



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.808 - SP (2015/0240193-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIVANILSON VALENTIM DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. 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 paciente é primário, possui todas as circunstâncias judiciais favoráveis e foi condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, razão pela qual faz jus ao regime inicial semiaberto.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 24 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.808 - SP (2015/0240193-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA : ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DIVANILSON VALENTIM DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DIVANILSON VALENTIM DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 3002246-21.2013.8.26.0564).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, por incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (e-STJ fls. 10/19).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, que foi parcialmente provido para afastar a agravante da reincidência e, em consequência, redimensionar a pena do paciente, que passou a 5 anos e 4 meses de reclusão, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 20/29).

No presente *writ* (e-STJ fls. 1/9), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs ao paciente flagrante constrangimento ilegal, pois o regime inicial fechado foi mantido com base na gravidade abstrata do delito.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede que seja alterado o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade para o semiaberto.

O pedido liminar foi deferido "para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso" (e-STJ fls. 32/34).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As informações solicitadas à autoridade impetrada e ao Juízo de primeiro grau foram prestadas às e-STJ fls. 48/51, 55/70 e 77.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 52/53, ratificado às e-STJ fls. 78/83, opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para determinar a adoção do regime inicial semiaberto, conforme a seguinte ementa:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. PRÁTICA DE ROUBO MAJORADO. ART. 157, §2º, CP. PENA-BASE SITUADA NO MÍNIMO LEGAL DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. RÉU PRIMÁRIO, SENDO FAVORÁVEIS AS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS. ART. 33, §2º, ALÍNEA B, CP. REGIME FECHADO EM CONTRARIEDADE A NORMA LEGAL; PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, E CONCESSÃO DE ORDEM EX OFFICIO PARA ADOÇÃO DE REGIME SEMIABERTO INICIAL PARA CUMPRIMENTO DA PENA.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 336.808 - SP (2015/0240193-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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, de início, 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 no presente writ, em síntese, o reconhecimento de ilegalidade na manutenção do regime prisional fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o Juízo sentenciante fixou o regime inicial fechado com base na reincidência do acusado, conforme segue (e-STJ fl. 17):

Nos termos do artigo 33, § 2º, o agente deverá iniciar o cumprimento de pena no regime inicial fechado, pois o acusado é reincidente.

O Tribunal *a quo* afastou a agravante da reincidência e redimensionou a pena do ora paciente, mantendo o regime inicial fechado pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 28):

Quanto a Divanilson, as básicas remanescem no mínimo e, então, ficam majoradas de 1/3, diante da presença da majorante do concurso de agentes, perfazendo cinco anos e quatro meses de reclusão, e treze dias-multa.

Fica afastado o aumento imposto na segunda fase, em decorrência da agravante da reincidência, porque a certidão de fl. 113, de fato, não contém a data do trânsito em julgado para a defesa.

[...]

Correto o regime imposto para o início da expiação (fechado), para os acusados Dalmo (reincidente) e Divanilson, por ser o único adequado para a prevenção e repressão de crimes desta natureza, diante das circunstâncias evidenciadas no caso concreto roubo em concurso de agentes e superioridade numérica, à luz do dia, evidenciando ousadia e, ainda, porque a concessão de regime diverso a autores de crime de roubo desvitaliza a eficácia intimidante da pena, incentivando a subtração de coisa alheia móvel, mediante grave ameaça ou violência à pessoa. A prevalecer o entendimento segundo o qual o regime prisional é corolário imperativo do quantum da pena, seria obrigatório, em linha de coerência, premiar o autor de roubo simples com o regime aberto (Código Penal, artigo 33, § 2º, c), medida imprópria, inconveniente e inadequada, sobretudo diante dos altíssimos índices de criminalidade violenta.

Dessa forma, extrai-se que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal de 4 anos, majorada em 1/3 pela incidência da causa de aumento prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do Código Penal, resultando na pena privativa de liberdade de 5 anos e 4 meses de reclusão.

Nessa esteira, considerando o *quantum* da condenação, a primariedade do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente e o fato de não terem sido apontadas circunstâncias desfavoráveis, resulta cabível o regime semiaberto, a teor do disposto no arts. 33, §§ 2º, alínea b, e 3º, do Código Penal.

Em consequência, o regime fechado, mais severo do que a pena comporta, foi mantido sem fundamentação idônea, em evidente afronta ao art. 93, IX, da Constituição da República e à Súmula 440/STJ, que segue transcrita: "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".

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. PENA SUPERIOR A 4 E INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE GENÉRICA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440 DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

2. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Hipótese em que o Juiz de primeiro grau considerou, para fins de regime prisional, favoráveis as circunstâncias judiciais, fixando o intermediário. Contudo, o Tribunal de origem estabeleceu o regime fechado sem apresentar motivação idônea. Assentou a gravidade genérica do delito, bem como o entendimento, reiteradamente rechaçado por esta Corte, de que em casos de crime de roubo deve sempre ser imposto o regime fechado.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de garantir o início do cumprimento da pena em regime semiaberto. (HC 331.754/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 13/11/2015).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. APLICAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. As Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e a Súmula 440 deste Tribunal refutam a imposição de regime mais gravoso quando lastreado apenas na gravidade abstrata do delito ou em motivação inidônea.

3. Caso em que o acórdão considerou a gravidade genérica do delito (CP, art. 157, § 2º, II) para manter o regime inicial fechado para o cumprimento da sanção, em manifesto confronto com aquela orientação sumular.

4. Considerando a quantidade de pena que foi imposta (2 anos, 2 meses e 20 dias), bem como a ausência de agravantes ou atenuantes, embora desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente iniciar a expiação da pena no regime semiaberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial semiaberto. (HC 195.440/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 4/11/2015).

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

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0240193-1

HC 336.808 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20150000476724 30022462120138260564

EM MESA

JULGADO: 24/11/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADA	: ADRIANA TESTI TIRELLI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DIVANILSON VALENTIM DA SILVA
CORRÉU	: DALMO MARCELINO SIMÃO GOMES
CORRÉU	: DANIELLE STEPHANE PAIVA

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.