave que, cada vez mais e de forma incessante, vem trazendo desassossego à sociedade em geral, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes.

Estes merecem, portanto, receber uma resposta enérgica do Poder Judiciário. É o que espera e vem pedindo a sociedade. O estabelecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de regime prisional diverso para tais casos certamente revelar-se-ia medida insuficiente para a reprovação e prevenção de tal espécie delituosa, ainda mais em face da concreta e evidente maior periculosidade dos agentes e de seu manifesto desajuste para a vida em sociedade.

Nega-se, dessarte, provimento ao apelo, restando mantida, na íntegra, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, aqui também adotados, a r. sentença recorrida.

Na presente irresignação, alega a Defensoria-impetrante que o aumento da pena do paciente, relativo às majorantes previstas no § 2º do art. 157 do Código Penal, deu-se com base em simples cálculo matemático, em clara afronta ao entendimento jurisprudencial já firmado neste Superior Tribunal de Justiça.

Assere que "a exasperação acima do mínimo previsto só pode ser admitida quando cabalmente demonstrada a maior gravidade, bem como a maior temibilidade do delito, decorrentes dos meios empregados" (fl. 2).

Invoca o enunciado n.º 443 da Súmula desta Superior Corte de Justiça.

No que se refere ao regime prisional, afirma que o acórdão estabeleceu o regime mais gravoso sem qualquer fundamentação legal, pois baseado apenas na gravidade do delito, ainda desconsiderou a primariedade e os bons antecedentes do acusado, bem como o *quantum* da pena fixada.

Sustenta que ao impor o regime prisional, o magistrado deverá considerar o disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

Destaca que "cabe esclarecer que a gravidade do delito é levada em consideração em sua reprimenda, nas penas cominadas ao delito, assim, não podendo ser levada em consideração também no momento de fixação do regime, pois incorreria em bis in idem, inadmissível na sistemática penal em vigência." (fl. 6).

Menciona o teor do enunciado da Súmula n.º 718 do Supremo Tribunal Federal, a qual dispõe que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo que o permitido segundo a pena aplicada".

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para reduzir a majoração da reprimenda por incidência de mais de uma causa de aumento ao patamar mínimo e modificar o regime prisional estabelecido.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 46-50.

As informações foram juntadas às fls. 58-59, 60-99 e 101-113.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls.117-122, da lavra do Subprocurador-Geral da República José Adonis Callou de Araújo Sá, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.424 - SP (2015/0310557-4)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, POR TRÊS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. MAJORANTES. *QUANTUM* DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REPRIMENDA FINAL SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. 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 nº 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

3. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, as instâncias de origem salientaram particularidade fática - *modus operandi* -, que evidencia um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

4. O § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 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.

4. A argumentação no sentido de que caberia ao Juízo das Execuções a análise dos requisitos para a progressão de regime, em verdade, não guarda correspondência com o pleito da defesa referente à aplicação do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, conforme já salientado, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, *b*, da Lei de Execuções Penais.

5. A ação constitucional, no tocante à aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, eis que o fato de o paciente já ter cumprido 3 (três) meses de uma condenação de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, conforme afirmado pela defesa, não surtirá efeito no estabelecimento do regime **inicial** de cumprimento de pena. Isso porque a pena definitiva continua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

superior a 4 anos, o que evidencia a possibilidade da imposição do regime fechado, tendo em vista a gravidade concreta da conduta do paciente.

5. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Destaco, inicialmente, que se trata de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, o que impede o seu conhecimento. Cabe avaliar, de qualquer sorte, a existência de ilegalidade patente a ensejar a concessão de ordem de ofício.

O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente decidindo que, 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, **como procedido in casu**.

Colhe-se da sentença condenatória:

Em última fase de mensuração de reprimendas, ausente causa de diminuição de penas, verifico a presença de duas causas de aumento, decorrentes das qualificadoras reconhecidas (comparsaria e emprego de arma), de molde que as penas supra laboradas merecem acréscimo de 3/8 (RT 771/614; Apelação nº 1.288.199/5 - Guarulhos - 1ª Câmara - Relator: Di Rissio Barbosa - 14/3/2002 - V. U. - Voto nº 8.131; Apelação nº 1.206.161/0 - São Roque - 2ª Câmara - Relator: Euvaldo Chaib - 6.6.2002 - v.u. - Voto nº 1.621), a importar ao acionado, por cada uma das práticas criminosas, o cumprimento de pena privativa de liberdade de cinco anos e seis meses de reclusão, e pagamento de pena pecuniária em valor unitário mínimo.

(...)

Ora, sempre respeitada a opinião contrária, trilhar tese diversa seria o mesmo que chancelar a injustiça, além de ofender o princípio da proporcionalidade em casos que tais. Aspirar a aplicação do percentual mínimo quando identificadas duas qualificadoras seria o mesmo que equiparar a prática salteadora encimada em apenas uma qualificadora. Em assim procedendo, estar-se-ia a incentivar o ladrazo a permear todas as formas qualificadas de garantia da empreitada, a possibilitar maior sucesso, pois o resultado prático seria o mesmo. Obtemperem-se que a gravidade dos delitos é diferente e diverso deve ser o tratamento penal a ser aplicado na reprimenda. (fls. 26-27).

Eis o aresto impugnado, no que interessa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, embora reconhecida a atenuante da confissão, não podem as penas, nesta etapa, ficarem abaixo do mínimo legal, consoante Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Na fase derradeira do cálculo, face às comprovadas causas especiais de aumento emprego de arma e comparsaria a pena foi aumentada em três oitavos (3/8), de sorte que nada há a reparar.

Face à incontroversa continuidade delitiva, que restou sobejamente comprovada pela prova testemunhai, com acerto o acréscimo no patamar de um quinto (1/5), restando definitivas as penas em seis (06) anos, sete (07) meses e seis (06) dias de reclusão, e trinta e nove (39) dias-multa, no valor unitário mínimo. (fl. 36).

Vejam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. O magistrado - no que foi corroborado pela Corte de origem - tão somente dividiu o tempo máximo de aumento da condenação pelas cinco circunstâncias especiais de aumento de pena, a fim de aplicar a fração correspondente ao caso concreto.

3. A simples gravidade abstrata do delito cometido não constitui, por si só, fundamentação idônea para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada.

4. Ao fazer a opção pelo regime mais gravoso, o Tribunal de origem - apesar de haver reduzido a pena-base ao mínimo legal - entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena porque o crime é de "extrema gravidade, que gera imenso desassossego na sociedade", o que "denota a atividade criminosa e demonstra a periculosidade do réu".

5. Não obstante o quantum de pena haver sido fixado em 5 anos e 4 meses de reclusão, o paciente ser primário e não haver circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi determinado o regime inicial fechado, com fundamento na gravidade abstrata do delito, o que configura coação ilegal nos termos das Súmulas n. 440 do STJ e ns. 718 e 719 do STF.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir ao mínimo legal o aumento efetuado na terceira etapa da dosimetria, com a readequação da pena final, e para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

(HC 251.442/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. MAJORANTE DESCARACTERIZADA. CRITÉRIO MATEMÁTICO DE AUMENTO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443 DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SÚMULA 440 DO STJ E SÚMULA 719 DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

01. As Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram o entendimento de não ser admissível *habeas corpus* impetrado em substituição aos recursos previstos nos incisos II e III do art. 105 da Constituição da República (Quinta Turma, HC n. 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi; HC n. 239.999, Rel. Ministra Laurita Vaz; Sexta Turma, HC n. 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura). No entanto, por força de norma cogente nela contida (art. 5º, inc. LXVIII) e também no Código de Processo Penal, cumpre aos tribunais "expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Por isso, deve o *habeas corpus* ser processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado.

02. O emprego de arma de fogo, ainda que comprovadamente desmuniada, tipifica o crime de roubo, pois, por si só, tem o condão de infligir à vítima "grave ameaça". Todavia, porque ausente a potencialidade lesiva, não há como reconhecer a majorante do inc. I do § 2º do art. 157 do Código Penal (STJ, HC 169.083/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011; HC 161.326/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 21/09/2010).

03. "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" (STJ, Súmula 443).

04. De acordo com a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça, "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"; com a Súmula 719 do Supremo Tribunal Federal, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

05. *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para redimensionar as penas aplicada aos pacientes e estabelecer o regime semiaberto para seu cumprimento inicial.

(HC 302.090/SP, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 20/02/2015)

Tal entendimento cristalizou-se na Súmula n.º 443 - STJ, *in verbis*:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, dada a ilegalidade do acréscimo de 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, tal aumento deve se dar no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Nesse passo, diante da análise da primeira e segunda fases da dosimetria, mantenho a pena no mínimo legal (4 anos de reclusão, mais 10 dias-multa). Na terceira etapa, exaspero a reprimenda em 1/3 (um terço) pelas majorantes. Por fim, reitero o acréscimo de 1/5 (um quinto) em razão da continuidade delitiva, tornando-a definitiva em 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, nos termos do art. 72, do Código Penal.

Não obstante a estipulação da reprimenda final em 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, as instâncias de origem salientaram particularidade fática - *modus operandi* -, que evidencia um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

Impende destacar trecho da sentença condenatória:

Regime fechado como inicial de cumprimento da pena corporal. No presente caso o denunciado mostrou atrevimento, frieza e falta de pudor ético, **praticando os delitos mediante emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, de forma contínua, dentro de coletivo, com grande número de pessoas, bem como, na sequência, em plena rua.** (fl. 27).

Nesse toada, alguns julgados desta Corte acerca do tema:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRIMÁRIO. PENA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. AUSENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Superior Tribunal de Justiça, em face da nova jurisprudência da Suprema Corte, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, de forma a inadmitir a utilização do remédio constitucional em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal.

2. Não obstante essa mudança de paradigma, ambas as Cortes têm feito a ressalva de que, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo, nada impede que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça - conforme o caso - analise a questão de ofício, nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica. Sob tais premissas, não constato, na espécie em exame, a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal passível de concessão, de ofício, de *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Inexiste ilegalidade na escolha do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o agente seja primário e o *quantum* da pena - 7 anos de reclusão - seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

4. Na espécie, o fato de o paciente e o corréu serem responsáveis pelo abastecimento de grande quantidade de armamento para milícias e traficantes de drogas dos morros dominados pelo Comando Vermelho comprova a extrema severidade do delito perpetrado, a recomendar a imposição do regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena.

5. Não é o caso, portanto, da incidência do enunciado sumular n. 440/STJ "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"(enunciados n. 718 e n. 719, ambos do STF).

6. *Habeas Corpus* não conhecido.

(HC 274577/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 03/02/2014)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) CONDENAÇÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. MOTIVAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. (3) *WRIT* NÃO CONHECIDO. 1. [...].

2. Não há constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos, encontra-se motivada a sujeição ao regime inicial fechado quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal.

3. *Writ* não conhecido.

(HC 258.082/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, DJe 18.3.2013)

Por fim, impende esclarecer que o § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 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.

Nessa linha de consideração, o teor do Código de Processo Penal, no que interessa:

TÍTULO XII - DA SENTENÇA

(...)

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 2.º 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.

Dessarte, a argumentação no sentido de que caberia ao Juízo das Execuções a análise dos requisitos para a progressão de regime, em verdade, não guarda correspondência com o pleito da defesa referente à aplicação do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, conforme já salientado, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, *b*, da Lei de Execuções Penais.

Nesse passo, a ação constitucional, no tocante à aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, eis que o fato de o paciente já ter cumprido 3 (três) meses de uma condenação de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, conforme afirmado pela defesa, não surtirá efeito no estabelecimento do regime **inicial** de cumprimento de pena. Isso porque a pena definitiva continua superior a 4 anos, o que evidencia a possibilidade da imposição do regime fechado, tendo em vista a gravidade concreta da conduta do paciente. Esclareça-se que a defesa informou que o paciente foi preso em flagrante em 13.7.2014 (fl. 9), tendo sido a sentença condenatória proferida em 9.10.2014 (fl. 16), ou seja, a prisão de que trata o art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal perdurou menos de três meses.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0310557-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 344.424 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0060769332014 00607693320148260050 12132014 20150000737073 60769332014
607693320148260050

EM MESA

JULGADO: 04/02/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GLEIBSON ALEXANDRE DOS SANTOS

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 da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.