



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.873 - SP (2015/0004360-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO MANOLIO TARDELI

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. REDUÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO DE ATENUANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 440. *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. 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.

2. Segundo o entendimento da Terceira Seção desta Corte, firmado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863/RS, "Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego".

3. Na espécie, embora a arma não tenha sido apreendida e periciada, as provas levantadas na instrução, sobretudo as declarações da vítima e dos policiais, confirmaram que ela foi efetivamente empregada no crime de roubo praticado pelo paciente.

4. "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Enunciado nº 231 da Súmula desta Corte.

5. "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". Enunciado nº 440 da Súmula desta Corte.

6. No caso, o paciente, primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis e, diante da quantidade de pena imposta, qual seja, 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, faz jus ao regime inicial intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

7. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a decisão liminar, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal nº 0027321-06.2013.8.26.0050, da 8ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP.

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), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.873 - SP (2015/0004360-2)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO MANOLIO TARDELI

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNO MANOLIO TARDELI em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 15 (quinze) dias-multa, porque (e-STJ fl. 13):

[...] no dia 27 de março de 2013, por volta das 20 horas e 30 minutos, na Rua Calandra, neste município e comarca de São Paulo, BRUNO MANOLIO TARDELI, menor imputável, qualificado às fls. 18, e outro elemento não identificado, agindo ambos em comum acordo e com identidade de propósitos, subtraíram para si, mediante grave ameaça de morte, com emprego de arma de fogo, contra Marcos Roberto Ferreira do Nascimento, o veículo motocicleta de marca Yamacha FZ6 Fazer, preta, ano 09, placa BPS-4091/São Paulo-SP (apreendido as fls. 16, e avaliada, as fls. 16-A, em R\$ 26.000,00), bem como uma carteira com dinheiro e documentos pessoais, tudo a este pertencente.

A defesa recorreu da sentença postulando a absolvição do réu. Alternativamente, pediu o afastamento da majorante do emprego de arma, a incidência de circunstâncias atenuantes, a redução da pena e o abrandamento do regime prisional. O Tribunal revisor deu parcial provimento ao recurso apenas para reduzir a pena, na terceira fase da dosimetria, ficando estabelecida ao final em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, mantida, no mais a condenação.

Certificado o trânsito em julgado para as partes (e-STJ fls. 144 e 146).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Defensoria Pública alega, na presente oportunidade, que "não houve apreensão e tampouco perícia dos objetos supostamente utilizados no delito" (e-STJ fl. 2) para se aferir a capacidade lesiva, motivo pelo qual deveria ser afastada a majorante pelo emprego de arma.

Sustenta que o paciente tem direito à redução da pena, no segundo estágio da dosimetria, em razão da presença das atenuantes da menoridade penal e confissão espontânea, com superação do entendimento firmado no enunciado n. 239 da Súmula desta Corte. Argumenta que o óbice imposto pela súmula conduz a aplicação de uma reprimenda diversa da vontade do legislador e viola o sentido de justiça e o princípio da igualdade.

Por último, assegura que o regime inicial de cumprimento da pena foi fixado com base apenas na gravidade abstrata do delito praticado, contrariando o disposto nos enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte. Argumenta que as circunstâncias judiciais foram todas consideradas favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no piso legal e, diante da quantidade de pena imposta, o paciente faz jus ao regime intermediário.

Diante disso, pede, liminarmente, para estabelecer o regime inicial semiaberto. No mérito, busca afastar a majorante do emprego de arma, redução da pena na segunda fase da dosimetria e a confirmação do regime prisional semiaberto.

O pleito urgente foi **deferido** pela Vice-Presidente desta Corte, no exercício da Presidência (e-STJ fl. 83/84).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 94/107 e 132/146) e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem apenas para confirmar a liminar que deferiu o regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 119/126).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 313.873 - SP (2015/0004360-2)

VOTO

O EXMO. SENHOR 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 heróico. 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 nº 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, jul. 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.

A Defensoria alega, de início, que o artefato empregado no crime de roubo não foi apreendido e periciado, razão que afastaria a incidência da majorante prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal.

Nesse ponto, cumpre asseverar que, segundo o entendimento da Terceira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção desta Corte, firmado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 961.863/RS, **"Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego"**.

Na espécie, a juíza sentenciante consignou que "não existe dúvida no que pertine ao uso da arma, pois ainda que não apreendida, confessada pelo réu e entregue ao comparsa, tendo a vítima afirmada a grave ameaça de morte com uma arma de fogo que estava na posse do acusado, que depois passou para o seu companheiro" (e-STJ fl. 18).

O Tribunal revisor, por sua vez, afirmou que "O emprego de arma de fogo decorre dos relatos da vítima". Sobre as declarações da vítima, enfatizou: "Sempre informou que a abordagem se deu por dois agentes, que ocupavam outra motocicleta e faziam uso de arma de fogo para constrangê-la" (e-STJ fl. 74).

Como se vê, embora a arma não tenha sido apreendida e periciada, as provas levantadas na instrução, sobretudo as declarações da vítima e dos policiais, confirmaram que ela foi efetivamente empregada no crime de roubo praticado pelos agentes, entre eles o ora paciente, estando devidamente justificada a incidência da causa especial de aumento da pena.

Na sequência, a impetrante alega que a reprimenda deve ser reduzida, na segunda fase, tendo em vista o reconhecimento de duas atenuantes da pena: menoridade penal e confissão espontânea, com superação do enunciado nº 231 da Súmula desta Corte.

Com efeito, as agravantes e as atenuantes, avaliadas no segundo estágio do processo de individualização da reprimenda, podem alterar a pena-base, todavia, devem respeitar as balizas previstas na norma penal incriminadora. Assim, a aplicação das atenuantes sempre reduzem a pena, observado o piso mínimo estabelecido pelo legislador, assim como as agravantes sempre exasperam a sanção, respeitado o teto máximo da pena em abstrato. Ao contrário do que ocorre com as majorantes e minorantes, aplicadas na terceira fase da dosimetria, que podem conduzir à elevação da punição além do máximo e aquém do mínimo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na espécie, embora reconhecidas as duas circunstâncias atenuantes (menoridade penal e confissão espontânea), a pena-base não foi reduzida por já ter sido fixada no mínimo legal, sendo vedada a diminuição, conforme dispõe o enunciado nº 231 da Súmula desta Corte: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Por último, entendo haver constrangimento ilegal no regime inicial de cumprimento da pena.

Nesse ponto, transcrevo o seguinte excerto do acórdão ora impugnado (e-STJ fl. 76):

[...]

Não se pode desconhecer que a gravidade do crime de roubo, que vem colocando em pânico a sociedade, evidencia, sem qualquer sombra de dúvida, intensa periculosidade de seu agente, que não pode ser desconsiderada na fixação do regime inicial da pena corporal, que não guarda relação de dependência com sua quantidade. A periculosidade de autores de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça é presumida pela lei [...].

Privilegiar-se autor de crime contra o patrimônio praticado com grave ameaça à pessoa, concedendo-se-lhe regime carcerário que não o fechado, é desatender-se às finalidades da pena, que são o juízo de reprovação sobre a conduta e a prevenção do crime.

Como se vê, o Tribunal impetrado não apresentou fundamentação idônea apta a justificar a manutenção do regime prisional mais rigoroso, atraindo, assim, a incidência do enunciado nº 440 da Súmula desta Corte: "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."

Desse modo, tratando-se de paciente, primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no piso legal e, diante de quantidade de pena imposta, qual seja, 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, faz jus ao regime inicial intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO À PENA DE 5 (CINCO) ANOS E (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 3. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie.

Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. No caso, consoante se observa da sentença condenatória e do acórdão impugnado, as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, o paciente é primário, a sanção privativa de liberdade imposta não ultrapassa 8 (oito) anos de reclusão e não houve nenhuma fundamentação concreta capaz de justificar o estabelecimento de regime mais rigoroso do que o previsto legalmente para a hipótese (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), detendo-se as instâncias ordinárias, apenas, a afirmar a gravidade abstrata do crime de roubo. Dessa forma, levando em conta os elementos favoráveis ao paciente acima declinados, o disciplinado no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte e, principalmente, que o crime de roubo em questão não foi cometido mediante o emprego de arma de fogo - circunstância especial que exigiria maior rigor na resposta penal -, imperiosa a fixação do regime semiaberto para o desconto da sanção reclusiva imposta.

3. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido de ofício a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta ao paciente na ação penal de que se cuida. (HC nº 279.691/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21/5/2014)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício para, ratificando a decisão liminar, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente nos autos da Ação Penal nº 0027321-06.2013.8.26.0050, da 8ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0004360-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 313.873 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 002732106 00273210620138260050 20140000537074 2732106 273210620138260050
5222013

EM MESA

JULGADO: 02/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO MANOLIO TARDELI

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.