

HABEAS CORPUS Nº 362.535 - MG (2016/0182925-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : AULUS DE ARAUJO COSTA
ADVOGADO : AULUS DE ARAÚJO COSTA - MG144938
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EVALDO BRAGA DE SOUZA

VOTO-VENCEDOR

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

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

Busca-se a alteração do regime inicial de cumprimento da pena. Cabe, pois, analisar o acórdão impugnado, no que interessa (fls. 68/69):

Melhor sorte não socorre ao apelante, no que se refere à redução da reprimenda. Esta foi muito bem dosada pelo Juízo *a quo*, atendendo todos os parâmetros legais e, por isso, sendo justa e suficiente à prevenção e reprovação do delito.

Na primeira fase, **a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal de 12 (doze) anos de reclusão.**

Na fase intermediária, diante da presença da circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea 'f' - posto que o acusado praticou o crime contra mulher, valendo-se das relações domésticas (Lei nº 11.340/06), - a do art. 61, inciso II, alínea 'h' - eis que o réu tinha conhecimento que a época dos fatos a vítima estava grávida de 04 (quatro) meses - e ainda reconhecida mais de uma qualificadora (meio cruel e motivo fútil), a segunda delas (art. 61, II, 'a', CP) foi corretamente considerada como agravante. Desta forma, a pena provisória restou devidamente estabelecida em 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

Já na fase final, o ilustre sentenciante a quo fixou a fração máxima de 2/3 (dois terços) para a causa geral de diminuição de pena do art. 14, inciso II do Código Penal, **concretizando a reprimenda em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.**

Sendo assim, não há qualquer irregularidade na dosimetria de pena devendo ser integralmente mantido o quantum poenale fixado na primeira instância.

Por fim, não assiste razão à defesa quando pretende o reconhecimento de nulidade da decisão por ausência de fundamentação no que tange ao estabelecimento do regime inicial fechado.

Apesar de discordar do motivo que fez o Juízo *a quo* determinar a fixação do regime fechado, certo é que o Magistrado fundamentou de forma bastante clara e precisa as razões de sua decisão, atendendo cabalmente o preceito contido no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

Segundo a decisão primeva à fl. 263, "a pena deverá ser cumprida, inicialmente, em regime fechado, por se tratar de crime hediondo (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072, de 1990)".

Superior Tribunal de Justiça

Ademais, vale registrar que diante da gravidade concreta do delito praticado pelo apelante, deve ser mantido o regime fechado para início de cumprimento da pena.

Constou, ainda, de um dos votos dos embargos infringentes (fl. 20):

Conservo o posicionamento por mim adotado quando do julgamento da apelação criminal para fixar o regime inicialmente fechado para o início de cumprimento do réu com fundamento, não no art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072, de 1990, pois recentemente reconhecida sua inconstitucionalidade pelo STJ, mas sim com base na elevadíssima gravidade in concreto do delito em apreço.

A título ilustrativo, repise-se a apavorante narrativa extraída da denúncia, através da qual se extrai que o réu abordou sua esposa, ora vítima, que se encontrava grávida de 04 (quatro) meses ameaçando ceifar sua vida, bem como a do bebê. Segurando-a pela roupa, o denunciado a levou até a sala e, colocando o revólver dentro da boca dela, tentou obrigá-la a manter relação sexual com ele e, como a mesma resistia veemente, passou a ameaçá-la, dizendo que se ela não tirasse a roupa iria matá-la. Desesperada, Fabiana começou a gritar por socorro, instante em que o seu filho de quatro anos saiu do banheiro e, ao ver aquela cena, voltou correndo. A vítima passou então a pedir ao denunciado que não fizesse aquilo na frente do menino, para evitar eventual trauma. No entanto, Evaldo, friamente, disse que não teria problema, já que eliminaria a criança logo após ceifar a vida da mesma. Dando continuidade à sua crueldade, o denunciado obrigou a vítima a se ajoelhar e, após retirar algumas balas do revólver, deixando apenas uma, começou a fazer "roleta russa" com a arma apontada para a cabeça da mesma, puxando por duas vezes o gatilho sem que houvesse qualquer disparo. Por fim, o denunciado ordenou que a vítima olhasse para ele e mais uma vez acionou a arma, momento em que esta veio a disparar, mas, por circunstâncias alheias a vontade do mesmo, Fabiana não foi atingida, já que, ao bater a mão na arma, ela fez com que o projétil desviasse e atingisse o aparelho televisor.

Ora, não há dúvidas de que **modus operandi adotado pelo acusado extrapola o razoável**, não sendo, assim, aconselhável o abrandamento de regime para o início de cumprimento da pena, eis que o meio mais severo é, a meu ver, o único que cumpre com as finalidades repressiva e preventiva inerentes à sanção penal.

Examinando a tese jurídica afetada a esta Terceira Seção, entendo ser possível que se estabeleça regime prisional mais gravoso do que aquele previsto para a sanção aplicada, mesmo diante da fixação da pena-base no mínimo legal, desde que haja concreta motivação. É imprescindível, pois, a análise de cada caso concreto.

No mesmo sentido, confirmam-se diversos precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO

CONHECIDO.

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

2. **Não obstante a estipulação da reprimenda final em 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, o Tribunal *a quo* salientou particularidade fática, destacando 'a gravidade concreta do delito, que ocorreu durante o dia, no interior de um estabelecimento comercial, em horário comercial, causando insegurança e temor na pequena comunidade de Campo Florido, ressaltando-se, ainda, que há notícias nos autos de que o acusado teria praticado outros delitos da mesma natureza, além de se tratar de delito hediondo, sendo certo que o referido regime se mostra o mais socialmente recomendável ao caso em tela', o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.**

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 372.427/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 8/11/2016, grifou-se.)

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

(...)

2. Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, 'fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito'.

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

- *Habeas corpus* não conhecido.

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

PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

(...)

2. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal -

CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. Embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis, o paciente seja primário e a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, foi fixado o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos - 'os acusados associaram-se a um terceiro desconhecido e, com emprego de arma, abordaram o ofendido, subtraindo seu veículo, com o qual fugiram' -, o que autoriza a imposição de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena, nos exatos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 365.004/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/9/2016, DJe 5/10/2016, grifou-se.)

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS TENTADOS. NULIDADE. DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. NÃO CONSTATADA. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

3. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juízo natural da causa indicar, de maneira motivada e com base nos dados concretos dos autos, qual o regime inicial adequado para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem 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.

4. Não há ilegalidade no estabelecimento do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, seis tentativas de roubo circunstanciado cometidas mediante o concurso de quatro agentes e o emprego de duas armas de fogo.

5. Ordem não conhecida.

(HC 225.831/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/5/2016, DJe 6/6/2016, grifou-se.)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE ROUBO TENTADO. REGIME PRISIONAL FECHADO IMPOSTO PELO TRIBUNAL A QUO, EM SEDE DE APELAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONCURSO DE AGENTES (TRÊS), COM VIOLÊNCIA REAL E EMPREGO DE ARMA IMPRÓPRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. A atual jurisprudência não tem admitido o emprego do *habeas corpus* em substituição a recurso especialmente previsto no texto constitucional.

2. Inexiste ilegalidade na escolha do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime, ainda que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o agente seja primário e o *quantum* da pena - 2 anos e 9 meses de

reclusão - seja inferior a 4 anos.

3. *In casu*, o julgador salienta particularidade fática - a forma de seu cometimento, por três agentes, com violência real e emprego de arma (teriam aplicado uma gravata na vítima, a ameaçado com uma garrafa de vidro quebrada, colocando-a ao lado de seu pescoço e ainda a atingido com um chute na barriga) - fls. 43/44 -, que revela um plus de reprovabilidade na conduta dos pacientes, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

4. *Writ* não conhecido.

(HC 354.671/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 2/8/2016, DJe 18/8/2016, grifou-se.)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO (ARTIGO 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). TENTATIVA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONDENAÇÃO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. GRAVIDADE CONCRETA. VIOLÊNCIA REAL. POSSIBILIDADE DE ESCOLHA DE MODO PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. **Conforme jurisprudência reiterada deste Sodalício, a imposição do regime inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.**

2. **Na hipótese, o Colegiado a quo concluiu de modo fundamentado quanto à necessidade do regime inicial semiaberto, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - com violência real contra uma das vítimas - não havendo ilegalidade a reparar. Precedentes.**

3. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 365.765/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 8/11/2016, DJe 16/11/2016, 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.

(...)

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 tratar-se 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 devidamente justificado, com esteio em elementos concretos extraídos da conduta criminosa, não se verificando afronta ao teor dos Enunciados ns. 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.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. CRIMES DE ROUBO MAJORADOS. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA DO CONCURSO FORMAL. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DA PROVA. VIA IMPRÓPRIA. CONSUMAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE DE POSSE TRANQUILA DA *RES*. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE

COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM A CONFISSÃO. POSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. PRESENÇA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

(...)

5. Justifica-se a imposição do regime prisional mais gravoso, ainda que estabelecida a pena-base no mínimo legal ao réu primário, quando presentes fundamentos que desbordam da gravidade abstrata, e das circunstâncias comuns à espécie, evidenciando a especial reprovabilidade da conduta praticada. Precedentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas do paciente RENE para 6 anos, 2 meses e 20 dias, de reclusão, e 15 dias-multa.

(HC 209.582/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 3/12/2015, grifou-se.)

E do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

2. O emprego de arma de fogo, circunstância objetiva do caso concreto vinculada à maneira de agir do acusado, constitui fundamento idôneo para a imposição de regime inicial fechado, mesmo na hipótese de a pena-base haver sido fixada no mínimo legal. Não fosse a previsão legal de exacerbação da pena na terceira fase da dosimetria, a utilização de arma de fogo implicaria o aumento da sanção penal já na primeira etapa da dosimetria (pena-base), na medida em que, antes de limitar-se à chamada gravidade abstrata do delito, está relacionada ao maior desvalor da ação.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, HC 124.663 AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 10/12/2014, grifou-se.)

Habeas corpus. Roubo qualificado (CP, art. 157, § 2º). Negativa de seguimento pelo Superior Tribunal de Justiça, por se tratar de sucedâneo de recurso especial cabível. Não conhecimento do *writ*, em razão da inadequação da via eleita.

(...)

3. Os motivos adotados pelo juízo sentenciante foram aptos e idôneos para justificar a fixação do regime mais gravoso. Esse entendimento encontra-se cristalizado no enunciado da Súmula nº 719 da Corte, segundo a qual 'a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea'.

4. Não conhecimento do *writ*. Extinção da ordem por inadequação da via eleita.

(STF, HC 118.733, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 16/12/2013, grifou-se.)

Superior Tribunal de Justiça

Na hipótese, a Corte estadual invocou concretamente as circunstâncias do delito para justificar o regime prisional fechado, em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Foi indicada a concreta gravidade do crime (praticado contra mulher, grávida de 4 meses, valendo-se das relações domésticas, mediante meio cruel e motivo fútil, inclusive na presença do filho de 4 anos da vítima e mediante "roleta russa").

Assim, irrepreensível o aresto impugnado.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

