



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.122 - SP (2017/0036260-5)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DJALMA TERRA ARAUJO
ADVOGADO : DJALMA TERRA ARAÚJO - SP063587
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVANDRO MARCEL SANTANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E IRRELEVÂNCIA DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA TOTAL INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

2. A questão atinente à detração do tempo de prisão cautelar para fixação do regime prisional não foi apreciada pelo Tribunal a *quo*, ficando esta Corte impedida de apreciar o tema sob pena de incidir em indesejada supressão de instância. Precedentes.

Ademais, no caso concreto, inexistente ilegalidade no tocante à detração do tempo de prisão cautelar para fins de fixar o regime prisional, uma vez que a pena total aplicada é inferior a 4 (quatro) anos, não havendo, desse modo, possibilidade de alteração do regime inicial fixado tão somente em razão do *quantum* de pena aplicado. Precedentes.

3. 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.

4. No caso dos autos, embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi estabelecido exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal, em razão da gravidade concreta do delito – *cometido com rompimento de obstáculo e em concurso de pessoas, contando, ainda, com a participação de adolescente* – e por se tratar de paciente reincidente, não havendo falar, portanto, em afronta ao Enunciado n. 269/STJ, segundo o qual: *É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

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

Brasília (DF), 09 de maio de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.122 - SP (2017/0036260-5)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DJALMA TERRA ARAUJO
ADVOGADO : DJALMA TERRA ARAÚJO - SP063587
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EVANDRO MARCEL SANTANA

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 EVANDRO MARCEL SANTANA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0075657-14.2011.8.26.0114).

O paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal (furto qualificado), à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 13 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual manteve integralmente a sentença em relação ao ora paciente, nos termos do acórdão juntado às fls. 23/30.

No presente *writ*, o impetrante alega a existência de constrangimento ilegal decorrente da manutenção do regime inicial fechado. Sustenta que o acórdão combatido deixou de considerar o longo tempo que o paciente ficou preso antes da prolação da sentença, o que acarretaria nulidade, nos termos dos arts. 563 e 564 do Código de Processo Penal – CPP.

Afirma, ainda, que a quantidade da pena imposta, bem como o fato de tratar-se de delito cometido sem violência ou grave ameaça, justifica a imposição do regime semiaberto.

Deduz-se, ante a ausência de pedido expresso, que o impetrante requer, em liminar e no mérito, a fixação de regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 37/38).

Informações prestadas (fls. 47/65 e 67/109).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 113/117).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.122 - SP (2017/0036260-5)

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 prisional semiaberto para cumprimento da pena.

O Juiz de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime prisional, sob a seguinte fundamentação:

[...]

*Fixo a pena-base, para o acusado EVANDRO, em 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, no segundo momento de fixação de pena, ante a reincidência do acusado (fls. 31 do apenso 02), agravo-a em 1/3, e, no terceiro momento de fixação de pena, ante a ausência de causas alteradoras, torno-a definitiva em **02 (DOIS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO.***

*Fixo, ainda, a pena pecuniária, para o acusado EVANDRO, em 13 (TREZE) DIAS-MULTA, cada dia no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado. O acusado EVANDRO **iniciará o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime FECHADO**, ante a sua reincidência. Ainda pela reincidência de EVANDRO, não será o caso de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Os acusados encontram-se soltos e soltos permanecerão até o trânsito em julgado desta decisão. Com o trânsito em julgado, lance-lhes o nome no rol dos culpados e expeçam-se guias de recolhimento, com relação a THALISSA para o cumprimento da pena restritiva de direitos e com relação a EVANDRO para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta.*

[...] (fls. 21/22).

O Tribunal de Justiça estadual, atento à ampla devolutividade do recurso de apelação e sem agravar a situação do réu, manteve a condenação imposta na sentença e o regime prisional fechado. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Atendendo aos termos do art. 59 do Código Penal a pena-base foi fixada no mínimo legal ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Na segunda fase, bem reconhecida a **reincidência** (fls. 32 - apenso), a pena foi adequadamente majorada à razão de 1/3, o que deve ser mantido, pois julga-se proporcional à reiteração delitiva praticada.

Embora este subscritor tenha posição firme em admitir a confissão parcial como atenuante, data venia, não é a hipótese dos autos, isso porque a conduta do sentenciado assume viés meramente defensivo, vez que é clara a consumação do furto, inclusive com o rompimento de obstáculo, situação esta negada pelo apelante, que apenas aduz ter tentado furtar o veículo.

Tal tese está isolada nos autos, ademais, a versão apresentada pelo sentenciado não foi utilizada para a composição de sua culpabilidade, ou para a formação do juízo de certeza que sustentou o decreto condenatório, razão pela qual tal pleito não deve ser considerado para fins de atenuar sua reprimenda.

O pleito de aplicação das frações referentes ao concurso de pessoas do crime de roubo ao crime de furto não merece ser acolhido por absoluta falta de previsão legal.

Com efeito, tais circunstâncias foram ponderadas de forma diversa pelo Legislador que lhe concedeu natureza jurídica diversa por entender, no exercício de sua competência legislativa, serem carecedoras de tratamento diferenciado, cada uma ensejando efeitos diversos na reprimenda a ser imposta.

Enquanto que no crime de roubo tal elemento representa causa de aumento de pena, permitindo ao magistrado ponderação acerca de sua incidência com a aplicação da pena entre as frações estabelecidas, no crime de furto, tal elemento foi erigido à condição de qualificadora, estabelecendo novos patamares à reprimenda a ser imposta ao agente.

Dessa forma, por mais que a tese aduzida tenha valor acadêmico, sua incidência fica restrita a tal campo, competindo ao Judiciário, quando da aplicação da lei ao caso concreto, seguir seus ditames, nos exatos limites do princípio da legalidade penal, que serve de garantia não apenas ao acusado, mas também de que a lei seja aplicada conforme estabelecida, garantindo-se a necessária segurança jurídica, sob pena de se ferir o Pacto Republicano e a atividade típica do Legislativo.

Por fim, quanto ao regime de pena, entende-se que o pleito defensivo não deve ser deferido, isso porque a conclusão exarada pelo douto Magistrado para imposição da pena encontra respaldo no art. 33, § 3º, o qual determina sejam ponderadas as condições pessoas do sentenciado para fixação de sua reprimenda.

Considerando sua reincidência, é claro que o sentenciado não absorveu a terapêutica penal anteriormente imposta, vez que se dedicou novamente à prática delitiva, fato que impõe ao Judiciário o dever de repreendê-lo de forma mais gravosa, com a finalidade de que seja preservada a finalidade da pena em seu caráter preventivo geral e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial, bem como positivo e negativo.

Este subscritor entende que, apesar da quantidade de pena fixada para esta hipótese específica, em que o delito foi cometido com rompimento de obstáculo e em concurso de pessoas, contando, ainda, com a participação de adolescente, fato que torna sua conduta mais reprovável, o regime a ser fixado é mesmo o fechado.

[...] (fls. 25/28).

Inicialmente, quanto à alegação de que o acórdão combatido teria deixado de considerar o longo tempo que o paciente ficou preso antes da prolação da sentença, o que acarretaria nulidade, nos termos dos arts. 563 e 564 do CPP, verifico que a tese não foi apreciada pelo Tribunal de origem, o que impede a apreciação da questão diretamente por esta Corte Superior, sob pena de incidir em indevida supressão de instância. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E EXTORSÃO QUALIFICADA PRATICADOS POR POLICIAIS MILITARES. AUDITORIA MILITAR. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTERROGATÓRIOS REALIZADOS NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. ART. 302 DO CPPM. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. TÉRMINO DA INSTRUÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO DO STF. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESTA PARTE DESPROVIDO.

I - Tendo em vista que a tese acerca da ilicitude das interceptações telefônicas não foi apreciada pelo eg. Tribunal a quo, não é possível a esta Corte preceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância (precedentes).

[...]

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (RHC 77.695/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/04/2017).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E NULIDADE PROCESSUAL. TEMAS NÃO ANALISADOS PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO. DELITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE RÉUS. EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DO MAGISTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A questão atinente à nulidade processual, bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como da ausência de fundamentação para decretação da custódia cautelar, não foram submetidas ou apreciadas pelo Tribunal de origem, o que obsta a análise por esta Corte Superior, sob risco de se incorrer em indesejável supressão de instância.

[...]

Recurso em habeas corpus desprovido (RHC 76.794/MG, de minha relatoria, DJe 29/03/2017).

Ademais, no caso concreto, o paciente foi condenado a uma pena inferior a 4 anos de reclusão, não havendo, desse modo, possibilidade de alteração do regime inicial fixado tão somente em razão do *quantum* de pena aplicado.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. REGIME PRISIONAL. PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA QUE REVELA MAIOR DESVALOR DA AÇÃO. SÚMULA 269/STJ. NÃO APLICAÇÃO. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

4. No que toca à pretendida aplicação da norma prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Civil, é possível identificar que os fundamentos utilizados pelas instâncias ordinárias não são idôneas, na medida em que simplesmente remetem para a execução penal a análise da detração, mediante a alegada necessidade de aferição do elemento subjetivo, próprio da progressão de regime, o que contraria o exposto comando normativo e a jurisprudência desta Corte.

5. O cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, conforme o comando do § 2º do art. 387 do CPP, demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal.

6. No caso, a pena já se encontrava em patamar não superior a 4 anos de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado em virtude da reincidência e existência de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

7. Habeas corpus não conhecido (HC 347.133/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 02/05/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 289, § 1º, DO CP. MOEDA FALSA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA RECUSA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. DEFICIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I - O tempo de prisão cautelar deve ser considerado para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena, consoante determina o artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 12.736/2012.

II - Todavia, a despeito do montante final da pena (4 anos de reclusão) autorizar, a princípio, o regime aberto e, mesmo considerando a redução do tempo de prisão em decorrência da detração, depreende-se da dosimetria realizada que as circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao recorrente, que possui maus antecedentes, o que justifica o agravamento do regime prisional, para o semiaberto, consoante orientação do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que as condenações alcançadas pelo período depurador de 05 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal, o que ocorreu na espécie.

IV - A defesa não fez juntar cópia do decreto originário de prisão preventiva, peça indispensável para a verificação da idoneidade da motivação da manutenção da segregação cautelar, de maneira que não é possível conhecer do recurso nessa parte, por deficiência de instrução (cf. RHC n. 55.604/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 27/11/2015).

Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, para determinar às instâncias ordinárias que apreciem a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar (RHC 66.436/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 06/05/2016)

Sobre o 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. Supremo Tribunal Federal, verbis:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."*

No caso dos autos, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial fechado foi estabelecido exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal, em razão da gravidade concreta do delito e o fato de se tratar de paciente reincidente, não havendo falar, portanto, em afronta ao entendimento sumulado por esta Corte, por meio do Enunciado de n. 269/STJ, segundo o qual: *É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÊS DELITOS DE FURTO QUALIFICADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REINCIDÊNCIA E GRAVIDADE CONCRETA. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. ACÓRDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO E DEFESA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

- Nos termos da Súmula n. 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. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

- Na escolha do regime prisional, o julgador não está



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

absolutamente adstrito ao quantum da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um modus operandi que desborde do tipo penal violado.

- Por outro lado, nos termos da Súmula n. 269 desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

- Hipótese em que inexistente ofensa à Súmula n. 269/STJ, pois o regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade concreta do delito, consistente no fato de o acusado, reincidente, ter agido em concurso com mais dois agentes e pela circunstância de os delitos de furto qualificado terem envolvido objetos de elevado valor (joias, bicicletas e celulares), denotando a maior periculosidade do agente, o que enseja uma resposta penal mais efetiva. - Quanto à detração, observa-se que a matéria não foi apreciada pelo acórdão recorrido, o que inviabiliza a análise do tema diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

- Ocorrendo o trânsito em julgado do acórdão recorrido para acusação e defesa, não há que se falar em execução provisória da pena.

- Habeas corpus não conhecido (HC 383.230/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 05/04/2017).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO EM 1/3 (UM TERÇO). AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. INCIDÊNCIA DO PATAMAR JURISPRUDENCIALMENTE FIXADO DE 1/6 (UM SEXTO). MAJORANTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. GRAVIDADE ABSTRATA. REINCIDÊNCIA QUE JUSTIFICA A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO AO PACIENTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

[...]

IV - Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, a jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Súmula 718/STF), e que "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea" (Súmula 719/STF). Importante consignar ainda 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" (Súmula 440/STJ).

V - Na hipótese, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado tão somente com base na mera reprodução das elementares do tipo do delito de roubo duplamente majorado e em considerações vagas e genéricas relativas às circunstâncias do crime ('roubo de automóvel, praticado por dois agentes'), não tendo sido apresentado fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o originalmente cabível em razão do quantum de pena aplicado.

VI - **Todavia, sendo o paciente reincidente, a despeito de terem sido consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e ausente motivação idônea, relativa à especial gravidade do roubo praticado, para legitimar o agravamento do regime de cumprimento das penas, o regime fechado continua sendo legítimo, por não estarem presentes todos os requisitos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.** Já com relação ao corréu ARNALDO, primário, e, quanto ao restante, em idêntica situação fático-processual, deve ser concedida a ordem para fixar o regime inicial semiaberto para o desconto da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas do paciente ao novo patamar de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicialmente fechado, e de 14 (quatorze) dias-multa, bem como, nos termos dos arts. 580 e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para reduzir as penas do corréu ARNALDO GOMES VASQUES JÚNIOR ao novo montante de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e de 13 (treze) dias-multa, mantido, quanto ao restante, o teor da condenação (HC 385.143/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 27/03/2017).

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NOVO CRIME COMETIDO DURANTE A FRUIÇÃO DE REGIME PRISIONAL ABERTO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. A prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada, em caráter excepcional, mediante decisão suficientemente motivada. Não basta invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário, decorrentes dos elevados índices de violência urbana.

3. O juiz de primeira instância apontou genericamente a presença dos vetores contidos no art. 312 do CPP, sem indicar motivação suficiente para justificar a necessidade de colocar o paciente cautelarmente privado de sua liberdade, uma vez que se limitou a ressaltar que "a prisão preventiva é necessária para o fim de resguardar a ordem pública, posto que o crime em tese praticado pelo autuado é grave, e gera extrema intranquilidade social, sendo a segregação cautelar necessária para o fim de evitar que o autuado, solto, continue a delinquir, não sendo para tanto suficiente a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. A prisão cautelar também se mostra imperiosa no caso, pois tem por objetivo preservar a regular instrução processual, assegurando que vítimas e testemunhas possam depor em Juízo [...]".

4. Fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao juiz natural da causa indicar, à luz do artigo 33 do Código Penal, e de maneira motivada, qual deverá ser o regime inicial 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.

5. Consoante a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça e o art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, o paciente, reincidente e condenado a pena inferior a 4 anos, poderia, desde o início, cumpri-la em regime semiaberto.

6. No caso concreto, em observância à orientação sumular n. 719 do Supremo Tribunal Federal, o regime inicialmente fechado foi concretamente fundamentado pelas instâncias ordinárias e mostra-se, de fato, o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado, pois o réu cometeu novo crime de roubo durante a fruição de regime prisional aberto.

7. A circunstância de o paciente haver cometido um roubo enquanto gozava de um benefício extramuros revela, ainda, a inadequação da fixação de regime inicial semiaberto para a nova incidência delitiva, sendo mais prudente observar e acompanhar a evolução do cumprimento da pena em regime inicial fechado.

8. Habeas corpus concedido, apenas para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 319 do CPP (HC 302.867/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 24/03/2015).

Nesse contexto, considerando a pena imposta ao paciente – 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão –, por se tratar de réu reincidente e em razão da gravidade concreta do delito – *cometido com rompimento de obstáculo e em concurso de pessoas, contando, ainda, com a participação de adolescente* –, o regime prisional adequado à espécie é o fechado, nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0036260-5

HC 389.122 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00756571420118260114 20160000171992 756571420118260114

EM MESA

JULGADO: 09/05/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DJALMA TERRA ARAUJO
ADVOGADO	: DJALMA TERRA ARAÚJO - SP063587
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: EVANDRO MARCEL SANTANA
CORRÉU	: THALISSA CRISTINA BATISTA AMORIM

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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.