



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.434 - SP (2015/0280577-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAQUEL FREITAS DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO GALDINO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULAS 440/STJ, 718/STF e 719/STF. *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.

- Os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça refutam a imposição do regime mais gravoso que aquele previsto em lei em razão do *quantum* de pena, quando fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito.

- No caso do autos, fixada a pena-base no mínimo legal, a determinação de regime inicial mais gravoso não está lastreada em fundamentação concreta e idônea, a atrair ao caso a incidência dos referidos enunciados de Súmula e a aplicação do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.434 - SP (2015/0280577-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAQUEL FREITAS DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO GALDINO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de FABRÍCIO GALDINO DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0108046-79.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado.

Interposta apelação por ambas as partes, o Tribunal negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso do *Parquet*, imputando também ao paciente o delito previsto no art. 244-B da Lei n. 8.069/1990, ficando a pena definitiva arbitrada em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantido o regime fechado, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 16/29):

APELAÇÃO CRIMINAL - Roubo majorado - Autoria e materialidade delitiva perfeitamente demonstradas - Prova robusta a admitir a condenação do réu - Pena do crime de roubo fixada com critério - Regime inicial fechado devido - Absolvição pelo crime de corrupção de menor - Pleito do Ministério Público pela condenação - Acolhimento - Caracterização diante do teor da Súmula nº 500 do STJ - Recurso ministerial provido para reformar a r. sentença a fim de reconhecer o crime previsto no artigo 244-B da Lei nº 8.069/90 e desprovido o da defesa.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, tendo em vista a manutenção do regime inicial fechado pelo Tribunal local com base na gravidade abstrata dos delitos.

Dessa forma, requer que o regime de cumprimento de pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade seja alterado para o semiaberto.

O pedido liminar foi deferido para assegurar o paciente o direito de aguardar no regime semiaberto o julgamento desta impetração.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 133/139, pela concessão, de ofício, da ordem:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio. Descabimento. Determinação de regime prisional mais gravoso. Ausência de fundamentação. Ilegalidade. Art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59, do CP. Ofensa às súmulas 718 e 719 do STF e súmula 440 do STJ. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus e pela concessão ex officio de ordem, a fim de que o paciente seja imediatamente transferido para o regime semiaberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.434 - SP (2015/0280577-5)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, de início, 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 ilegalidade na manutenção do regime prisional fechado.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

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, assim foi consignado pelas instâncias ordinárias para fixar e manter o regime fechado:

Tendo em vista a natureza do roubo, que foi praticado com grave ameaça a pessoa, exercida pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, o que revela periculosidade de seus executores, para garantia a ordem pública o acusado não poderá recorrer em liberdade, deverá ser recomendado na prisão em que se encontra e iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada em REGIME FECHADO (art. 33, parágrafo 3º, do Código Penal).

E de regime mais brando não há que se falar, nos termos da r. Decisão proferida pelo i. Desembargador Luiz Soares de Mello, colacionada em apelação criminal nº 1.439-961-1, da E. 6ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal, relator Maia da Cunha: 'Não é mais possível ignorar os traumatismos das grandes e pequenas cidades, do país inteiro, enfim, com a onda nefasta de violência que assola nossa terra. Não é mais possível compactuar com benesses indevidas, 'data venia', com moderações impossibilitadas a quem não é e nem pretende assim ser - e nem foi, no caso - com a sociedade onde vive e com os milhares de cidadãos honrados deste país, que lutam e sofrem para sobreviver. Não é mais possível fechar os olhos para o fato de que regime nenhum, senão o fechado, é que extirpa do convívio gente que não faz por merecer este. Não é mais possível a qualquer, muito menos ao Judiciário, negar realidade evidente, encarada e pendente, que é a quase falência de sistemas alternativos de cumprimento de pena. Ou se encarcera o cidadão que merece ser encarcerado, tais aqueles que, como aqui, praticam violência e esquecem-se de que vivem em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

coletividade, ou se joga por terra um dos atributos mais marcantes do judiciário, que também e obviamente é o de combater a criminalidade. Que se faça até onde as mãos alcançam. E se o Judiciário pode fazê-lo, que o faça, desde logo e de pronto, para que não seja posteriormente responsabilizados (Revisão Criminal nº 461.926/2, São Paulo, VT9807). (Sentença fl. 14)

Fica mantido o regime inicial fechado, pois, no caso em tela, o apelante, em concurso com os menores, demonstrou maior periculosidade e ousadia ao render a vítima, mediante grave ameaça, portando arma de fogo (cf TJSP, Apelação nº 0001192-18.2011.8.26.0281, Des. Rei. Nelson Fonseca Júnior, j. em 05.06.2014).

Nesse mesmo sentido, já se posicionou o E. Desembargador Walter de Almeida Guilherme:

(...)

Assim, sendo, nega-se provimento ao recurso defensivo e dá-se provimento ao recurso ministerial, como condão de condenar o acusado, também, como incurso no delito do artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990, sendo que somando-se as reprimendas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa pelo crime de roubo duplamente majorado, e de 1 (um) ano de reclusão pelo crime de corrupção de menores, têm-se 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 14 (quatorze) dias-multa no valor mínimo legal. (Acórdão fls. 25 e 28/29)

Com efeito, uma vez fixada a pena-base no mínimo legal, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado 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.

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para confirmar a liminar anteriormente concedida e fixar o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0280577-5

HC 340.434 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0108046792013 01080467920138260050 108046792013 1080467920138260050
20150000599105

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016

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

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAQUEL FREITAS DE SOUZA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABRICIO GALDINO DA SILVA (PRESO)

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.