



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.896 - SP (2017/0247681-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : CAUBI PEREIRA GOMES
ADVOGADO : CAUBI PEREIRA GOMES - SP0346648
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS DE LUCAS CHAGAS ALVES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719, DO STF. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NO REGIME PRISIONAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 acórdão ora recorrido 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 de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, porquanto o crime fora praticado por três indivíduos, dois deles armados, tendo os agentes trancado os funcionários em uma gaiola, chegando, inclusive, a agredir um deles, além de ameaçá-los de morte, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

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, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes.

5. Malgrado não se possa falar em carência de fundamento válido para o estabelecimento de regime prisional mais severo, considerando que a pena restou consolidada em 3 anos de reclusão, compete reconhecer que não se mostra razoável a imposição do regime prisional fechado para o desconto da reprimenda, notadamente diante da primariedade do réu.

6. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Precedentes.

7. Considerando que a pena fixada ao paciente não supera os 4 anos de reclusão, a aplicação da detração, na hipótese, não repercute no regime prisional, especialmente em razão de seu agravamento ter se dado com base na gravidade concreta da conduta praticada.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de, cassando a liminar anteriormente concedida, estabelecer o regime prisional inicialmente semiaberto para o desconto da pena imposta ao paciente.

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), 12 de dezembro de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.896 - SP (2017/0247681-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : CAUBI PEREIRA GOMES
ADVOGADO : CAUBI PEREIRA GOMES - SP0346648
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS DE LUCAS CHAGAS ALVES (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MATHEUS DE LUCAS CHAGAS ALVES** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 3 anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 7 dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, I e II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal. Ainda, conquanto tenha entendido ser cabível o estabelecimento do meio prisional fechado para o início do desconto da reprimenda, o Magistrado de 1º grau detraiu o tempo de custódia cautelar do réu, nos moldes do art. 386, § 2º, do Código de Processo Penal, o que ensejou a definição do regime prisional semiaberto.

Irresignadas, as partes interpuseram recurso de apelação, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao recurso da defesa e dado parcial provimento ao apelo ministerial, tão somente para afastar a progressão de regime concedida e determinar o retorno do acusado ao regime inicial fechado. O acórdão restou assim ementado:

"Roubo duplamente majorado. Réus que ingressam no estabelecimento comercial e, mediante o emprego de arma de fogo, rendem os funcionários, levam-nos até o estoque e exigem que aparelhos de telefone celular sejam colocados em malas. Acusados que são surpreendidos por policiais militares quando deixavam o estoque da loja, de modo que são abordados e, com eles, encontradas duas armas de fogo. Confissão judicial em sintonia com as palavras dos ofendidos e dos policiais militares. Prova hábil. Condenações de rigor. Causas de aumento bem proclamadas. Hipótese de crime tentado. Penas mantidas. Aumento de metade pelas causas de aumento que está dentro dos limites da lei e não se mostra excessivo. Regime fechado concedido na sentença adequado e necessário. Artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, que é fruto de processo legislativo idôneo e não permite a concessão da progressão pelo juízo do conhecimento. Inconstitucionalidade não verificada. Progressão concedida na sentença, contudo, afastada. Apelos dos réus improvidos e apelo do Ministério Público parcialmente provido. Comunique-se imediatamente para a regressão ao regime fechado." (e-STJ, fl. 15).

Neste *writ*, alega o impetrante, em síntese, constrangimento ilegal decorrente da ausência de fundamentação idônea para a fixação do regime mais gravoso, com fundamento apenas na gravidade abstrata do delito.

Sustenta, ainda, ofensa às Súmulas 440/STJ e 718, 719 do STF, e ao art. 33, §2º, "c", do Código Penal, diante da primariedade do paciente e da fixação da pena-base no mínimo legal.

Ao final, pugna pela fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deferida a liminar para determinar a suspensão dos efeitos do acórdão proferido na Apelação Criminal n. 0003039-59.2016.8.26.0223, e restabelecer o decidido na sentença, até o julgamento do mérito deste *habeas corpus* (e-STJ, fls. 51-54), o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício (e-STJ, fls. 143-147).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 417.896 - SP (2017/0247681-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : CAUBI PEREIRA GOMES
ADVOGADO : CAUBI PEREIRA GOMES - SP0346648
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MATHEUS DE LUCAS CHAGAS ALVES (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TENTATIVA DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719, DO STF. *MODUS OPERANDI*. GRAVIDADE CONCRETA. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO NO REGIME PRISIONAL. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 acórdão ora recorrido 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 de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, porquanto o crime fora praticado por três indivíduos, dois deles armados, tendo os agentes trancado os funcionários em uma gaiola, chegando, inclusive, a agredir um deles, além de ameaçá-los de morte, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

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, desde que mediante fundamentação idônea. Precedentes.

5. Malgrado não se possa falar em carência de fundamento válido para o estabelecimento de regime prisional mais severo, considerando que a pena restou consolidada em 3 anos de reclusão, compete reconhecer que não se mostra razoável a imposição do regime prisional fechado para o desconto da reprimenda, notadamente diante da primariedade do réu.

6. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Precedentes.

7. Considerando que a pena fixada ao paciente não supera os 4 anos de reclusão, a aplicação da detração, na hipótese, não repercute no regime prisional, especialmente em razão de seu agravamento ter se dado com base na gravidade concreta da conduta praticada.

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, com o fim de, cassando a liminar anteriormente concedida, estabelecer o regime prisional inicialmente semiaberto para o desconto da pena imposta ao paciente.

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] Do exposto, passo a dosar a pena a ser imposta.

Fixadas as premissas da responsabilidade penal, passo à dosimetria das penas aplicáveis:

Em razão de os corréus serem primários, e confessos, parte-se da pena-base fixada no piso mínimo legal do artigo 157, *caput*, do Código Penal, ou seja, 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

O concurso de agentes e o uso de arma de fogo foram corroborados pela prova oral, de modo que a pena dos corréus é aumentada de METADE (1/2), nas balizas do §2º do CP art. 157.

Portanto, a pena do acusados alcançaria os 6 (seis) anos de reclusão, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no piso salarial.

Em razão do *conatus*, reduzo as penas dos acusados de 1/2 (metade), nas balizas do parágrafo único do artigo 14, do Código Penal; - definindo-se a reprimenda no total de 3 (três) anos de reclusão, e pagamento de 7 (sete) dias-multa.

Por ter havido emprego de arma de fogo de numeração raspada (apreendida de fl.32 dos autos digitais), e portanto se tratando de conduta concretamente mais grave e perigosa, o regime inicial será o FECHADO para os três corréus.

Por outro lado, ponderando-se a primariedade e demais circunstâncias judiciais favoráveis dos corréus, - bem como por já se encontrarem presos em regime fechado desde o flagrante de 25/4/2016 até agora (presos em regime fechado há quase seis meses), - havendo assim já cumprido a sexta parte da pena corporal aplicada nesta sentença; - com fulcro na Lei n. 12.36/2012, excepcionalmente, desde logo, PROGRIDO os três



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentenciados para o REGIME SEMIABERTO, reconhecendo-se o direito dos presos à detração do §2º do CPP art. 386.." (e-STJ, fls. 30-31).

"[...] As penas não comportam reparo. As bases foram fixadas nos mínimos legais. Tenho para mim, respeitados os argumentos postos, que os acusados agiram com dolo normal à espécie, com a nota de que o horário do crime não guarda relação com a periculosidade do agente. De outro lado, o fato de delito desta natureza ocorrer com frequência no Estado, o que causa temor na população, não justifica o recrudescimento das bases, sob pena de ofensa ao princípio da individualização da sanção. Na segunda fase de fixação, anote-se que as atenuantes da confissão espontânea e da menoridade relativa não têm o condão de diminuir as penas aquém dos mínimos legais, nos precisos termos do que dispõe a Súmula n. 231, do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Em seguida, pelas duas causas de aumento, as penas dos acusados foram majoradas em 1/2, contra o que se insurge a defesa, vislumbrando excesso. Sem razão, contudo, com a nota de que a fração eleita, dentro dos limites da lei, está adequada às particularidades da ação, bem planejada e perpetrada por três indivíduos, dois deles armados, oportunidade na qual, além de trancarem os funcionários em uma gaiola, chegaram a agredir um deles, ameaçando-os de morte. De mais a mais, a presença de duas causas de aumento é indicativa de maior periculosidade. A majoração, pois, atende à perfeita individualização da reprimenda, tudo em homenagem ao princípio da proporcionalidade da pena. Tal princípio exige uma proporção entre a valoração da ação e a sanção e um equilíbrio entre a prevenção geral e a prevenção especial para o comportamento do agente que vai ser submetido à sanção penal. É preciso, então, buscar esse equilíbrio. E uma ação dolosa executada com duas majorantes deve merecer valoração mais severa, porque está a demonstrar maior grau de periculosidade do agente. Por fim, pela tentativa, as penas foram diminuídas em 1/2, totalizando, para cada um dos réus, 3 anos de reclusão e 7 dias-multa (valor unitário no mínimo legal), muito embora o *iter criminis* tenha sido percorrido quase completamente, o que permitiria diminuir as penas no patamar mínimo de 1/3.

A questão, contudo, não foi impugnada pelo Ministério Público.

O regime fechado foi bem aplicado. Esta C. Câmara tem imposto, em casos de roubo, mesmo tentado, regime inicial severo, pela clara demonstração de periculosidade do agente. O roubo, a propósito, expressa a mais clara definição da violência e do desprezo do agente pelo semelhante. O agente é movido pelo desejo de despojar o cidadão de seus pertences e para tanto não se constrange de ameaçá-lo seriamente, colocando sua vida em risco potencial. Os acusados demonstraram absoluto destemor em face da lei e não mereciam tratamento benéfico na fase inicial do cumprimento da pena imposta. Quem age de forma ousada, fria, bem pensada, apenas para satisfazer sua ambição econômica, não tem compromisso com as regras de convivência social e não pode merecer o afago do Estado até que demonstre merecimento, submetendo-se, antes, à pena em regime de retiro pleno. Não se trata de mera opinião acerca da gravidade do crime, com reflexos no regime de cumprimento da pena. Trata-se, na verdade, de estabelecer regime indispensável a criminoso que não pode, temporariamente, ser submetido a regime mais liberal. Não há mais campo para a aplicação matemática de regime de pena, considerando-se apenas o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

volume da sanção.

Não há se falar, contudo, em inconstitucionalidade do artigo 387, § 2º, do Código Penal. O dispositivo atacado é fruto de processo legislativo idôneo e, diferentemente do alegado, não permite ao Juízo do conhecimento conceder de plano e em todos os casos a progressão de regime com base, tão somente, no cumprimento do requisito objetivo. A dicção do referido dispositivo legal é clara no sentido de que o tempo de prisão provisória será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade, até em atenção ao princípio da individualização da pena, nada mencionando sobre progressão de regime, mesmo porque este benefício, para ser concedido, demanda a análise do requisito subjetivo.

No caso dos autos, pois, ligeiro reparo merece a sentença, quanto à progressão deferida, em razão da evidente ausência de fundamento legal para a medida. A sentença considerou o período de prisão provisória e, entendendo que os réus tinham cumprido 1/6 da pena corporal aplicada, concedeu a progressão ao regime semiaberto, com lastro no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal. Ocorre que o mandamento legal, reafirmo, não determina que, no processo de conhecimento, o período de prisão provisória seja verificado para fins de imediata progressão. A consideração do tempo de prisão provisória deve valer para fins de determinação do regime inicial de cumprimento de pena. A operação implementada é de competência do Juízo das Execuções. A progressão concedida na sentença, pois, é afastada, devendo os acusados iniciarem o cumprimento das reprimendas corporais no regime fechado." (e-STJ, fls. 22-23).

Inicialmente cumpre ressaltar que, de acordo com a Súmula 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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719 do STF prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Com efeito, os fundamentos utilizados pelo acórdão 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 de regime mais severo do que o indicado pelo *quantum* da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu *modus operandi*, porquanto o crime fora praticado por três indivíduos, dois deles armados, tendo os agentes trancado os funcionários em uma gaiola, chegando, inclusive, a agredir um deles, além de ameaçá-los de morte, o que exige resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

Com efeito, 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, desde que mediante fundamentação idônea.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO NA APLICAÇÃO DA PENA. NÃO VERIFICAÇÃO. PENAS FIXADAS ADEQUADAMENTE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

2. Na primeira instância, o juiz de primeiro grau condenou o paciente como incurso no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. A pena-base foi fixada no mínimo legal, aumentando a pena em 1/3 na terceira fase, em razão da majorante do concurso de pessoas, ficando a sanção em 5 anos e 4 meses de reclusão.

3. O Tribunal local, quando provocado pelas partes a se manifestar, deu parcial provimento ao apelo ministerial, apenas para reconhecer o aumento previsto na última parte do art. 29, § 2º, do Código Penal, porquanto entendeu que não se pode desprezar a evidente previsibilidade do resultado mais grave do crime de roubo que pretendia cometer, ou seja, ainda que o paciente quisesse apenas participar do crime de roubo, o resultado mais grave (morte da vítima) lhe era previsível. Com isso, a pena foi aumentada em 1/2.

4. Cabe ressaltar que o Tribunal local não menciona expressamente todas as fases da dosimetria pelo fato de que manteve a decisão de primeiro grau em todos os pontos, apenas alterando a terceira fase da dosimetria, fundamentando expressamente a inclusão do art. 29, § 2º, do Código Penal.

5. 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 (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

6. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta, tendo em vista que o roubo foi praticado mediante invasão à residência da vítima, para quem o acusado já tinha prestado serviço como segurança.

7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 395.808/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017, grifou-se).

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, (POR DUAS VEZES), NA FORMA DO ART. 70, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. SÚMULA N. 231 DESTA CORTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. *WRIT* CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA.

1. A presente ação constitucional não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, no tocante ao pleito de reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, tendo em vista a ausência de reflexo na dosimetria, eis que a pena-base, já fixada no mínimo legal, não pode ser reduzida aquém do referido patamar, diante da Súmula n. 231 desta Corte.

2. 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 elemento concreto (a empreitada criminosa envolveu quatro agentes, portando uma arma de fogo, sendo o roubo praticado contra duas vítimas), a despeito desse não ter sido empregado na fixação da pena-base.

3. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, ordem denegada." (HC 388.357/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A fixação do regime carcerário inicial poderá ser justificada com fulcro em elementos concretos, tendo por norte a necessidade e a suficiência da reprimenda para a reprovação e a prevenção do crime. E, para tanto, não há como coarctar do julgador a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, sinalizem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto ao réu primário e condenado a 4 anos de reclusão, com suporte em elementos que evidenciam a maior gravidade da conduta delitiva, pois o paciente responde a outros dois crimes de roubo, um furto e uma tentativa de homicídio, o que caracteriza a reiteração delitiva.

3. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 340.573/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 16/2/2016, grifou-se).

Contudo, malgrado não se possa falar em carência de fundamento válido para o estabelecimento de regime prisional mais severo, considerando que a pena restou consolidada em 3 anos de reclusão, compete reconhecer que não se mostra razoável a imposição do regime prisional fechado para o desconto da reprimenda, notadamente diante da primariedade do réu.

No tocante à detração penal, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE ELEVADA DA DROGA, VALORADA NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, QUE ENSEJA A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. DETRAÇÃO. CABIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

- Para a imposição de regime prisional mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ e 718, 719 do STF.

- Observa-se que, apesar da primariedade do paciente e de o montante da pena (5 anos de reclusão) comportarem, em princípio, o regime inicial semiaberto, a necessidade do regime mais gravoso encontra-se lastreada no art. 33, § 3º, do Código Penal e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ante a gravidade concreta do delito, evidenciada pela elevada quantidade do entorpecente apreendido, elemento que, inclusive, foi valorado na terceira etapa da dosimetria da pena, quando do não reconhecimento do privilégio. Precedentes.

- O art. 387, § 2º, do CPP refere-se ao regime inicial de cumprimento de pena e não possui relação com o instituto da progressão de regime, própria da execução penal, devendo o juiz sentenciante verificar, no momento da prolação da sentença, a possibilidade de se fixar um regime mais brando em razão da detração, não havendo que se falar em análise dos requisitos objetivos e subjetivos, mas tão somente no tempo de prisão provisória naquele processo.

- No caso, verifica-se a ocorrência do constrangimento ilegal, uma vez que o Tribunal de origem analisou a questão da detração apenas sob o prisma da progressão de regime, em contrariedade ao que determina o comando normativo. Contudo, noticiado o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena mais brando, consoante os termos do art. 387, § 2º, do CPP. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para que seja apreciada, pelo Juízo das Execuções Penais, a possibilidade de fixação de regime inicial diverso, em razão da detração decorrente da prisão provisória do paciente, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP." (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

402.971/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 11/10/2017, grifou-se).

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS E MAUS ANTECEDENTES. *QUANTUM* PROPORCIONAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). VEDAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. REQUISITOS OBJETIVOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 CONTA PARA EFEITOS DE REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS (55 PEDRAS DE CRACK). ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 33, § 3º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. IRRELEVÂNCIA PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PATAMAR DA REPRIMENDA SUPERIOR A 4 ANOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

6. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, quanto ao tema, foi editado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

No caso dos autos, o Tribunal de origem manteve a pena-base acima do mínimo legal, haja vista a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, bem como em razão dos maus antecedentes. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, a Corte Estadual manteve o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos, qual seja, a quantidade e natureza das drogas apreendidas (55 pedras de crack), que evidenciam a maior ousadia e periculosidade do paciente, correta a aplicação do regime mais gravoso, o fechado na hipótese, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, § 3º, do CP e 42 da Lei n. 11.343/2006.

7. É certo que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei n. 12.736/2012, determina que o tempo de segregação cautelar deve ser considerado na pena imposta, para o estabelecimento do regime prisional fixado pela sentença condenatória, não se confundindo com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal. Inexiste flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem no tocante à detração do tempo de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisão cautelar do paciente para fixação do regime inicial, pois ainda que descontado o período de segregação cautelar da pena privativa de liberdade imposta, não haveria alteração do regime inicial fixado, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que justifica a imposição de regime mais gravoso. Precedentes.

8. A fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 4 (quatro) anos impede a sua substituição por restritivas de direitos (art. 44, I, do CP).

Habeas corpus não conhecido." (HC 354.997/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 7/4/2017, grifou-se).

"PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA (ART. 2º, §2º, §3º E 4º DA LEI N. 12.850/2013). FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE EM CONCRETO DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO PENAL. DESCONTO DO PERÍODO EM QUE O PACIENTE PERMANECEU PRESO CAUTELARMENTE. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO IMEDIATA NO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, 'a', da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/1990, assentou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício.

2. Nos termos do art. 33, §1º, §2º e §3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o Julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que permitir a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

3. Hipótese em que o Juízo Sentenciante, no que foi acompanhado pela Corte de origem, ao fixar a pena definitiva de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e estabelecer o regime inicial fechado, embora tenha feito menção à gravidade abstrata do delito, fundamento que ora se afasta, afirmou que o regime mais gravoso de cumprimento de pena está justificado, 'ante a periculosidade dos agentes, em especial ante o fato de se tratar de fatos praticados em conluio com um menor de idade, não se podendo perder de vista a gigantesca quantidade de armas de fogo e munições apreendidas nos autos'. O Tribunal de origem ressaltou, ainda, que, da r. sentença extrai-se um vasto acervo probatório a indicar que o paciente exerce a liderança em organização criminosa há muito articulada.

4. Assim, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso foi



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

devidamente justificado, com esteio em elementos concretos extraídos da conduta criminosa, não se verificando afronta ao teor dos Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF e 440 da Súmula do STJ.

5. Ao contrário do que foi afirmado pelos juízos ordinários, o instituto de que trata o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não se confunde com a progressão de regime, própria da execução penal e de competência do juízo das execuções criminais. Por aquele dispositivo, o Julgador, no momento de proferir a sentença condenatória, para a finalidade específica de fixar o regime inicial de cumprimento da reprimenda, deverá descontar da pena definitiva o período em que o sentenciado ficou segregado provisoriamente, o que poderá ensejar a fixação de regime inicial mais brando, sem a necessidade de aferição dos requisitos para a progressão de regime.

6. No caso em exame, levando-se em conta que o paciente foi condenado à pena definitiva de 5 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão e que os juízos ordinários justificaram devidamente a imposição de regime prisional imediatamente mais gravoso do que o permitido pela pena aplicada, verifico que o desconto daquele período (11 meses e 25 dias) não acarretaria repercussão direta no regime inicial de cumprimento de pena, haja vista que a pena continuará sendo superior a 4 anos, o que autoriza a fixação do fechado, regime imediatamente mais gravoso.

7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 337.077/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 9/8/2016, DJe 24/8/2016, grifou-se).

In casu, o Juízo sentenciante, ao aplicar a detração, analisou, equivocadamente, requisitos desnecessários, tais como as circunstâncias judiciais do paciente e o fato de a pena por ele cumprida provisoriamente superar a sexta parte da reprimenda corporal aplicada, fatores irrelevantes no exame do instituto.

Na verdade, considerando que a pena fixada ao paciente não supera os 4 anos de reclusão, a aplicação da detração, na hipótese, não repercute no regime prisional, especialmente em razão de seu agravamento ter se dado com base na gravidade concreta da conduta praticada.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, com o fim de, cassando a liminar anteriormente concedida, estabelecer o regime prisional inicialmente semiaberto para o desconto da pena imposta ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0247681-6

HC 417.896 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002436220178260158 00030395920168260223 20170000563290 2436220178260158
30395920168260223

EM MESA

JULGADO: 12/12/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: CAUBI PEREIRA GOMES
ADVOGADO	: CAUBI PEREIRA GOMES - SP0346648
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MATHEUS DE LUCAS CHAGAS ALVES (PRESO)
CORRÉU	: DIEGO FARIAS GONCALVES
CORRÉU	: RELBER VITAL GOMES FIGUEIREDO

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.