



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.708 - SP (2014/0293602-2)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL SOUZA LEAL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO SIMPLES. EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULAS 440 DO STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO.

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

2. Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou compreensão no sentido de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito (Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF)

3. No caso, o constrangimento ilegal é evidente, visto que o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena no regime aberto, considerando a quantidade de pena imposta, a primariedade do acusado, bem como o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis.

4. O crime de roubo, quando cometido mediante o emprego de arma branca ou de brinquedo, "merece ser diferenciado daquele praticado com a utilização da arma de fogo, por se tratar de instrumento com maior capacidade de intimidação e de destruição, em que a gravidade concreta se mostra apta a ensejar a aplicação do regime mais severo" (REsp 1431819, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Dje 11/04/2014).

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão recorrido, restabelecendo-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente, nos termos fixados na sentença condenatória.



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 e conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 18 de dezembro de 2014 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.708 - SP (2014/0293602-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substituto de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL SOUZA LEAL, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, *caput*, c/c o art. 65, III, "d", ambos do Código Penal.

O Tribunal estadual deu parcial provimento ao recurso da acusação para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena imposta ao paciente.

Sustenta-se, no presente *mandamus*, que o paciente faz jus ao cumprimento da pena imposta no regime semiaberto, nos termos do disposto nos arts. 33, § 3º, c/c o art. 59, do Código Penal, bem como nas Súmulas 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, e 440 desta Corte.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, o Ministério Público manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.708 - SP (2014/0293602-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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

Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou compreensão no sentido de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito.

Sobre o tema, este Tribunal Superior editou a Súmula 440 do STJ, com a seguinte redação: "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."

Nesse mesmo sentido, colho as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 718/STF: 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 719/STF: a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o Tribunal de origem fixou o regime semiaberto para o início do desconto da sanção corporal com fundamento na gravidade abstrata do crime de roubo, deixando de considerar as circunstâncias indicadas no art. 59 do Código Penal, anotando no que interessa:

Entretanto, como bem ponderado pela representante do *Parquet*, a modalidade aberta, fixada no Juízo *a quo*, mostra-se insuficiente como resposta jurisprudencial apta à reprovação da grave conduta praticada. Tendo praticado crime com grave ameaça, merece recrudescimento do regime prisional, mostrando-se suficiente, contudo, a modalidade intermediária, até mesmo como um voto de confiança na recuperação do réu, que além de primário e sem antecedentes, contava com apenas 21 anos de idade na época dos fatos.

O regime aberto deve ser reservado aos agentes que tenha praticado crimes de menor gravidade e com pouca potencialidade lesiva, sendo aconselhável,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos que, entretanto, no caso de crime praticado com violência ou grave ameaça, encontra óbice legal.

(...)

No presente caso, contudo, embora tenha havido grave ameaça, esta não passou de mera simulação que, praticada de surpresa, foi suficiente para afastar a capacidade de resistência da vítima, mas não veio acompanhada de circunstâncias que justificassem tal recrudescimento.

Suficiente, portanto, excepcionalmente, a modalidade intermediária.

No caso, o constrangimento ilegal é evidente, visto que o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena no regime aberto, considerando a quantidade de pena imposta, a primariedade do acusado, bem como o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis.

Acrescento que o crime de roubo quando cometido mediante o emprego de arma branca ou de brinquedo, como no caso, "merece ser diferenciado daquele praticado com a utilização da arma de fogo, por se tratar de instrumento com maior capacidade de intimidação e de destruição, em que a gravidade concreta se mostra apta a ensejar a aplicação do regime mais severo" (REsp 1431819, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Dje 11/04/2014).

Nesse sentido, colho o seguinte precedente:

ROUBO QUALIFICADO. CRIME TENTADO. CONCURSO DE AGENTES. **EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO.** CRIME TENTADO. EXECUÇÃO DA PENA. REGIME SEMIABERTO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso do que o previsto em lei para a quantidade de reprimenda estabelecida.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado, e a exegese da Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

4. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para estabelecer o regime aberto como modo inicial de cumprimento da sanção aplicada ao paciente. (HC 265707/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Órgão Julgador T5 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, DJe 27/03/2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. **EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA)**. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA (NO CASO, A DECLARAÇÃO DA VÍTIMA). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ERESP N.º 961.831/RS. PRECEDENTES. REGIME INICIAL ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 440/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme a orientação pacificada nesta Corte por ocasião do julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes.

2. Na hipótese, a comprovação da efetiva utilização da arma branca na prática do delito se deu com o depoimentos da vítima, conforme assentaram as instâncias ordinárias. 3. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e nos 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC 220005/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, DJe 01/02/2012)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO a ordem, de ofício, para cassar o acórdão recorrido, restabelecendo-se o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente, nos termos fixados na sentença condenatória.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0293602-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 308.708 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00261172420138260050 20140000501636 261172420138260050 5742013

EM MESA

JULGADO: 18/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RENATO ISNARD KHAIR
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DANIEL SOUZA LEAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.