



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 404.657 - SP (2017/0147477-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : JOAO FINKLER FILHO - SP314826  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO VITHOR ALVES DA SILVA

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. JUSTIFICAÇÃO IDÔNEA. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO *QUANTUM* DE AUMENTO IMPOSTO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR. MEIO PRISIONAL MAIS SEVERO MANTIDO. *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. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
3. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Em concreto, o Tribunal *a quo* concluiu que o crime causou à vítima grande abalo psicológico, causando crises de choro pelo simples fato de visualizar os criminosos, fato esse que ultrapassa as consequências inerentes ao crime de roubo.
4. Nos termos do Enunciado de Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o *quantum* de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes.
5. Na hipótese, as instâncias ordinárias apenas repetiram a descrição das duas majorantes. Destarte, vislumbra-se a nulidade da decisão por falta de fundamentação nesse ponto, motivo pelo qual deve ser reconhecida a incidência da fração mínima de 1/3 (um terço) na fixação do *quantum* de aumento das majorantes, devendo a pena do crime de roubo majorado ser definida em 5 anos e 4 meses de reclusão.
6. 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não 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), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal. Nesse diapasão, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "a", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda de 8 anos e 4 meses de reclusão, decorrente do concurso material entre adulteração de sinal identificador e roubo majorado, ser cumprida em regime fechado.

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

9. No caso, a defesa sustenta que o réu permaneceu preso preventivamente por 2 anos e 6 meses, logo, ainda que seja procedida à detração do período de custódia cautelar, a pena remanescente supera os 4 anos de reclusão, o que indica o cabimento do regime prisional fechado, dada a existência de circunstância judicial desfavorável.

10. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena de reclusão do crime de roubo para 5 anos e 4 meses, a ser cumprida em regime fechado, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

### 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), 20 de fevereiro de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 404.657 - SP (2017/0147477-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : JOAO FINKLER FILHO - SP314826  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO VITHOR ALVES DA SILVA

### RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **JOÃO VITHOR ALVES DA SILVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática dos delitos tipificados pelos arts. 157, § 2º, I e II, e 311, *caput*, na forma do 69, todos do Código Penal. Encerrada a instrução processual, o réu foi condenado pela prática do crime de roubo duplamente majorado, sendo-lhe aplicado a pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de pena de multa de 13 dias-multa (e-STJ, fls. 1-9).

Inconformadas, defesa e acusação apelaram ao Colegiado de origem, sendo provido apenas o recurso ministerial, para majorar a pena para 5 anos e 6 meses de reclusão, no regime inicial fechado, além de 13 dias-multa, quanto ao delito de roubo, e para condenar o acusado também como incurso nas penas do art. 311, *caput*, do Código Penal, aplicando-se pena de 3 anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 10 dias-multa, no mínimo legal, perfazendo um total de 9 anos e 6 meses de reclusão, e pagamento de 23 dias multa (e-STJ, fls. 285-304).

Neste *writ*, alega a impetrante, em síntese, que "o Tribunal *a quo*, para além de fixar a pena-base de modo incorreto, violou a Súmula n. 443 deste Colendo Tribunal, bem como não levou em consideração o art. 387, § 2º do Código de Processo Penal para a fixação do regime prisional do paciente, impondo-lhe inequívoca violação do direito de locomoção" (e-STJ, fls. 1-9).

Alega, ainda, que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal sem motivação idônea.

Postula, ao final, a concessão da ordem, a fim de que seja reduzida a pena-base para o mínimo legal, bem como o *quantum* de exasperação da reprimenda pelas majorantes do roubo, e seja, ainda, fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao ora paciente.

Requerimento de tutela provisória indeferido (e-STJ, fls. 372-373).

O Ministério Público Federal manifestou-se concessão parcial da ordem, de ofício, apenas para que seja reduzida a fração de aumento em decorrência das majorantes do crime de roubo, para a mínima legal (1/3), redimensionando-se a pena, ficando mantidos, no mais, os termos da condenação, inclusive o regime inicial fechado (e-STJ, fl. 413).

**É o relatório.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 404.657 - SP (2017/0147477-4)**

**RELATOR** : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : JOAO FINKLER FILHO - SP314826  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : JOAO VITHOR ALVES DA SILVA

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS. JUSTIFICAÇÃO IDÔNEA. PLURALIDADE DE HIPÓTESES MAJORANTES DO ROUBO. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. ILEGALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO *QUANTUM* DE AUMENTO IMPOSTO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 443/STJ. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR. MEIO PRISIONAL MAIS SEVERO MANTIDO. *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. A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.
3. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Em concreto, o Tribunal *a quo* concluiu que o crime causou à vítima grande abalo psicológico, causando crises de choro pelo simples fato de visualizar os criminosos, fato esse que ultrapassa as consequências inerentes ao crime de roubo.
4. Nos termos do Enunciado de Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador fundamentar concretamente o *quantum* de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes.
5. Na hipótese, as instâncias ordinárias apenas repetiram a descrição das duas majorantes. Destarte, vislumbra-se a nulidade da decisão por falta de fundamentação nesse ponto, motivo pelo qual deve ser reconhecida a incidência da fração mínima de 1/3 (um terço) na fixação do *quantum* de aumento das majorantes, devendo a pena do crime de roubo majorado ser definida em 5 anos e 4 meses de reclusão.
6. 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não 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), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal. Nesse diapasão, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "a", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda de 8 anos e 4 meses de reclusão, decorrente do concurso material entre adulteração de sinal identificador e roubo majorado, ser cumprida em regime fechado.

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

9. No caso, a defesa sustenta que o réu permaneceu preso preventivamente por 2 anos e 6 meses, logo, ainda que seja procedida à detração do período de custódia cautelar, a pena remanescente supera os 4 anos de reclusão, o que indica o cabimento do regime prisional fechado, dada a existência de circunstância judicial desfavorável.

10. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena de reclusão do crime de roubo para 5 anos e 4 meses, a ser cumprida em regime fechado, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

### 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.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena do crime de roubo e a fixação do regime, faz-se necessário expor excerto do acórdão ora impugnado:

"Segue-se com a análise e fixação da dosimetria penal.

roubo:

As penas-bases foram fixadas no mínimo legal.

Contudo, assiste razão ao representante do parquet ao pretender a elevação das sanções.

De fato, as consequências delitivas demonstraram-se desfavoráveis aos réus, já que, como bem enfatizou o ilustre Promotor, "durante o reconhecimento dos réus, a vítima caiu em prantos, mesmo sabendo que não era vista por seus algozes. Referido fato chamou a atenção do Magistrado. Tanto é assim que restou por ele expressamente consignado no termo de declarações da vítima (fls. 92).

Outrossim, embora flagrados na condução do veículo, desobedeceram à



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem policial, vindo a colidir contra a guia, danificando o bem subtraído. Assim, à vista dos princípios da proporcionalidade e da individualização das penas, fixam-se as basilares em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

De rigor, entretanto, o reconhecimento da menoridade relativa, com relação a ambos os réus, atenuante que enseja o retorno das reprimendas ao piso raso.

Na última fase da dosimetria penal, de rigor a remodulação do patamar de exasperação para 3/8, nos termos da pretensão recursal.

Isso porque, as circunstâncias fáticas do emprego de arma e do concurso de agentes, juntas, provocam maior intimidação à vítima e lhe colocam em extrema desvantagem, justificando rigor punitivo diferenciado.

A propósito, inafastável a elevação penal prevista no § 2º, do artigo 157, do Código Penal, pela implementação dos incisos I e II.

A palavra da vítima, suficiente para incriminação do agente pelo delito, tem valia e eficácia probatória também para esclarecimento de pormenores complementares (emprego de arma e concurso de agentes): no caso evidenciou-se o cometimento do crime por duas pessoas, com uso de arma, ambas com atuação ativa no roubo, sendo irrelevante a falta de apreensão e peritagem do armamento (STF, 1ª Turma, HC nº 108225/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 10.09.2014 e STJ, 5ª Turma, HC nº 155.712/DF, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe 17.12.2014).

Assim, as reprimendas alcançam 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa mínimos.

• adulteração de sinal identificador de veículo automotor:

Atendendo-se aos critérios norteadores do artigo 59, do Código Penal, ausentes circunstâncias desfavoráveis, fixam-se as penas-bases no piso e, inoperante a atenuante menoridade, porquanto o apenamento não pode ficar aquém do mínimo legal, as sanções ficam definitivamente estabelecidas em 03 (três) anos de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa menores.

Incidente a regra do cúmulo material de penas, porquanto, mediante mais de uma ação, foram praticados o roubo e a adulteração de sinal identificador, ficam as penas aplicadas cumulativamente, na forma do artigo 69, caput, do Código Penal, totalizando 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa mínimos." (e-STJ fls. 399/402)

A individualização da pena é uma atividade vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Em concreto, o Tribunal *a quo* concluiu que o crime causou à vítima grande abalo psicológico, causando crises de choro pelo simples fato de visualizar os criminosos, fato esse que ultrapassa as consequências inerentes ao crime de roubo.

Com razão o paciente quanto a deficiência de fundamentação quanto a exasperação das causas de aumento do crime de roubo.

Nos termos do Enunciado de Súmula 443 desta Corte, quando da dosimetria da fração da causa de aumento do crime de roubo, na terceira etapa, impõe-se ao julgador



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentar concretamente o *quantum* de exasperação, sendo insuficiente a mera menção à quantidade de majorantes:

Súmula 443 - "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."

A propósito:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. INVIABILIDADE. ROUBO PRATICADO CONTRA VÍTIMAS DIVERSAS EM UM MESMO CONTEXTO. CONCURSO FORMAL PRÓPRIO. ADEQUAÇÃO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA. DESNECESSIDADE. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. '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 443/STJ). Hipótese em que a pena foi aumentada em fração superior a 1/3 com base, apenas, no número de majorantes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente."

(HC 265.544/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 8/9/2015, DJe 14/9/2015).

Na hipótese, as instâncias ordinárias apenas repetiram a descrição das duas majorantes. Destarte, vislumbra-se a nulidade da decisão por falta de fundamentação nesse ponto, motivo pelo qual deve ser reconhecida a incidência da fração mínima de 1/3 (um terço) na fixação do *quantum* de aumento das majorantes do crime, devendo a pena do crime de roubo majorado ser definida em 5 anos e 4 meses de reclusão.

Passa-se à análise do regime prisional.

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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Assim, as súmulas foram observadas pelo Tribunal *a quo*. O regime fechado foi imposto com "motivação idônea".

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA E MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL. [...] 3. Na espécie, a circunstância judicial relativa aos antecedentes foi valorada em desfavor do paciente sem fundamentação idônea. O magistrado sentenciante consignou que o paciente ostenta maus antecedentes, embora fosse tecnicamente primário, o que vai de encontro ao Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte. Precedentes. 4. O sentenciante também considerou desfavoráveis os motivos do crime, pois visava o réu amealhar bens materiais sem a necessária contrapartida laboral. Não descreveu o julgador, ainda que sucintamente, a maior reprovabilidade da natureza e da qualidade da causa que levou o paciente a praticar a infração penal descrita na peça acusatória, limitando-se a elencar, de modo genérico, circunstâncias que não exorbitam das comuns ao crime de roubo, enquanto delito de natureza patrimonial. Precedentes. 5. Também destacou o magistrado sentenciante que as circunstâncias seriam desfavoráveis ao paciente, pois as vítimas foram rendidas de surpresa por dois indivíduos armados. No particular, não descreveu as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, as condições de tempo e local em que ocorreu o crime ou a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, parecendo-me, portanto, também nesse aspecto, injustificado o aumento operado na primeira etapa do cálculo da reprimenda. Precedentes. 6. Por derradeiro, igualmente insuficiente a motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que 'as consequências atingiram mais especificamente o patrimônio das vítimas o qual não foi recuperado', porquanto espelha decorrência comum dos crimes patrimoniais. Precedentes. 7. Consoante determinam os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59, ambos do Código Penal, o regime prisional será estabelecido com observância do *quantum* de pena aplicada, da primariedade e da análise das circunstâncias judiciais, em respeito ao princípio da individualização da pena, considerando, ainda, que tal regime seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 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. 8. No caso, considerando a análise desfavorável das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, os juízos ordinários fixaram o regime inicial fechado. Entretanto, afastadas as mencionadas circunstâncias negativas e estabelecida a pena-base no mínimo legal, imperiosa a modificação do regime inicial para o semiaberto, nos moldes dos enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, bem como do Enunciado da Súmula n. 440 desta Casa. Precedentes. 9. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, redimensionando a pena do paciente, estabelecê-la em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, mais 13 (treze) dias-multa." (HC 373.905/AC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

"CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A sentença aplicou fração superior a 1/3 (um terço) para majorar a pena apenas em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que contraria o disposto na Súmula 443 desta Corte: '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.' 3. 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'; e com a Súmula 719/STF, 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'. 4. Os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não 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), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal. 5. Tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea 'b', e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto. 6. *Habeas corpus* não conhecido. *Writ* concedido, de ofício, a fim de estabelecer as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e o pagamento de 13 (treze) dias-multa, bem como fixar o regime prisional semiaberto para o desconto das sanções corporais, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem descontando pena em regime mais severo." (HC 371.242/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 1/12/2016, DJe 7/12/2016).

Em verdade, os fundamentos utilizados no decreto condenatório 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), nos termos da Súmula 440 desta Corte.

Nesse diapasão, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "a", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda de 8 anos e 4 meses de reclusão, decorrente do concurso material entre adulteração de sinal identificador e roubo majorado, ser cumprida em regime fechado.

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

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, os seguintes julgados:

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

[...]

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

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

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

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. CRIME PERMANENTE. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. NATUREZA DAS DROGAS. ILEGALIDADE MANIFESTA. INEXISTÊNCIA. FIXADO REGIME INICIAL FECHADO E NEGADA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA COM BASE NA HEDIONDEZ E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, MOMENTO EM QUE TAMBÉM SERÁ ANALISADA A POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

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

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para que, afastados a obrigatoriedade do regime inicial fechado e a fundamentação referente à gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena e de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos." (HC 325.630/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015, grifou-se.)

*In casu*, o Magistrado processante limitou-se a reconhecer que o instituto da detração do tempo de custódia cautelar deveria ser aplicado pelo Juízo das Execuções. O Colegiado de origem, por sua vez, afirmou que a fixação do regime prisional menos severo do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao réu exige a comprovação dos requisitos de ordem objetiva e subjetiva previstos no art. 112, *caput*, da Lei de Execuções Penais, o que não teria sido comprovado pela defesa.

Com efeito, a defesa sustenta que o réu permaneceu preso preventivamente por 2 anos e 6 meses, logo, ainda que seja procedida à detração do período de custódia cautelar, a pena remanescente supera os 4 anos de reclusão, o que indica o cabimento do regime prisional fechado, dada a existência de circunstância judicial desfavorável.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para reduzir a pena de reclusão do crime de roubo para 5 anos e 4 meses, a ser cumprida em regime fechado, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0147477-4

**HC 404.657 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0001525222015 00015252220158260477 1525222015 15252220158260477  
20170000231202 4732015

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                              |
|------------|----------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  |
| ADVOGADO   | : JOAO FINKLER FILHO - SP314826              |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO |
| PACIENTE   | : JOAO VITHOR ALVES DA SILVA                 |
| CORRÉU     | : ALYSSOM DOMINGUES DE MORAES SILVA          |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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