



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.691 - SP (2015/0089641-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATALIA DA COSTA NORA BUGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAOR LUIS DE JESUS ROSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO SIMPLES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS). AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL ABERTO. SÚMULA N. 440 DO STJ E SÚMULAS N. 718 E 719 DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. LIMINAR RATIFICADA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na impetração a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

2. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59, do Código Penal, configurando ilegalidade manifesta a imposição do regime mais gravoso com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

3. No caso, o regime inicial de cumprimento da pena do paciente deve ser o aberto, pois a pena-base foi estabelecida no mínimo legal (4 anos), ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e de fundamentação idônea a amparar a fixação de regime mais gravoso. Súmula n. 440/STJ e Súmulas n. 718 e 719/STF.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar, fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 321.691 - SP (2015/0089641-4)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : NATALIA DA COSTA NORA BUGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAOR LUIS DE JESUS ROSA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário/especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ALAOR LUIS DE JESUS ROSA, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, no regime semiaberto, e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Interposto recurso de apelação, o regime prisional foi mantido no aresto de apelação (e-STJ fls. 26/33).

Com o fim de modificar o regime inicial de cumprimento de pena, foi impetrado *habeas corpus* no Tribunal de origem. Contudo, a ordem foi denegada (e-STJ fls. 37/39).

No presente *habeas corpus*, sustenta a defesa a ocorrência de constrangimento ilegal na fixação do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, uma vez que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis (pena-base no mínimo legal) e a reprimenda não ultrapassou 4 (quatro) anos.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

O então Relator, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), deferiu o pedido liminar "para assegurar ao paciente o direito de aguardar no regime aberto o julgamento do presente *habeas corpus*, se por outros motivos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não estiver preso ou cumprindo pena" (e-STJ fls. 47/49).

Com vista dos autos, opinou o Ministério Público Federal "pela extinção do *writ* sem resolução do mérito ou pela denegação da ordem" (e-STJ fls. 58/62).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 321.691 - SP (2015/0089641-4)

VOTO

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

Este Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.*

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012)

Assim, deixo de conhecer o presente writ por se cuidar de substitutivo de recurso especial.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido na impetração – regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade – ante a possibilidade de existência de flagrante constrangimento que justifique a concessão de *habeas corpus* de ofício.

O Juízo sentenciante, ao realizar a individualização da pena e a fixação do regime inicial, consignou que:

Na dosagem da reprimenda, atenta aos antecedentes, à culpabilidade e às demais diretrizes do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base do acusado em quatro (04) anos de reclusão e dez (10) dias-multa, tendo em vista o preceito sancionador do artigo 157, caput, do Código Penal.

Reconheço a confissão espontânea do acusado, mas - nos termos da Súmula 231 do STJ - deixo de reduzir a pena, tendo em vista que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal. Reconheço a atenuante do artigo 66, mas a pena já está no mínimo legal.

Ante a inexistência de qualquer outra circunstância modificadora aplicável, torno a pena acima definitiva.

[...]

Tendo em vista a quantidade de pena imposta e levando-se em conta que o acusado é primário, agiu sozinho, sem o uso de arma de fogo, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. (e-STJ fls. 14/15)

O relator da apelação, ao manter o regime prisional semiaberto, afirmou:

O regime aberto, como pleiteado pela defesa, não se mostra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessário e suficiente para a devida reprovação e prevenção da grave conduta praticada pelo acusado.

O delito de roubo é grave por sua própria essência, pois compreende a violência ou grave ameaça à pessoa. Por isso, não é compatível com a aplicação do regime mais benéfico. (e-STJ fl. 32)

A fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59, do Código Penal, configurando ilegalidade manifesta a imposição do regime mais gravoso com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

Na esteira de tal entendimento, foi editada a Súmula n. 440 do STJ que dispõe: *"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 sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. AGRAVAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESPROPORCIONALIDADE. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. REGIME ABERTO. CABIMENTO. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em Habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Ao paciente, primário, foi fixada, pela sentença condenatória, pena-base no mínimo legal - 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa -, já que todas as circunstâncias judiciais são-lhe favoráveis. Na segunda fase da dosimetria, foi aplicada a causa de aumento, referente ao emprego de arma (faca), tendo sido aumentada a pena em 1/3 (um terço), resultando em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa. Por fim, foi-lhe reduzida a pena, pela tentativa, na fração de 1/2 (metade), resultando a pena definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 06 (seis) dias-multa.

VI. Nesse contexto, diante do quantum da pena (art. 33, § 2º, c, CP), da fixação da pena-base em seu patamar mínimo, das circunstâncias favoráveis ao réu, de sua primariedade e da ausência de fundamentação apta a alterar o regime legal de cumprimento da pena, deve ser a ordem concedida, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, em favor do paciente, para, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, impor regime prisional aberto, para o cumprimento de pena privativa de liberdade.

VII. Segundo jurisprudência do STJ, fixado o regime inicial aberto, para o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta ao réu, a negativa do direito de recorrer em liberdade constitui flagrante constrangimento ilegal, por mantido o acusado encarcerado, em situação mais gravosa do que aquela determinada pela condenação. Nesse sentido: HC 131.150/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 14/10/2011; HC 216.429/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012.

VIII. Habeas corpus não conhecido.

IX. Ordem concedida, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade imposta ao paciente e para permitir que aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação, salvo se por outro motivo deva permanecer preso. (HC 254.069/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, DJe 1/7/2013)

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA INTERMEDIÁRIA. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

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

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto.

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. Ordem concedida para estabelecer o regime aberto como o inicial de cumprimento da sanção aplicada ao paciente, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnado. (HC 224.637/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 15/8/2012)

Na espécie, observa-se que, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente e da fixação da pena-base no mínimo legal (4 anos de reclusão), o regime inicial semiaberto foi fixado com base apenas na gravidade abstrata do delito, consubstanciando, dessa forma, patente ilegalidade a ser sanada, de ofício.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, ratificando a liminar deferida, concedo a ordem de ofício para estabelecer o regime aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0089641-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 321.691 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00142542720148260506 142542720148260506 21258227720148260000

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 : NATALIA DA COSTA NORA BUGNER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALAOR LUIS DE JESUS ROSA

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