



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.563 - SP (2017/0017379-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELI FERNANDO BORGES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA TOTAL ESTABELECIDADA EM 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. GRAVIDADE CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

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

3. No caso dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial semiaberto foi estabelecido a partir de motivação concreta extraída dos autos – *confessou amplamente, em Juízo, ser habitual em crimes patrimoniais para conseguir adquirir drogas, das quais se diz dependente, para tanto abordando a jovem ofendida, simulando estar armado, a demonstrar periculosidade acentuada e ousadia incomum, além de possuir maus antecedentes* –, o que demonstra uma maior reprovabilidade na conduta do paciente, justificando o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440/STJ e n. 718/STF.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.563 - SP (2017/0017379-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELI FERNANDO BORGES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ELI FERNANDO BORGES DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000551-81.2015.8.26.0542).

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (roubo).

Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem, por unanimidade, negou provimento ao recurso. Eis a ementa do julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL - ALEGAÇÃO DE QUE O APELANTE DEVE SER ABSOLVIDO, POR AUSÊNCIA DE PROVAS A INCRIMINÁ-LO. TESES SUPLETIVAS DE DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO PARA O CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, EM DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, OU PARA O DELITO DO ART. 155, DO CP; DE FIXAÇÃO DAS PENAS NO PATAMAR MÍNIMO, COM SUA REDUÇÃO POR CONTA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA; DE ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL INICIAL ABERTO, COM A APLICAÇÃO DO ART. 387, § 2º. DO CPP. E DE CONCESSÃO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NO ART. 157 CAPUT, DO CP.

CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A INCRIMINAR O APELANTE NA FORMA RECEPCIONADA NO ÉDITO MONOCRÁTICO.

TESES SUPLETIVAS QUE NÃO VINGAM. POR ABSOLUTA FALTA DE AMPARO LEGAL (fl. 41).

No presente *writ*, a impetrante sustenta constrangimento ilegal imposto ao paciente consubstanciado na fixação do regime prisional mais gravoso sem fundamentação concreta, mas tão somente com base na gravidade abstrata do delito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em desrespeito aos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como ao enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Requer, assim, a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda imposta.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 54/56).

Informações prestadas pelas instâncias ordinárias (fls. 65/88).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 92/96).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 386.563 - SP (2017/0017379-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto, por ausência de fundamentação idônea na aplicação do regime mais gravoso.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime semiaberto, sob os seguintes fundamentos:

[...]

Passo a dosar a pena.

Com fundamento no artigo 59. do Código Penal, analisando que o réu é primário, fixo a pena-base em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa (calculados em seu mínimo legal, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos).

Na segunda fase de dosagem da pena, nada há a ser considerado, pois a pena já foi fixada no mínimo-legal.

Não há causas de aumento ou diminuição a serem consideradas, razão por que torno a pena definitiva.

Nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o semiaberto. Isto porque, o regime prisional inicial semiaberto, no caso, é o mais adequado e também merece manutenção, considerada a finalidade primária de prevenção e repressão da conduta criminosa, além da gravidade de tal conduta típica, fato que causa clamor público e instabilidade na paz social, constituindo uma resposta mais efetiva à criminalidade violenta, mormente considerando a crescente onda de roubo com grave ameaça ou/e à mão armada e de crimes violentos que assolam o País. O Tribunal tem decidido reiteradamente que o regime fechado é o único aplicável a autor de roubo, ainda que primário o agente e independentemente da quantidade da pena aplicável

[...] (fl. 20).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve a condenação imposta pela sentença e o regime prisional, nestes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

As penas foram estabelecidas de forma branda, fixadas as básicas no patamar mínimo, muito embora **ostente o réu maus antecedentes por condenação em Primeiro Grau**, também por roubo (certidão de fl. 74), daí porque não poderiam ser reduzidas para alguém desse, diante da atenuante da confissão espontânea, nos termos do verbete 231, da Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, e tornadas definitivas à míngua de outras causas de aumento, ou de diminuição.

E o apelante foi novamente beneficiado ao extremo com a aplicação ab initio do regime prisional intermediário, vez que **confessou amplamente, em Juízo, ser habitual em crimes patrimoniais para conseguir adquirir drogas**, das quais se diz dependente, para tanto **abordando a jovem ofendida, simulando estar armado, a demonstrar periculosidade acentuada e ousadia incomum, além de possuir maus antecedentes, conforme referido acima**, todavia, nada havendo que se fazer quanto a tal, à míngua de recurso ministerial. Assim, não há que se falar em fixação de regime ainda mais brando, como pretendido pela Defesa (fls. 75/76).

Sobre a fixação do regime prisional, 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 ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do col. STF, *verbis*:

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."*

Súmula 718/STF: *"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."*

Súmula 719/STF: *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

Todavia, na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja tecnicamente primário, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial semiaberto foi estabelecido a partir de motivação concreta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extraída dos autos – *confessou amplamente, em Juízo, ser habitual em crimes patrimoniais para conseguir adquirir drogas, das quais se diz dependente, para tanto abordando a jovem ofendida, simulando estar armado, a demonstrar periculosidade acentuada e ousadia incomum, além de possuir maus antecedentes* –, o que demonstra uma maior reprovabilidade na conduta do paciente, justificando o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440/STJ e n. 718/STF.

A propósito, confirmam-se:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. Os fundamentos utilizados pelo acórdão ora recorrido não podem ser tidos por genéricos e, portanto, constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), não havendo se falar em violação da Súmula/STJ 440, bem como dos verbetes sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. **Malgrado a pena-base tenha 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 pela violência empregada, que desborda da ínsita ao crime de roubo, exigindo resposta estatal superior, dada a maior reprovabilidade da conduta, em atendimento ao princípio da individualização da pena.**

4. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do Estatuto Repressor Penal, desde que mediante fundamentação idônea. (Precedentes).

5. Ordem não conhecida (HC 338.469/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/04/2016).

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, DJe 16/11/2016).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. EXASPERAÇÃO DA PENA EM PATAMAR SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA N. 443/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. OUSADIA E GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. **In casu, o regime prisional mais severo foi devidamente fixado na origem, que levou em consideração a gravidade concreta do delito praticado pelo paciente, ao imobilizar a vítima em via pública, ameaçando-a com uma faca encostada em seu corpo, circunstâncias reveladoras de ousadia e periculosidade concreta na conduta do agente, além de menoscabo com a integridade física das pessoas, que afasta a incidência da Súmula n. 440/STJ.**

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para limitar o recrudescimento da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, à fração de 1/3 (um terço), redimensionando sua reprimenda ao patamar de 5 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 13 dias-multa, a ser cumprida inicialmente no regime fechado (HC 318.833/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do habeas corpus.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0017379-5

HC 386.563 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005518120158260405 00005518120158260542 200315 20032015 20160000710810
5518120158260405 5518120158260542

EM MESA

JULGADO: 04/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ESTELA WAKSBERG GUERRINI - SP235368
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ELI FERNANDO BORGES DOS SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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."

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