



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.858 - SP (2017/0176629-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DOUGLAS RODRIGO VIVEIROS
ADVOGADO : DOUGLAS RODRIGO VIVEIROS - SP289703
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO LOPES LIMA
PACIENTE : ADESSON PEIXOTO FEITOSA
PACIENTE : MAIKON MUQUEM

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO TENTADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. REGIME EXCESSIVAMENTE GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

– A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, *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 deste Tribunal. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

– De outro lado, a jurisprudência pacífica desta Corte também definiu que o regime prisional não está condicionado, de forma absoluta, à quantidade de pena aplicada, uma vez que se deve dar relevo aos demais elementos concretos do delito.

– Diante disso, não se verifica constrangimento ilegal na fixação do regime inicial mais gravoso em razão da gravidade concreta do crime, o que foi destacado pelo Tribunal *a quo*, ao enfatizar o *modus operandi* do delito, o qual extrapolou a prática delituosa comum para o tipo. Precedentes desta Corte (HC 361.631/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Terceira Seção, julgado em 14/12/2016, DJe 02/02/2017 e HC 381.056/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 31/05/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Apesar de ser idônea a fundamentação apresentada para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso, na espécie, para uma pena inferior a 4 anos de reclusão – para a qual seria cabível a aplicação de regime inicial aberto, não fosse a gravidade concreta do delito –, afigura-se desproporcional a aplicação de regime inicial fechado, excessivamente oneroso para os pacientes, devendo incidir o regime inicial semiaberto, imediatamente mais gravoso que o *quantum* da pena indica.
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio* para aplicar o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas aplicadas aos pacientes.

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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.

Brasília (DF), 24 de maio de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.858 - SP (2017/0176629-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DOUGLAS RODRIGO VIVEIROS
ADVOGADO : DOUGLAS RODRIGO VIVEIROS - SP289703
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO LOPES LIMA
PACIENTE : ADESSON PEIXOTO FEITOSA
PACIENTE : MAIKON MUQUEM

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de EDUARDO LOPES LIMA, ADESSON PEIXOTO FEITOSA e MAIKON MUQUEM contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido no julgamento da Apelação n.º 0095735-56.2013.8.26.0050.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, ao cumprimento da pena de **2 anos, 9 meses e 17 dias de reclusão**, em regime inicial **aberto** (fls. 36/43).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, negou provimento aos recursos dos réus e deu parcial provimento à apelação do Ministério Público para fixar o regime inicial fechado em relação a todos os acusados (fls. 79/102).

No presente *writ*, o impetrante alega que os pacientes sofrem constrangimento ilegal resultante da fixação de regime mais gravoso, embora sejam primários e portadores de bons antecedentes.

Requer, em liminar, a suspensão da execução provisória da pena e, no mérito, a aplicação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 108/112).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 159/162).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 408.858 - SP (2017/0176629-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa dos pacientes, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Objetiva-se, nesta impetração, a aplicação de regime aberto, a uma pena fixada em patamar inferior a 4 anos.

Acerca do tema, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, *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 deste Tribunal. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o Tribunal *a quo*, ao dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo representante do *Parquet* para fixar o regime inicial fechado, ressaltou a gravidade concreta da conduta praticada pelos pacientes. Confira-se o seguinte trecho:

O regime fechado impõe-se. Os apelantes praticaram o delito em plena tarde de uma terça-feira e com emprego de arma de fogo, e, além disso, o perpetraram contra empresa situada no mesmo bairro onde residiam. Importante destacar a maior reprovabilidade indicada nas causas de aumento. Demonstraram ousadia, reprovabilidade e periculosidade acima do normal, sendo o regime fechado o único adequado no caso em exame, nos termos do artigo 33, §3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal, razão pela qual regime menos gravoso, em face da maior reprovabilidade não terá o condão de desestimular a prática de novos crimes, o que por si só já autoriza o regime fechado (fl. 100).

Infere-se, portanto, que, a despeito de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi aplicado de forma idônea, em razão da gravidade concreta do crime (nesse sentido: HC 314.301/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/02/2016 e AgRg no AREsp 850.178/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 15/03/2016).

De outro lado, apesar de ser idônea a fundamentação apresentada para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso que a pena comporta, na espécie, para uma pena inferior a 4 anos de reclusão – para a qual seria cabível a aplicação de regime inicial aberto, não fosse a gravidade concreta do delito, por se tratar do delito de roubo tentado, com pena-base fixada no mínimo legal –, figura-se desproporcional a aplicação de regime inicial fechado, excessivamente oneroso para os pacientes, devendo incidir o regime inicial semiaberto, imediatamente mais gravoso que o *quantum* da pena indica.

Sobre o tema cito o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTANCIADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. WRIT NÃO CONHECIDO. MATÉRIA AFETADA À SEÇÃO.

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 decreto condenatório não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido, como regra geral, em lei, como regra geral (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 do regime mais severo do que o indicado pelo quantum da reprimenda baseou-se na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu modus operandi, pois houve emprego de violência intensa e desnecessária na senda criminosa, 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 Código Penal, desde que apresentados elementos fáticos indicativos da gravidade concreta do crime, sendo tão somente rechaçada a imposição de regime mais severo com base na gravidade abstrata do delito. (Precedentes).

5. Diante da impossibilidade de dupla valoração de uma mesma circunstância judicial na dosimetria, por vezes, um elemento concreto dos autos que poderia ser sopesado quando da fixação da pena base, por constituir fundamento idôneo para negatificação de um dos vetores do art. 59 do CP, tão somente será tarifado na segunda ou terceira etapas da individualização da pena, vez que configura, igualmente, uma causa de aumento ou circunstância agravante. Em verdade, malgrado tenha a pena base sido fixada no piso legal, forçoso reconhecer que a conduta, eventualmente, pode ostentar gravidade superior à ínsita ao delito, justificando o recrudesimento do regime prisional, ainda que seja reconhecido que a incidência das majorantes, de per si, não constitua motivação válida para o recrudesimento da regime prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. A Terceira Seção decidiu a matéria a ela afetada, no sentido de que é possível - desde que com base em motivação concreta - estabelecer regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada. Tal fundamentação, porém, deve ser aferida caso a caso.

7. Writ não conhecido (HC 361.631/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 2/2/2017.)

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas, evidenciado o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente, **concedo a ordem** de ofício para aplicar o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas aplicadas aos pacientes.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0176629-1

HC 408.858 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00957355620138260050 17582013 2013001758 20170000485154 957355620138260050

EM MESA

JULGADO: 24/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DOUGLAS RODRIGO VIVEIROS
ADVOGADO	: DOUGLAS RODRIGO VIVEIROS - SP289703
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EDUARDO LOPES LIMA
PACIENTE	: ADESSON PEIXOTO FEITOSA
PACIENTE	: MAIKON MUQUEM

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 Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi.