



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 294.107 - SP (2014/0107114-2)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**IMPETRANTE : FABIANA MENDES DOS SANTOS**  
**ADVOGADA : FABIANA MENDES DOS SANTOS**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : VALDECI DA SILVA (PRESO)**

### **EMENTA**

*HABEAS CORPUS*. ROUBO TENTADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULA 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. APLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o *quantum* de pena tenha sido fixado em 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, o paciente seja primário e ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi determinado o regime inicial semiaberto, com fundamento na gravidade abstrata do delito, o que configura coação ilegal nos termos das Súmulas n. 440 do STJ, n.s 718 e 719 do STF.

2. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi acompanhado de quaisquer argumentos (na causa de pedir) para demonstrar o preenchimento dos pressupostos para a concessão do benefício. Ademais, a matéria não foi analisada em nenhuma das instâncias, motivo pelo qual forçoso o envio da questão ao Juízo das Execuções, para avaliar o preenchimento dos requisitos legais, ante a superveniência do trânsito em julgado em 29/4/2014.

3. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, **para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília, 23 de setembro de 2014

**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 294.107 - SP (2014/0107114-2)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

**IMPETRANTE : FABIANA MENDES DOS SANTOS**

**ADVOGADA : FABIANA MENDES DOS SANTOS**

**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**PACIENTE : VALDECI DA SILVA (PRESO)**

### RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:**

**VALDECI DA SILVA** estaria sofrendo constrangimento ilegal no seu direito à locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que deu parcial provimento à Apelação n. 0007716-74.2013.8.26.0050, interposta pela defesa, para reduzir a pena e fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da sanção.

Consta da denúncia:

Narra a denúncia que no dia 23 de janeiro de 2013, por volta das 06h30 min, na rua Portal 11, n. 10, nesta cidade e comarca, Valdeci da Silva, **agindo em concurso e com identidade de propósitos, juntamente com outros três indivíduos não identificados, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, tentou subtrair** para si a carga de cigarros que estava sendo transportada pela vítima **Antonio Marco Batista e Jeferson Bertho Zanardo, de propriedade da empresa Souza Cruz**, só não logrando êxito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Consta, ainda, que no mesmo dia e local, logo após o crime acima mencionado, Valdeci da Silva, agindo em concurso e com identidade de propósitos, juntamente com outros três indivíduos não identificados, opuseram-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo, ou quem lhe esteja prestando auxílio. [...] (fl. 12)

Informa o impetrante que o paciente foi condenado, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, a 4 anos de reclusão, em regime inicial fechado, condenação que mereceu parcial reforma pelo Tribunal paulista, nos moldes acima aludidos.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste *writ*, sustenta a defesa, com base no art. 33, § 2º, do Código Penal, que o paciente possui os requisitos para a expiação da pena no regime inicial aberto, tendo em vista que é primário e de bons antecedentes.

Pleiteia, em sede de pedido de urgência, ante a presença dos requisitos para a concessão da medida, a expedição de alvará de soltura, e, no mérito, a modificação do regime prisional para o aberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferida a liminar, foram os autos enviados ao Ministério Público Federal, que opinou pela denegação da ordem às fls. 172-175.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.107 - SP (2014/0107114-2)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. ROUBO TENTADO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULA 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. APLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não obstante o *quantum* de pena tenha sido fixado em 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, o paciente seja primário e ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, foi determinado o regime inicial semiaberto, com fundamento na gravidade abstrata do delito, o que configura coação ilegal nos termos das Súmulas n. 440 do STJ, n.s 718 e 719 do STF.

2. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não foi acompanhado de quaisquer argumentos (na causa de pedir) para demonstrar o preenchimento dos pressupostos para a concessão do benefício. Ademais, a matéria não foi analisada em nenhuma das instâncias, motivo pelo qual forçoso o envio da questão ao Juízo das Execuções, para avaliar o preenchimento dos requisitos legais, ante a superveniência do trânsito em julgado em 29/4/2014.

3. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, **para fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena.**

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (RELATOR):**

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade** que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

Em relação ao **regime prisional** imposto pelas instâncias ordinárias, releva salientar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional devem ser observadas as diretrizes dos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (HC n. 279.272/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC n. 265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC n. 213.290/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 04/11/2013; HC n. 148.130/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 03/09/2012).

Na espécie, o juiz de primeira instância aplicou a pena da seguinte forma:

[...] A observar o sistema trifásico (CP, art. 68), passo ao cálculo da pena.

Nos termos dos arts. 59 e 157 do Código Penal (a) fixo as penas-base no mínimo legal, ou seja, em 4 (quatro) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias-multa.

Presentes duas qualificadoras do § 2º, do art. 157, do CP, sendo uma delas pelo uso de arma de fogo, mais grave, a justificar a majoração nesse patamar, aumento suas penas em 1/2, alcançando 6 (seis) anos de reclusão e multa de 15 (quinze) dias-multa.

Tratando-se de tentativa e considerando o "iter criminis" percorrido, diminuo sua pena em 1/3, **tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão e multa de 10 (dez) dias multa.**

**Atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, nos termos do artigo 33 e seguintes do mesmo código, estabeleço o regime fechado para início do cumprimento da pena. Com efeito, as circunstâncias do caso revelam a necessidade do regime mais rigoroso para reprovação e prevenção do delito.**

**A fixação do regime fechado deve-se, também, à especial gravidade do crime, a denotar dolo intenso, com alto teor de censurabilidade da conduta e periculosidade diferenciada do réu. Fixo o dia-multa no mínimo legal, ante a modesta situação econômica**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dos réus (CP, art. 60), dado emergente dos autos.

Sem incidência o princípio da presunção da não-culpabilidade (CF, art. 5º, LVII) para o recurso em liberdade. Visualiza-se, aqui, a garantia da ordem pública, pressuposto autorizador da prisão preventiva (CPP, art. 312). Além do mais, o réu acompanhou preso a instrução, e nessa condição deve permanecer até o julgamento definitivo.

Indicados os motivos, pois, CONDENO VALDECI DA SILVA, RG n. 52.279.850-SP, brasileiro, natural de Parnaíba-PI, nascido em 25/11/1974, filho de Francisca das Chagas Silva como incurso no art. 157, § 2º, I e 11, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal, às penas privativas de liberdade de 4 (quatro) anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, e à pena pecuniária de 10 (dez) dias- multa, no menor valor unitário, ABSOLVENDO-O da prática do crime tipificado no art. 329, § 1º, do código penal, com base no inciso 111 do art. 386, do CPP.

O valor do dia-multa deverá ser corrigido monetariamente na época do pagamento (CP, art. 49, § 2º).

Sem direito ao recurso em liberdade, expeça-se mandado de prisão.

Se assim transitar em julgado esta sentença: a) lance-se o nome do réu no Rol dos Culpados; b) efetuem-se as comunicações e averbações de praxe; c) expeça-se mandado de prisão e d) promova-se vista ao Ministério Público.

P.R.I.C.

São Paulo, 29 de julho de 2013.

Carlos José Zulian Juiz de Direito. (fls. 12-16)

Por sua vez, a Corte local reformou a sentença, quanto à dosimetria da pena, nos seguintes termos:

[...] Com a devida vênia do entendimento do Magistrado sentenciante, as penas comportam reparo.

A **básica foi fixada em seu patamar mínimo** e a atenuante da confissão espontânea, conquanto reconhecida, não implica o *quantum* da reprimenda por força da Súmula n. 231, do Superior Tribunal de Justiça, já que estabelecida no mínimo legal.

Entretanto, a majoração pelas causas de aumento foi imposta considerando tão somente condição objetiva, o que é vedado (Súmula 443, do Superior Tribunal de Justiça).

Desta maneira, **a pena deve voltar ao patamar mínimo**, um terço, fazendo-a ficar em cinco anos e quatro meses de reclusão, mais treze dias-multa.

Reconhecida a tentativa, o percentual de diminuição é mantido no



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal, diante do "*iter criminis*" percorrido, ficando a pena estabelecida em **três anos, seis meses e vinte dias de reclusão, mais oito dias-multa**.

Avaliando o tempo em que o acusado se encontra preso, ou seja, desde 23 de janeiro de 2013, e considerando o que determina o artigo 387, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, estipula-se o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

Isto posto, pelo meu voto, dá-se parcial provimento ao apelo para reduzir as penas para três anos, seis meses e vinte dias de reclusão e fixar o regime semiaberto, de acordo com o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

ALMEIDA SAMPAIO Relator (fls. 54-57)

**Diante da fundamentação adotada pelas instâncias ordinárias, verifico o alegado constrangimento ilegal** de que estaria sendo vítima o paciente, pois, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o acusado seja primário e a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial fixado foi o semiaberto, porque a Corte local se omitiu em fundamentar a fixação do regime inicial, cingindo-se à detração prevista no art. 387, § 2º, do Código Penal.

No caso, **a sentença**, único *decisum* que efetivamente analisou o modo inicial de cumprimento de pena, aplicou o regime fechado com base tão somente na **gravidade genérica** do delito cometido, **sem, no entanto, apontar qualquer elemento concreto dos autos (como o *modus operandi* ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, efetivamente justifique a fixação do regime inicial mais gravoso.**

**O acórdão impugnado não afastou esse entendimento, apenas aplicou a detração prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.**

Conforme cediço, a simples gravidade abstrata do delito cometido não constitui, só por si, fundamentação idônea para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da sanção aplicada.

Esse, aliás, é o entendimento consolidado nas Súmulas ns. 440 do STJ, 718 e 719 do STF, respectivamente:

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.

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.

Dessa forma, deve o paciente cumprir a pena em **regime inicial aberto**.

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifico que não houve, na análise da causa de pedir, desenvolvimento de quaisquer argumentos para demonstrar o preenchimento dos pressupostos para o benefício. Observo, ainda, que a matéria não foi analisada em nenhuma das instâncias, motivo pelo qual forçoso o envio da questão ao Juízo das Execuções, para avaliar o preenchimento dos requisitos legais, ante a superveniência do trânsito em julgado em 29/4/2014.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, conceder a ordem postulada, a fim de **fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena**.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0107114-2

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 294.107 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00077167420138260050 20140000090933 2112013 3212013 7716742013  
77167420138260050

EM MESA

JULGADO: 23/09/2014

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : FABIANA MENDES DOS SANTOS  
ADVOGADA : FABIANA MENDES DOS SANTOS  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : VALDECI DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.