



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.068 - SP (2017/0004089-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN -
SP304946
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SIVANILDO ALVES DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA QUE JUSTIFICA A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO AO PACIENTE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - Na presente hipótese, embora a pena base tenha sido fixada no mínimo legal, o réu - condenado à pena de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão** - é reincidente, o que demonstra a adequada aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos da interpretação do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de abril de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.068 - SP (2017/0004089-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de SILVANILDO ALVES DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de **5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão** e multa, em regime inicial fechado, pela prática do delito de roubo majorado (fls. 17-20).

Irresignada, a defesa interpôs apelação, com vistas à reforma da sentença condenatória. O recurso, por seu turno, foi parcialmente provido tão somente para readequar o acréscimo relativo às causas de aumento de pena, reduzindo-o de 2/5 (dois quintos) para 3/8 (três oitavos), perfazendo um total de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão** (fls. 21-27).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta a impetrante, em linhas gerais, que o paciente sofreria constrangimento ilegal porquanto a fundamentação do v. acórdão para manter o regime inicial **fechado** se mostra inidônea.

No ponto, argumenta também que o paciente preencheria todos os requisitos para obtenção do regime inicial semiaberto, uma vez que as circunstâncias judiciais seriam favoráveis e ele réu primário.

Requer, ao final, a colocação do paciente em regime menos gravoso.

A liminar foi **indeferida** às fls. 30-33.

As informações foram prestadas às fls. 41-56.

O Ministério Público Federal, às fls. 61-62, opinou pelo **não conhecimento** da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 385.068 - SP (2017/0004089-3)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL FECHADO. REINCIDÊNCIA QUE JUSTIFICA A FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO AO PACIENTE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, *“o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita”* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - Na presente hipótese, embora a pena base tenha sido fixada no mínimo legal, o réu - condenado à pena de **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão** - é reincidente, o que demonstra a adequada aplicação do regime inicial mais gravoso (no caso, o fechado), nos termos da interpretação do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, “*o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos da r. sentença condenatória quanto à dosimetria da pena e à fixação do regime inicial:

"O réu Sivanildo possui antecedente criminal para o qual é reincidente, o que será considerado num segundo momento de fixação da pena. Assim, num primeiro momento de fixação desta e atento ao disposto no artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, quatro anos de reclusão e dez dias-multa. Entendo ser possível no caso em comento, a compensação entre reincidência e confissão. No entanto, duplamente qualificado o crime, de rigor o aumento de dois quintos, porque demonstra seu autor maior grau de reprovabilidade de sua conduta, ao praticar crimes em tais circunstâncias. Chego às penas definitivas de cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão, e quatorze dias-multa. O valor do dia-multa, será calculado no mínimo legal. O regime inicial de cumprimento da pena será o fechado, face ao disposto no artigo 33, do Código Penal e ainda ante a gravidade do delito e as considerações expostas quando da fixação das penas-base, e a reincidência, a levar a imposição de regime mais rigoroso de cumprimento de pena. O acusado Bruno possui apontamento, no entanto, é primário, razão pela qual tem as penas fixadas no mínimo legal, ou seja, quatro anos de reclusão e dez dias-multa. Confesso teve penas fixadas no mínimo e não podem sofrer diminuição aquém deste. Duplamente qualificado o delito e pelas mesmas razões acima expostas, e que levaram ao aumento das penas do réu Sivanildo, promovo aumento de dois quintos e chego às penas definitivas de cinco anos, seis meses e vinte dias de reclusão e quatorze dias-multa. O valor do dia-multa será calculado no mínimo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal. O regime de cumprimento de pena, inicial, é o fechado porque não se pode ignorar que o réu teve conduta agressiva própria de quem não está adaptado ao imediato convívio social, e que eventual dependência física não lhe retira a seriedade da conduta. Não poderão apelar em liberdade porque não há provas nos autos de terem os réus qualquer vínculo com o distrito da culpa que leve a tal benesse. E, ainda, é certo que, em liberdade poderiam impedir a execução da pena. Ante o exposto, e o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a ação penal para o fim de CONDENAR SIVANILDO ALVES DA SILVA e BRUNO DE JESUS SOUZA, ambos por infração ao disposto no artigo 157, §2º, inciso I e II, do Código Penal, cada um, ao cumprimento de cinco anos, sete meses e seis dias de reclusão, em regime inicial fechado, e quatorze dias-multa fixados no mínimo legal" (fl. 19, grifei).

O eg. Tribunal de origem redimensionou a pena e manteve o regime inicial fechado com base nos seguintes fundamentos:

"As penas, todavia, comportam reparos.

De fato. O acréscimo de 2/5, por conta das duas qualificadoras reconhecidas (emprego de arma e concurso de agentes) se mostra excessivo e, por isso é reduzido para 3/8, percentual mais consentâneo e adotado em casos que tais, por esta Colenda 13ª Câmara Criminal.

A respeito: 'O percentual de aumento previsto no § 2º do art. 157 do CP deve levar em conta o número de qualificadoras presentes, em escala crescente, que vai de 1/3 a 1/2 (1/3 se uma qualificadora, 3/8, se 2 qualificadoras, 5/12, se 3 qualificadoras, 7/16, se 4 qualificadoras, 1/2, se 5 qualificadoras), para manter proporcionalidade com o grau de constrangimento a que a vítima é submetida. Quanto maior o número de agravantes especiais, maior resultará o grau de censurabilidade da conduta do réu.

Não se pode equiparar a situação do agente que atua sozinho e armado com a daquele que se associa a comparsa para a prática de roubo à mão armada, já que, nesta última hipótese, diminui a possibilidade de reação da vítima, que tem de enfrentar dois ou mais infratores, e não apenas um, tornando mais facial àqueles a realização da conduta delituosa. Afigura-se justo que, ocorrendo duas ou mais qualificadoras, a fração de aumento seja superior ao mínimo legal, para desestimular a comparsaria e outras circunstâncias que façam crescer o poder de intimidação e sofrimento da vítima' (AC nº 1.439.393/1, da Comarca de Suzano, 14ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal, Relator o então Juiz, hoje Desembargador, Renê Ricupero).

Consequentemente, as penas definitivas dos recorrentes são diminuídas para (cinco anos e seis meses de reclusão e treze dias-multa).

Observe-se que 'O pedido de aplicação da atenuante do artigo 65, III, 'b' não merece ser acolhido, pois os réus não fizeram nada para evitar ou minorar as consequências do roubo perpetrado por eles. Não houve devolução espontânea do bem da vítima pelos réus, pois, ao contrário, forma eles presos em flagrante e recuperada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coisa roubada, por ação dos policiais' bem discorre, ainda, a ilustre Promotora de Justiça oficiante, em suas contrarrazões (fl. 228).

E ainda que fosse cabível, a presença da referida circunstância atenuante não possuiria o condão de conduzir a reprimenda aquém do patamar mínimo, consoante reiteradamente tem decidido esta Colenda 13ª Câmara Criminal.

No mesmo sentido, estabelece a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: 'A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'.

Não cabe, tampouco, a substituição da pena corporal por pena restritiva de direitos, uma vez que se cuida de condenação por roubo, figura penal que tem como componentes do tipo a grave ameaça e a violência contra a pessoa. E o artigo 44, inciso I, do Código Penal, expressamente veda a substituição pretendida a crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Por fim, era mesmo de rigor a imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que tal regime é o único compatível com a gravidade do delito e a periculosidade pelos apelantes demonstrada.

Postura mais benigna se mostra incompatível com os justos anseios da defesa social.

Nesse sentido: 'A fixação de regime inicial semi-aberto não tem razão de ser nos crimes de roubo, vez que, na sua prática, os acusados demonstram ousadia e periculosidade, o que vem provocando crescente repúdio por parte da população, de modo que o regime adequado para o início do cumprimento da pena é o fechado' (RJDTACRIM, vol. 22, pág. 363)" (fls. 25-27, grifei).

Sobre o tema, cumpre salientar que 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 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).

Na hipótese, contudo, verifica-se que o regime inicial fechado foi determinado pela r. sentença em razão da **reincidência** do paciente (folha de antecedentes criminais juntada às fls. 49-56).

Desse modo, considerando o **quantum** da pena ora fixada e a reincidência, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicialmente fechado é mesmo o cabível, nos termos do art. 33, §2º, alínea "b", do Código Penal.

Sobre o tema:

"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE. ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Inexiste ilegalidade na primeira etapa da dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da reprimenda no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

2. É permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Na espécie, o magistrado destaca que o paciente é reincidente específico (crime de roubo circunstanciado), fato que justifica o incremento da pena, em um quinto, na segunda fase da dosimetria.

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é apropriado o regime inicial fechado, no caso em que a pena resultou em quantum definitivo superior a 4 anos, sendo o paciente reincidente.

4. Ordem denegada" (HC n. 388.016/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/4/2017).

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0004089-3

HC 385.068 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00044138120158260050 20160000519785 44138120158260050

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: VIRGINIA SANCHES RODRIGUES CALDAS CATELAN - SP304946
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: SIVANILDO ALVES DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: BRUNO DE JESUS SOUZA

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."

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