



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.490 - SP (2017/0058665-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **MARCIO ARAUJO NEVES**
ADVOGADO : **MARCIO ARAUJO NEVES - SP352616**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DANILO LIMA COSTA ATANASIO (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. "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).

3. Hipótese em que o regime inicial fechado foi estabelecido apenas com base na reprodução das elementares do crime de roubo duplamente circunstanciado.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de novembro de 2017(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.490 - SP (2017/0058665-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **MARCIO ARAUJO NEVES**
ADVOGADO : **MARCIO ARAUJO NEVES - SP352616**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **DANILO LIMA COSTA ATANASIO (PRESO)**

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DANILO LIMA COSTA ATANASIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0092484-59.2015.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal (e-STJ fls. 15/23).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelações, sendo improvido o recurso defensivo e provido o ministerial para elevar a fração de aumento na terceira fase da dosimetria, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 5 anos e 6 meses de reclusão e multa, além de alterar o regime prisional para inicial fechado (e-STJ fls. 5/14).

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifico que a defesa interpôs recurso especial, o qual não foi admitido na origem, sobrevivendo o trânsito em julgado da condenação.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/4), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impõe constrangimento ilegal ao paciente, pois fixou o regime inicial fechado, mais gravoso que a pena aplicada comporta, com base na gravidade abstrata do delito. Afirma que o paciente é primário, a pena-base foi exasperada com fundamento na gravidade abstrata do delito e a condenação não excede 8 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime semiaberto.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a alteração do regime prisional para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial semiaberto.

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

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 45/63 e 65/97.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 101/104, opinou pela denegação da ordem, conforme a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. REGIME SEMIABERTO. APLICAÇÃO IMEDIATA. IMPROCEDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO.

Para aplicação do regime prisional deve-se considerar as condições do Réu, o quantum da pena e as características do Fato. Artigo 33, § 2º, c, do Código Penal.

PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 392.490 - SP (2017/0058665-4)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, 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 apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado.

Sobre o tema, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, sendo inidôneo a mera menção à gravidade abstrata do delito.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *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, 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, o Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao ministerial para aumentar a pena do paciente para 5 anos e 6 meses de reclusão e multa, sendo fixado o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 13):

Pretende ainda, o MINISTÉRIO PÚBLICO, a modificação do regime prisional imposto na r. sentença para o fechado.

De fato, o regime prisional deve ser agravado para o inicial fechado, afinal, considerando as circunstâncias do crime, praticado por dois agentes, um deles armado com arma de fogo, demonstrando a perigosidade incomum de DANILO, e que a aplicação de regime mais brando seria insuficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Dessa forma, extrai-se que o regime prisional mais gravoso pautou-se em circunstâncias intrínsecas ao crime de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e uso de arma de fogo.

Em consequência, tratando-se de réu primário, condenado a pena que supera 4, mas não excede 8 anos de reclusão, resulta cabível o regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea *b*, e 3º, do Código Penal.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. DUAS MAJORANTES. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA. AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CRITÉRIO NUMÉRICO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME. FIXAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA.

1. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes (Súmula 443/STJ).

2. A menção à gravidade abstrata do delito - cometido em concurso de agentes e com emprego de arma de fogo - não é suficiente para justificar a fixação de regime inicial mais gravoso para o cumprimento da pena (AgInt no HC n. 390.855/SP, Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 11/5/2017).

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 376.923/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 2/10/2017).

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.

[...]

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (HC 385.143/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 27/3/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0058665-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 392.490 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00924845920158260050 18662015 20170000174477 924845920158260050

EM MESA

JULGADO: 21/11/2017

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. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCIO ARAUJO NEVES
ADVOGADO : MARCIO ARAUJO NEVES - SP352616
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANILO LIMA COSTA ATANASIO (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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