



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.634 - SP (2013/0131333-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO MOREIRA DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. APREENSÃO E CONSEQUENTE PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA PARA ATESTAR O SEU EFETIVO EMPREGO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. REITERAÇÃO DELITIVA. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

3. É possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidência. Verificada a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça entende que "condenações com trânsito em julgado, há mais de cinco anos, não ensejam reincidência, mas fundamentam maus antecedentes." (HC n. 172.565/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 24.4.2013).

5. Não se pode utilizar a mesma circunstância (maus antecedentes) e distribuí-la para valorar três circunstâncias judiciais desfavoravelmente ao paciente (antecedentes, personalidade e conduta social), sob pena de incidir-se na vedação ao *bis in idem*.

6. Súmula n.º 443/STJ: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

7. O Superior Tribunal de Justiça entende que a gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea para legitimar a fixação de regime prisional mais rigoroso do que o permitido por lei, nos termos da Súmula n.º 440 deste 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". Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado nos enunciados n.º 718 e n.º 719.

8. No caso concreto, o juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente, qual seja, a reiteração delitiva e a reincidência.

9. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, bem como para reduzir para 1/3 o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, para tornar a reprimenda do paciente definitiva em **6 anos, 8 meses e 26 dias, mantido o regime fechado, mais 16 dias-multa.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de junho de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.634 - SP (2013/0131333-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FABIANO MOREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

FABIANO MOREIRA DA SILVA, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em face de acórdão, proferido pela 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0015426-19.2011.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 anos, 5 anos e 25 dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 2º, I e II, c/c o artigo 61, inciso I, ambos do Código Penal.

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que, para a incidência da majorante prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, seria necessária a apreensão e perícia da arma, o que aduz não ter ocorrido na espécie.

Argumenta, ainda, que houve *bis in idem* na fixação da pena, pois a reincidência foi considerada como circunstância desfavorável ao paciente em dois momentos distintos da dosimetria. Afirma, assim, "que nenhuma das condenações citadas na r. Decisão impugnada é capaz de ensejar a elevação da pena base imposta ao paciente, ou mesmo a incidência da agravante da reincidência." (fl. 5).

Alega que não teria sido fundamentada, concretamente, a exasperação da reprimenda em 3/8 na terceira fase da dosimetria da pena, em razão da incidência das majorantes de emprego de arma e concurso de agentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em inobservância ao enunciado na Súmula n. 443/STJ.

Por fim, aponta ilegalidade em relação à fixação do regime inicial fechado, tendo em vista que não houve justificativa concreta para tanto, uma vez que se trata de paciente possuidor de bons antecedentes e residência fixa. Invoca os enunciados sumulares 718 e 719, ambos do STF, para embasar sua pretensão.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem "para: i) afastar a majorante concernente ao emprego de arma; ii) fixar a pena base no mínimo legal, em observância ao princípio do *non bis in idem*; iii) reduzir o quantum de majoração da pena de 3/8 para 1/3; e iv) aplicar o regime inicial semiaberto." (fl. 13).

A liminar foi indeferida (fls. 257/258).

O Ministério Público Federal, fl. 312, opinou pela negativa de seguimento do *habeas corpus*.

Autos atribuídos à minha relatoria em 29.8.2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 269.634 - SP (2013/0131333-0) EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. APREENSÃO E CONSEQUENTE PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA PARA ATESTAR O SEU EFETIVO EMPREGO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PENA-BASE. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. REITERAÇÃO DELITIVA. REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp n. 961.863/RS, pacificou o entendimento de serem dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que incida o aumento na pena por uso de arma em roubo, quando existirem nos autos outros elementos probatórios que levem a concluir pela sua efetiva utilização no crime.

3. É possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência. Verificada a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes.

4. O Superior Tribunal de Justiça entende que "condenações com trânsito em julgado, há mais de cinco anos, não ensejam reincidência, mas fundamentam maus antecedentes." (HC n. 172.565/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 24.4.2013).

5. Não se pode utilizar a mesma circunstância (maus antecedentes) e distribuí-la para valorar três circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoravelmente ao paciente (antecedentes, personalidade e conduta social), sob pena de incidir-se na vedação ao *bis in idem*.

6. Súmula n.º 443/STJ: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes."

7. O Superior Tribunal de Justiça entende que a gravidade abstrata do delito não é justificativa idônea para legitimar a fixação de regime prisional mais rigoroso do que o permitido por lei, nos termos da Súmula n.º 440 deste 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". Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, sumulado nos enunciados n.º 718 e n.º 719.

8. No caso concreto, o juiz de primeira instância - no que foi ratificado pela Corte de origem - fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstância concreta apta a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente, qual seja, a reiteração delitiva e a reincidência.

9. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para reduzir em parte a pena-base do paciente, bem como para reduzir para **1/3** o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, para tornar a reprimenda do paciente definitiva em **6 anos, 8 meses e 26 dias, mantido o regime fechado, mais 16 dias-multa**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ(Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I. Majorante de emprego de arma.

Quanto à incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, nas hipóteses em que a arma não foi apreendida e periciada e, via de consequência, não restou comprovado o seu efetivo poder vulnerante, cumpre salientar que a Terceira Seção deste Superior Tribunal, quando do julgamento dos **EREsp n. 961.863/RS**, de relatoria do Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), e Relator para acórdão o Ministro Gilson Dipp, DJe 6.4.2011, firmou o entendimento no sentido de que, para a incidência da causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, **mostra-se prescindível a apreensão e realização de perícia na arma utilizada na prática do crime de roubo, desde que seja comprovada a sua utilização na prática delituosa por outros meios de prova.**

Vale dizer, mesmo nas hipóteses em que não houver a apreensão e perícia da arma para a prova do seu efetivo potencial de lesividade, mostra-se devida a incidência da majorante prevista no artigo 157, § 2º, I, do Código Penal, quando existirem nos autos elementos de prova que comprovem a utilização da arma na prática do delito, exatamente como ocorre na espécie dos autos, em que o juiz singular se apoiou nos depoimentos da **vítima** para concluir pela utilização da arma no crime de roubo.

A propósito, confira-se o seguinte trecho da sentença condenatória:

Configurado o emprego de arma de fogo, mesmo sem a apreensão dela, eis que o relato das vítimas revela que os réus utilizaram do artefato, ressaltando que a segura imputação da vítima de roubo, cuja idoneidade não foi abalada, presta-se a comprovar a circunstância do inc. I, do par. 2º, do art. 157, do CP, sem embargo da falta de apreensão das armas (RT 672/329)." (fl. 164)

A Corte estadual, por sua vez, manteve a incidência da majorante em questão, asseverando que:

Observe-se que embora não tenha sido encontrada e periciada a arma ou armas de fogo usadas, as declarações das duas vítimas, firmes e coerentes, não deixam dúvida de seu efetivo emprego que, por certo, é expediente bem comum em crimes dessa natureza. (fl. 218).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Logo, não há que se falar em constrangimento ilegal, quanto ao tema, devendo prevalecer o entendimento pacificado nesta Corte, conforme explicitado anteriormente.

II. *Bis in idem* - reincidência e maus antecedentes.

No caso dos autos, verifico que o juiz sentenciante assim fundamentou a aplicação da pena-base do paciente acima do mínimo legal, *in verbis* (fl. 164):

Assim sendo, provadas a autoria e materialidade do delito imputado ao réu na denúncia, passo a dosar-lhe a pena nos termos do art. 59 do Código Penal. O acusado ostenta antecedentes. Foi condenado pela prática de roubos e furto (fl. 20, 22 e última folha do apenso de FA). Diante de tal cenário, indicador de personalidade voltada à prática delitiva e conduta social inadequada, entendo que a sanção deva ser fixada acima do mínimo legal, ou seja, 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a pena-base imposta ao paciente, pelos fundamentos abaixo aduzidos (fls. 217/218):

A pena está bem dosada e fundamentada e não merece reparos. Já na base, em atendimento ao disposto no art. 59, do Código Penal, e considerando a personalidade do réu, voltada à prática delitiva, e sua conduta social inadequada, foi fixada pouco acima do mínimo. Reincidência comprovada serviu à exasperação na fase seguinte e as duas causas de aumento justificaram, ao final, um aumento de 3/8.

Do trecho impugnado da sentença condenatória, constato que o juiz sentenciante, ao analisar as circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis ao paciente os antecedentes, a personalidade, bem como a conduta social.

Em relação aos **antecedentes**, não há nenhuma providência a ser adotada no âmbito deste *writ*, pois, da folha de antecedentes penais juntada aos autos (fls. 28/60, 241/248), verifico que, quando do cometimento do delito em análise (ocorrido em 22.7.2011), o paciente ostentava as seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenações definitivas anteriores:

a) Processo n. 503/1994, com trânsito em julgado para a defesa em 28.8.1995;

b) Processo n. 002/1997, com trânsito em julgado para a defesa em 30.12.1997;

c) Processo n. 050.04.093140-4/00, com trânsito em julgado para a defesa em 20.8.2008;

d) Processo n. 79/1994, com trânsito em julgado para a defesa em 21.3.1995;

Assim, constatada a existência de condenações transitadas em julgado por fatos anteriores, não há ilegalidade na valoração negativa dos antecedentes.

Não obstante, na sequência, o magistrado considerou que a **personalidade** do acusado "é voltada à prática delitiva" e que a **conduta social** é "inadequada" (fl. 164).

Evidente a coação neste particular. Deveras, a existência de condenações definitivas anteriores já foi devidamente sopesada na primeira etapa da dosimetria, a título de *maus antecedentes*, razão pela qual não poderia ser novamente valorada, também para fins de exasperação da pena-base, como personalidade desajustada ou conduta social reprovável, sob pena de incorrer-se na vedação **inadmissível bis in idem**.

A propósito, cumpre lembrar que o Superior Tribunal de Justiça entende que "**condenações com trânsito em julgado, há mais de cinco anos, não ensejam reincidência, mas fundamentam maus antecedentes.**" (HC n. 172.565/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 24.4.2013). No mesmo sentido: REsp n. 1.364.114/MG, Rel. Ministra Marilza Maynard, 5T, DJe 25.4.2013; AgRg AREsp n. 343.147/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 1.8.2013; AgRg AREsp n. 343.147/PR, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 1.8.2013; HC n. 178.019/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 14.3.2011).

Não desconheço, ainda, o entendimento segundo o qual é possível a utilização de condenações definitivas, anteriores e distintas, para a caracterização de maus antecedentes e de reincidência; contudo, **muito**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

embora haja condenação apta a configurar a reincidência, vislumbro constrangimento ilegal perpetrado na primeira fase da dosimetria, haja vista que a **mesma** circunstância (maus antecedentes) foi distribuída para valorar **três** circunstâncias judiciais desfavoravelmente ao paciente (antecedentes, personalidade e conduta social), ensejando a exasperação da reprimenda na **mesma etapa da dosimetria**, o que, a toda evidência, não se pode admitir.

Por essas razões, justamente porque verificada a inadequação apenas parcial da análise das circunstâncias judiciais (culpabilidade, personalidade e conduta social), e considerando que remanesce uma desfavorável ao paciente (**antecedentes**), concedo *habeas corpus*, de ofício, a fim de reduzir a pena-base de 4 anos e 8 meses e 11 dias-multa (fl. 34) para **4 anos e 4 meses, mais 11 dias-multa**.

III. Exasperação da pena pelo número de majorantes.

O juiz sentenciante assim fundamentou a exasperação da reprimenda na terceira fase da dosimetria: "Ante a existência de duas qualificadoras, circunstância esta reveladora de temibilidade e merecedora de exasperação mais rígida, posto que o sucesso da empreitada criminosa é maior já que a vítima se vê mais intimidada com a ação, aumento a sanção em 3/8, perfazendo 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão e 16 (dias-multa)." (fl. 165).

A Corte estadual, por sua vez, manteve esse entendimento, consoante a seguir descrito:

Também nessa fase agiu bem a juíza, ao aumentar a pena acima do mínimo legal. É evidente que não se pode desprezar a quantidade de causas de aumento. Elas representam maior lesividade da conduta do agente, sua maior periculosidade e um aumento da probabilidade da consecução do resultado criminoso, exigindo, assim, mais reprovação. Tal reprovação deve vir refletida diretamente no calculo do aumento, entre os limites legais. No caso dos autos, sendo duas as causas de aumento, não poderia mesmo ter havido a exacerbação no mínimo. (fl. 218).

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico que o tribunal de origem entendeu devida a exasperação da reprimenda em **3/8**, na terceira fase



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da dosimetria, tão somente com base na existência de duas majorantes do crime de roubo.

Este Superior Tribunal vem reiteradamente decidindo que, em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a **majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo**, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente: "em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, a majoração da pena acima do mínimo legal (um terço) requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de causas de aumento de pena presentes no caso em análise. Súmula n.º 443 desta Corte." (HC n. 106.613/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 25.4.2011).

Ressalte-se que a matéria encontra-se sumulada por esta Corte, em seu enunciado n. 443, *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."

Dessa forma, uma vez que, no caso em análise, a Corte de origem utilizou apenas o critério matemático para fins de exasperação da reprimenda, na terceira fase, em patamar superior ao mínimo legalmente previsto, tenho como evidenciada divergência com a jurisprudência deste Tribunal Superior.

Passo, pois, à readequação da pena.

Tomando que a pena-base do paciente foi readequada para 4 anos e 4 meses de reclusão, na segunda fase, a pena foi aumentada em 1/6, em virtude da reincidência, o que mantenho, dada a existência de condenações com trânsito em julgado nos cinco anos anteriores à data dos fatos. A reprimenda fica, então, fixada em 5 anos e 20 dias de reclusão.

Na terceira etapa, elevo a sanção em 1/3, em decorrência das majorantes relativas ao concurso de agentes e emprego de arma (pistola



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiautomática), tornando a reprimenda do paciente definitiva em 6 anos, 8 meses e 26 dias, mais 16 dias-multa.

IV. Regime inicial de cumprimento de pena.

Quanto à pretendida fixação do regime inicial semiaberto postulado pela defesa, esta Corte já salientou que "a correta dosimetria da pena é questão de grande importância, não só para a acusação, como para a defesa, para que se possa saber a razão pela qual o réu recebeu determinada pena, possibilitando eventual ataque recursal ao *decisum*, além das regras que lhe são próprias limitarem o arbítrio do Magistrado e dos Tribunais, que deve sempre ser o menor possível num Estado de Direito" (HC n. **118.763**/MG, Rel. Ministra **Jane Silva** (Desembargadora Convocada do TJ/MG), 6.T, DJe 19.12.2008).

Isso posto, verifico que o juiz sentenciante assim fundamentou a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda:

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado. O regime mais brando afrontaria a finalidade de repressão e prevenção da conduta delitiva. O regime fechado é o único adequado à evidente 'perigosidade' dos agentes que praticam esse grave tipo de delito, cada vez mais freqüente e que tanto aterroriza a população desta cidade. Fixei o regime fechado também porque o acusado demonstrou que não tem condições de usufruir regime diverso, eis que, condenado anteriormente, tornou a reincidir, revelando personalidade voltada à prática criminosa, o que recomenda maior rigor na escolha do regime prisional. Some-se a isso que ele é reincidente. (fl. 165).

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterado o regime inicial fixado, pelos fundamentos a seguir descritos:

O regime prisional estabelecido também guarda plena sintonia com a gravidade do caso concreto e a culpabilidade revelada pelo agente. (fl. 219)

Como se sabe, este Superior Tribunal entende que "estabelecida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis as circunstâncias judiciais, a condição de reincidente não impede a fixação de regime prisional intermediário, nos termos da Súmula n.º 269 do Superior Tribunal de Justiça." (HC 266.409/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5T, DJe 28.5.2013).

Não obstante, no caso, as instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, não apenas com base na gravidade genérica do delito cometido ou dos malefícios gerados pelo crime de roubo à sociedade como um todo, **mas também porque o ora paciente voltou a delinquir, mesmo havendo sido condenado anteriormente, bem como pelo fato de ser reincidente.**

Com efeito, na espécie, verifico que o juiz de primeira instância, no que foi ratificado pela Corte de origem, fundamentou idoneamente a fixação do regime inicial fechado, visto que apontou circunstâncias concretas aptas a indicar a maior reprovabilidade da conduta do paciente.

Ilustrativamente:

(...)

PENA REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. FORMA FECHADA. REINCIDÊNCIA E PRÁTICA RECORRENTE DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PERICULOSIDADE. REITERAÇÃO CRIMINOSA. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. Tendo as instâncias ordinárias concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento de pena, diante da reincidência e da prática reiterada de crimes contra o patrimônio, reveladoras da maior periculosidade dos agentes envolvidos, não há que se falar em ilegalidade na imposição do modo fechado para o início do resgate da sanção.

2. Ordem denegada. (HC 219.340/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5T, DJe 26.3.2012).

Ademais, tendo em vista o reconhecimento desfavorável de circunstância prevista no art. 59 do CP e com fundamento no artigo 33, §2º, "b", e § 3º, também do CP, entendo justificada a fixação do regime mais gravoso ao paciente.

V. Conclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio.

Não obstante, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder a ordem** postulada, para reduzir em parte a pena-base do paciente, bem como para reduzir para **1/3** o aumento de pena procedido na terceira etapa da dosimetria, para tornar a reprimenda do paciente definitiva em **6 anos, 8 meses e 26 dias, mantido o regime fechado, mais 16 dias-multa.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0131333-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 269.634 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00154261920118260050 050110154266 154261920118260050 2962011 50110154266

EM MESA

JULGADO: 03/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FABIANO MOREIRA DA SILVA

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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.