



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.521 - SP (2016/0069518-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : EDSON CAMPOS LUZIANO E OUTRO
ADVOGADO : EDSON CAMPOS LUZIANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS NEVES OLIVEIRA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo 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 que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. A propósito, o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: *"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"*.

No mesmo sentido, 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 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 dos autos, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o Tribunal *a quo* decidiu por fixar o regime inicial fechado de forma concreta, fundamentado nas circunstâncias do crime, ou seja, no fato de o paciente ter praticado o delito em concurso com um menor de idade, o que demonstra sua maior ousadia e periculosidade, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Nesse contexto, inexistente qualquer constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

– *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.521 - SP (2016/0069518-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : EDSON CAMPOS LUZIANO E OUTRO
ADVOGADO : EDSON CAMPOS LUZIANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS NEVES OLIVEIRA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de VINICIUS NEVES OLIVEIRA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0010710-81.2014.8.26.0554.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, II, c/c art. 14, II, todos do Código Penal (roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas, na forma tentada).

Em apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial para condenar o paciente como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, II, do Código Penal (roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas, na forma consumada), à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial fechado. O acórdão restou assim ementado (fl. 13):

Apelação. Roubo majorado. Autoria e materialidade bem comprovadas. Palavras coerentes e uniformes da vítima e testemunhas. Conformismo do acusado. Apelo ministerial que se limita ao reconhecimento da forma consumada e fixação de regime fechado. Reforma necessária. Desclassificação para tentativa descabida. Suficiente a simples inversão da posse dos bens à consumação do delito. Precedente. Regime inicial fechado que se impõe. Recurso provido.

No presente *writ*, o impetrante ressalta as condições pessoais favoráveis do paciente e invoca os enunciados n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e n.718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, alegando que não há fundamentação concreta que justifique a imposição de regime prisional mais gravoso.

Pleiteia, assim, a fixação do regime semiaberto para cumprimento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena.

Indeferida a liminar (fls. 20/21) e prestadas as informações solicitadas (fls. 33/55), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* ou por sua denegação (fls. 60/63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 351.521 - SP (2016/0069518-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo 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 que justifique a concessão da ordem de ofício.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...]

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Pretende-se, no presente *writ*, a fixação do regime inicial semiaberto, por ausência de fundamentação idônea para a fixação do regime mais gravoso, tendo em vista a fixação da pena-base no mínimo legal e presença de circunstâncias judiciais favoráveis.

O Tribunal de origem, ao elaborar o acórdão que reformou a decisão de primeiro grau, fundamentou a fixação da reprimenda corporal e o estabelecimento do regime mais gravoso nos seguintes termos:

É que a simples inversão da posse, tal como se deu no caso em tela, é suficiente à composição plena do injusto típico, consoante entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do aresto que segue:

[...]

Saliente-se que o réu e o menor foram presos depois de concluída a rapina, quando já se encontravam do lado de fora do estabelecimento (fls. 141/7 e 154/5).

Por isso que de rigor o acolhimento do recurso ministerial, no particular.

Passa-se à reprimenda.

As bases foram fixadas no mínimo, ficando em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, desprezada a confissão, a teor da Súmula 231 do STJ.

Na sequência, praticou-se o aumento de 1/3 pela comparsaria, chegando-se a 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa, diária mínima.

E o regime inicial aberto não se mostra o mais adequado à espécie, como bem anotado pelo recorrente, dada a extrema gravidade concreta da conduta, a envolver menor, ousadia, frieza, sintonia perfeita entre os agentes, peculiaridades a demonstrarem desenvoltura na execução do delito, tudo a externar profunda intimidade com a atividade espúria e periculosidade.

De fato, manifesto o risco à incolumidade pública, particularidade a determinar seja o apenado segregado do meio social, até porque a alínea “b” do parágrafo 2º, do art. 33 do Estatuto Repressivo se vale do termo “poderá”, a indicar faculdade.

[...]

Destarte, dá-se provimento ao recurso da acusação, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que sejam elevadas as penas para 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa, diária mínima, e fixado o regime fechado, como o inicial para o cumprimento da reprimenda (acórdão - fls. 14/17).

É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo.

A propósito, o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

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".

No mesmo sentido, 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 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 dos autos, o fragmento do acórdão acima transcrito revela que, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o Tribunal *a quo* decidiu por fixar o regime inicial fechado de forma concreta, fundamentado nas circunstâncias do crime, ou seja, no fato de o paciente ter praticado o delito em concurso com um menor de idade, o que demonstra sua maior ousadia e periculosidade, exatamente em conformidade com o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Todavia, 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 CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. CONCURSO DE TRÊS AGENTES. VIOLÊNCIA FÍSICA CONTRA A VÍTIMA. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que a escolha do sistema inicial não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum de sanção firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso versado.

2. Na hipótese, o Colegiado a quo concluiu de modo fundamentado quanto à necessidade do regime inicial fechado, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, considerando as circunstâncias em que foi perpetrado - mediante o concurso de 3 (três) agentes, sendo um deles menor de idade, e com agressão física contra a vítima - reveladoras da periculosidade dos envolvidos, não havendo ilegalidade na manutenção do modo mais gravoso de execução.

3. Habeas corpus não conhecido (HC 299.616/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 17/12/2015).

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL FUNDAMENTADA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

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. O Colegiado a quo, ao desprover o apelo defensivo, fundamentou concretamente a exasperação da pena em 3/8 (três oitavos) na terceira fase da dosimetria, não havendo que falar em violação da Súmula/STJ 443. As circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de arma de fogo, em concurso de quatro agentes e com a participação de dois menores, o que, a toda evidência, restringiu demasiadamente a capacidade de resistência da vítima, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena.

3. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o estabelecido em lei (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.

4. 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, nos termos já evidenciados.

5. 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.)

6. Ordem não conhecida (HC 333.921/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 17/03/2016).

Nesse contexto, não verifico, no caso dos autos a existência de nenhum constrangimento ilegal apto a justificar a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0069518-7

HC 351.521 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00107108120148260554 107108120148260554 2015000537403

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDSON CAMPOS LUZIANO E OUTRO
ADVOGADO : EDSON CAMPOS LUZIANO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VINICIUS NEVES OLIVEIRA SILVA (PRESO)

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