



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.496 - SP (2014/0098110-4)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ANTÔNIO RUFINO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONCURSO DE PESSOAS. EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULAS 440 DO STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou compreensão no sentido de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito. (Súmulas 440/STJ E 718 e 719/STF)

3. No caso, o constrangimento ilegal é evidente, visto que o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena no regime semiaberto, considerando a quantidade de pena imposta, a primariedade do acusado, bem como o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis.

4. O crime de roubo, quando cometido mediante o emprego de arma branca ou de brinquedo, "merece ser diferenciado daquele praticado com a utilização da arma de fogo, por se tratar de instrumento com maior capacidade de intimidação e de destruição, em que a gravidade concreta se mostra apta a ensejar a aplicação do regime mais severo" (REsp 1431819, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Dje 11/04/2014).

5. A situação do corréu é idêntica à do paciente, sendo de rigor a extensão dos efeitos deste acórdão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente, estendendo os efeitos da decisão ao corréu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de novembro de 2014(data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.496 - SP (2014/0098110-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS ANTÔNIO RUFINO, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, juntamente com outra pessoa, à pena de 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 70 do Código Penal.

A Corte de origem, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa, mantendo, *in totum*, a sentença condenatória.

Sustenta-se, no presente *mandamus*, que o paciente faz jus ao cumprimento da pena imposta no regime semiaberto, nos termos do disposto nos arts. 33, § 3º, c/c o art. 59, do Código Penal, bem como nas Súmulas n. 718 e 719, do Supremo Tribunal Federal, e 440 desta Corte.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

E o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.496 - SP (2014/0098110-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou compreensão no sentido de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito.

Sobre o tema, este Tribunal Superior editou a Súmula 440/STJ, com a seguinte redação: "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 mesmo sentido, colho as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 718/STF: 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.

Súmula 719/STF: a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

No caso, o Juiz de primeiro grau, ao fixar o regime prisional fechado para o início do desconto da sanção corporal, deixou de considerar as circunstâncias indicadas no artigo 59 do Código Penal, anotando no que interessa:

A pena será descontada inicialmente no regime fechado: 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, o que não pode ser desconsiderado na fixação do regime inicial da pena corporal. Privilegiar-se autor de crime contra o patrimônio, praticado com grave ameaça à pessoa, concedendo-se regime carcerário que não fechado, é desatender-se às finalidades da pena, que são o juízo de reprovação sobre a conduta e a prevenção do crime.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal *a quo*, por seu turno, manteve o regime mais gravoso, consignando:

Foi fixado o regime inicial fechado aos dois réus, em razão da gravidade concreta do crime.

Não se pode deixar de lado que o regime prisional tem como objetivo reeducar o insubordinado à lei e proteger a sociedade, que não pode ficar a mercê do infrator. O crime praticado é grave. Assim, os réus não possuem méritos para serem beneficiados com regime prisional mais brando. Assim, o regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade.

[...]

No caso, o constrangimento ilegal é evidente, visto que o paciente preenche os requisitos para o cumprimento da pena no regime semiaberto, considerando a quantidade de pena imposta, a primariedade do acusado, bem como o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis.

Acrescento que o crime de roubo quando cometido mediante o emprego de arma de branca ou de brinquedo, como no caso, "merece ser diferenciado daquele praticado com a utilização da arma de fogo, por se tratar de instrumento com maior capacidade de intimidação e de destruição, em que a gravidade concreta se mostra apta a ensejar a aplicação do regime mais severo" (REsp 1431819, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Dje 11/04/2014).

Nesse sentido, colho o seguinte precedente:

ROUBO QUALIFICADO. CRIME TENTADO. CONCURSO DE AGENTES. **EMPREGO DE SIMULACRO DE ARMA DE FOGO.** CRIME TENTADO. EXECUÇÃO DA PENA. REGIME SEMIABERTO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

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

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso do que o previsto em lei para a quantidade de reprimenda estabelecida.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Habeas corpus não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para estabelecer o regime aberto como modo inicial de cumprimento da sanção aplicada ao paciente. (HC 265707/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, DJe 27/03/2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO TENTADO. **EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA)**. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E DE EXAME PERICIAL. POTENCIALIDADE LESIVA. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA (NO CASO, A DECLARAÇÃO DA VÍTIMA). INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. ERESP N.º 961.831/RS. PRECEDENTES. REGIME INICIAL ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE DO DELITO. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 440/STJ. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Conforme a orientação pacificada nesta Corte por ocasião do julgamento do EREsp n.º 961.863/RS, a ausência de perícia na arma, quando impossibilitada sua realização, não afasta a causa especial de aumento prevista no inciso I do § 2.º do art. 157 do Código Penal, desde que existentes outros meios aptos a comprovar o seu efetivo emprego na ação delituosa. Precedentes.

2. Na hipótese, a comprovação da efetiva utilização da arma branca na prática do delito se deu com o depoimentos da vítima, conforme assentaram as instâncias ordinárias. 3. Fixada a pena-base do Paciente no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e nos 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar o regime inicial aberto de cumprimento de pena, conforme as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais. (HC 220005/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, DJe 01/02/2012)

A situação do corréu Richard Gobbi Perico é idêntica à do paciente, pois ele também é primário e teve sua pena-base fixada no mínimo legal, sendo de rigor a extensão dos efeitos desta decisão, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO** do *habeas corpus*. **CONCEDO** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente, estendendo os efeitos da decisão ao corréu Richard Gobbi Perico.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0098110-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 293.496 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00279949620138260050 20140000061420 279949620138260050

EM MESA

JULGADO: 06/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MARCOS ANTÔNIO RUFINO (PRESO)
CORRÉU	: RICHARD GOBBI PERICO

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), Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.