



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.787 - SP (2017/0046787-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SIMONE LAVELLE GODOY DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO RICARDO CASTRO GAMA
PACIENTE : JULIANO DOS SANTOS TRINDADE

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. REGIME. PACIENTE PAULO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO ADEQUADAMENTE FIXADO. PACIENTE JULIANO. PENA-BASE NO MÍNIMO. PRIMARIEDADE. PENA SUPERIOR A 4 E QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS. POSSIBILIDADE DE REGIME INTERMEDIÁRIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Em relação ao regime arbitrado, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

- 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*.

- No caso dos autos, em relação ao paciente PAULO, verifica-se ser inviável arbitrar outro regime que não seja o mais gravoso, porquanto o *quantum* da pena ficou em 5 anos, 7 meses e 6 dias e, em razão dos maus antecedentes, a pena-base foi fixada acima do mínimo. Dessa forma, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, o regime fechado é o adequado ao caso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Em relação ao paciente JULIANO, após fixada a pena-base no mínimo legal, o regime inicial fechado foi determinado sem fundamentação concreta. Portanto, tratando-se de paciente primário, condenado à pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, faz jus ao regime semiaberto para cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.
- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto apenas para o paciente JULIANO.

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), 27 de abril de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.787 - SP (2017/0046787-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SIMONE LAVELLE GODOY DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PAULO RICARDO CASTRO GAMA
PACIENTE : JULIANO DOS SANTOS TRINDADE

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO RICARDO CASTRO GAMA e JULIANO DOS SANTOS TRINDADE contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0006594-21.2015.8.26.0223.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, pelo juízo singular, como incurso nos arts. 157, § 2º, II, do CP, às penas de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 15 dias-multa.

Irresignada, apelou a defesa. O Tribunal de origem proveu em parte o recurso para alterar as penas cominadas para ambos os réus, resultando em 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 14 dias-multa, conforme acórdão de fls. 51/60.

Neste *writ*, sustenta a defesa a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da fixação do regime inicial fechado pois *o argumento de que 'o regime fechado para cumprimento da pena imposta é o único adequado face ao princípio da suficiência penal' não constitui motivação idônea que justifique a não aplicação do artigo em comento, ou seja, para que não fosse fixado regime mais brando, quando as circunstâncias do caso assim recomendariam: os pacientes são primários, de bons antecedentes e a pena não é superior a 8 (oito) anos (fl. 3)*. Diante disso, aponta ser aplicável o disposto nos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido às fls. 63/64.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 72/75, pela concessão parcial da ordem:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA QUESTÃO DE FUNDO, PORÉM, PARA VERIFICAR SE HÁ ILEGALIDADE FLAGRANTE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA. REVISÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE JUSTIFIQUEM A IMPOSIÇÃO DE REGIME FECHADO. TEOR DAS SÚMULAS N. 440 DO STJ, N. 718 E N. 719 DO STF. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, MAS PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM DE OFÍCIO PARA QUE SEJA FIXADO O REGIME INICIAL SEMIABERTO AO CORRÉU JULIANO DOS SANTOS TRINDADE.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 390.787 - SP (2017/0046787-7)

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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na fixação do regime fechado.

Em relação ao regime arbitrado, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou na reincidência.

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 dos autos, em relação ao paciente PAULO, verifica-se ser inviável arbitrar outro regime que não seja o mais gravoso, porquanto o *quantum* da pena ficou em 5 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão e a pena-base foi arbitrada acima do mínimo legal, tendo em vista seus maus antecedentes (fls. 17). Dessa forma, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, o regime fechado é o adequado ao caso.

A propósito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 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 writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Uma vez estipulada a pena-base acima do mínimo legal, porquanto presente circunstância judicial desfavorável, o que resultou em pena definitiva superior a quatro anos, não há constrangimento ilegal na fixação de regime inicial fechado.

- Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 311.179/SP, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015)

Em relação ao paciente JULIANO, após fixada a pena-base no mínimo legal, o regime inicial fechado foi determinado sem fundamentação concreta. Seguindo o entendimento desta Corte, a mera referência genérica, pelo Tribunal *a quo*, à violência empregada no delito de roubo não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo.

Portanto, tratando-se de paciente primário, condenado à pena superior a 4 anos e não excedente a 8 anos, o paciente JULIANO faz jus ao regime semiaberto para cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0046787-7

HC 390.787 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00065942120158260223 20160000896928 64115 65942120158260223

EM MESA

JULGADO: 27/04/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: SIMONE LAVELLE GODOY DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PAULO RICARDO CASTRO GAMA
PACIENTE	: JULIANO DOS SANTOS TRINDADE

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.