



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.978 - SP (2017/0143537-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : LUCIANO ALVES DA SILVA
ADVOGADO : LUCIANO ALVES DA SILVA - SP176923
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO ALVES DE ARAUJO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO QUE SE ALICERÇOU NA GRAVIDADE CONCRETA DO TIPO PENAL VIOLADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– Quanto à fixação do regime prisional, sabe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

– 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.*

– Na espécie, não obstante o paciente seja primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o regime inicial fechado restou fixado com base na gravidade concreta do delito, consistente no fato de o crime ter sido praticado em concurso de quatro agentes e com uso ostensivo de duas armas de fogo, elementos que foram valorados na terceira etapa da dosimetria, quando da escolha da fração de aumento pelas majorantes do roubo, denotando não só a maior periculosidade do agente, mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

– *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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.978 - SP (2017/0143537-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : LUCIANO ALVES DA SILVA
ADVOGADO : LUCIANO ALVES DA SILVA - SP176923
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIO ALVES DE ARAUJO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de FABIO ALVES DE ARAUJO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0057999-09.2010.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, às penas de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, bem como à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 244-B, da Lei n. 8.069/1990 (fls. 9/56).

Irresignadas, ambas as partes interpuseram recursos de apelação, os quais foram providos para absolver o paciente da imputação da prática do delito de corrupção de menor, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, e para reconhecer, no delito de roubo, a causa especial de aumento de emprego de arma de fogo e fixar a pena-base no mínimo legal, resultando em uma pena final de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 dias-multa.

No presente *mandamus* (fls. 1/8), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado com base na gravidade abstrata do delito, vulnerando os enunciados das Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF. Afirma que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a condenação não supera 8 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime semiaberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime inicial de resgate das penas aplicadas ao paciente seja alterado para o semiaberto.

Pedido liminar indeferido (fls. 69/70).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem, para alterar o regime de cumprimento da pena do paciente para o inicial semiaberto (fls. 74/79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 403.978 - SP (2017/0143537-0)

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 do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a fixação do regime prisional semiaberto em favor do paciente, pois é primário, as circunstâncias judiciais são favoráveis e a condenação não supera 8 anos de reclusão.

Quanto à fixação do regime prisional, sabe-se que a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

Nessa linha, foi editada a Súmula n. 440/STJ, segundo a qual, *fixada a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

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.

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

No caso, consta de denúncia que (fls. 12/13):

Ao que consta da denúncia, no dia 27 de julho de 2010, por volta das 13h20min, no estabelecimento comercial localizado na Avenida Elísio Teixeira Leite, nº 7000, Parada de Taipas, nesta Capital, os réus, agindo em concurso de agentes e unidade de desígnios entre si, com o adolescente André Santana e com outro indivíduo não identificado, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, subtraíram, para proveito comum, diversas mercadorias, como bolsas, mantas, telefones celulares e roupas, bens descritos no auto de exibição e apreensão de fls. 23/27, além de uma bolsa, contendo uma carteira com documentos pessoais, cartões bancários, um telefone celular e a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) em dinheiro, tendo os bens subtraídos sido avaliados globalmente em R\$ 26.891,04 (vinte e seis mil, oitocentos e noventa e um reais e quatro centavos), conforme auto de avaliação de fls. 28/30, pertencentes à vítima Diana Celsa Farias Moreno.

Consta também que, em idênticas condições de data, horário e local, os apelantes facilitaram a corrupção do adolescente André Santana, de 17 anos de idade, com ele praticando infração penal.

Apurou-se que os réus, juntamente com o adolescente André Santana e outro indivíduo, ingressaram no estabelecimento da vítima e a renderam, ameaçando-a com o emprego de duas armas de fogo. Em seguida, abaixaram a porta do comércio e passaram a separar os bens a serem subtraídos, colocando-os dentro de caixas.

Os agentes obrigaram a vítima a ficar deitada no chão, enquanto colocavam as caixas contendo os bens dentro de um veículo Kombi, de cor branca, que estava estacionado em frente ao local. Por fim, subtraíram a bolsa da vítima Diana e fugiram na já mencionada Kombi branca.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acórdão recorrido, ao dar provimento parcial ao apelo defensivo, redimensionou a pena do paciente para 5 anos e 6 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado, com lastro na seguinte fundamentação (fls. 27/31):

As penas de partida foram exacerbadas mediante justificativa estranha ao rol previsto no artigo 59, do Código Penal (tendo em vista o valor global dos bens subtraídos). Por isso, e tendo em conta que os réus não ostentam maus antecedentes, retorno-as ao mínimo legal.

Ao depois, na segunda fase, inexistiram circunstâncias agravantes e atenuantes que devessem ser consideradas.

Na terceira e última fase da dosimetria, presentes as causas de aumento relativas ao concurso de agentes e ao emprego de arma, elevo as penas em 3/8 (três oitavos), tornando-as definitivas em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

A exacerbação da pena na fração acima indicada 3/8 tem fundamento no advento da Lei nº 9.246/96, pois, ao criar duas novas figuras qualificadas no § 2º do artigo 157 do Código Penal (incisos IV e V), não mais autoriza e nem tampouco justifica a majoração nos moldes anteriores. Desse modo, deve-se impor o aumento de 1/3 quando for uma qualificadora; 3/8 quando forem duas; 5/12 (ou 2/5) quando forem três; 11/24 quando forem quatro e no máximo quando forem cinco qualificadoras.

(...)

Acresça-se, por necessário, que o roubo em comento foi praticado por quatro agentes e com emprego de arma, valendo assinalar que, enquanto separavam a mercadoria, faziam ameaças veladas, dizendo “eu não quero matar ninguém, então vamos colaborar”.

Justifica-se, com isso, a majoração da pena em fração superior à mínima, porquanto inegável a gravidade concreta das condutas criminosas.

Por outro lado, a fixação do regime prisional independe da quantidade de pena aplicada na r. sentença condenatória. O regime deve ser estipulado atendendo às circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59, do Código Penal, observado o que dispõe o artigo 33, parágrafo 3º, do mesmo Diploma, mesmo diante da primariedade dos acusados.

E, no caso, o regime mais adequado para o cumprimento da pena reclusiva imposta aos apelantes é mesmo o fechado, já que foram condenados por crime de roubo duplamente qualificado, infração penal repugnante que, por suas circunstâncias e consequências,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desassossega a sociedade e causa traumas profundos em suas vítimas.

(...)

Também é importante esclarecer que não há determinação legal que sempre obrigue à coincidência entre a pena fixada e o regime prisional correspondente. Tanto assim que a Súmula 719, do Colendo Supremo Tribunal Federal, dispõe que, com motivação idônea, é perfeitamente possível a imposição de regime de cumprimento de pena mais severo.

E, no caso, a conduta dos apelantes, como já dito, revelou periculosidade concreta e efetiva, haja vista que buscaram a subtração portando arma, em evidente risco à vítima e à coletividade, o que justifica a manutenção, ao menos inicialmente, do regime mais rigoroso.

Além disso, será evitado o imediato retorno dos acusados ao convívio social, pois no regime intermediário teriam direito às saídas temporárias, para o que, à evidência, não estão ainda aptos. Deverão demonstrar, para que isso aconteça, o preenchimento dos requisitos legais, sobretudo o risco mínimo de ofensa à sociedade.

Observa-se que, não obstante o paciente seja primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, o regime inicial fechado restou fixado com base na gravidade concreta do delito, consistente no fato de o crime ter sido praticado em concurso de quatro agentes, com uso ostensivo de duas armas de fogo, elementos que foram valorados na terceira etapa da dosimetria, quando da escolha da fração de aumento pelas majorantes, denotando não só a maior periculosidade do agente, mas também uma ameaça maior à incolumidade da vítima.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, roubo contra residência em concurso de três agentes e com emprego de arma de fogo.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria. (HC 222.445/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 02/03/2016) - grifei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. FRAÇÃO DE AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 443/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

III - O paciente é primário, a pena-base foi fixada no mínimo legal e consideradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e, tendo sido condenado à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, seria a princípio aplicável o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

IV - Por outro lado, não se constata flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso, no caso, o fechado, diante da gravidade concreta do delito praticado, considerando que o paciente, juntamente com mais 4 (quatro) agentes, subtraiu um automóvel mediante emprego de arma municiada, fatos que, somados, asseguraram uma maior intimidação ao ofendido, logo, ausente o alegado constrangimento ilegal (precedentes). Ressalva do entendimento pessoal do Relator.

Habeas corpus não conhecido. (HC 386.607/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 20/06/2017) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0143537-0

HC 403.978 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0011842010 00579990920108260050 11842010 201200000256070 28432010 4772010
579990920108260050

EM MESA

JULGADO: 10/10/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUCIANO ALVES DA SILVA
ADVOGADO	: LUCIANO ALVES DA SILVA - SP176923
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FABIO ALVES DE ARAUJO
CORRÉU	: PEDRO HENRIQUE CAMPOS DA SILVA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.