



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.581 - SP (2014/0005228-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CÉSAR AUGUSTO DA SILVA ROCHA (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. AUMENTO NA PRIMEIRA ETAPA COM BASE EM PROCESSO EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE (SÚMULA 444/STJ). REGIME PRISIONAL. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA 440/STJ E SÚMULA 719/STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, “de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de “ilegalidade ou abuso de poder” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base” (Súmula 444/STJ).

03. O Superior Tribunal de Justiça – a quem compete, precipuamente, interpretar a lei federal (CR, art. 105, inc. III) e que “tem por função constitucional uniformizar o Direito Federal” (AgRg na MC n. 7.164, Rel. Ministra Eliana Calmon) –, vem decidindo que o roubo praticado mediante o emprego de arma de fogo, ainda que em concurso de agentes (CP, art. 157, § 2º, incs. I e II), não autoriza, por si só, a imposição do regime prisional fechado se, primário o réu, a pena-base foi fixada no mínimo legal porque reconhecido na sentença que lhe são favoráveis as circunstâncias judiciais (CP, art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59; AgRg no HC 303.275/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2015; HC 298.810/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/02/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

04. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

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

Brasília (DF), 09 de junho de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.581 - SP (2014/0005228-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CÉSAR AUGUSTO DA SILVA ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA ROCHA foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime fechado, e de 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, incs. I e II, do Código Penal (fls. 10/21).

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação do réu (fls. 26/39).

Inconformada, a Defensoria Pública daquela unidade federativa impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** para justificar o aumento da pena-base, o magistrado utilizou-se de condenação "*que ainda não transitou em julgado, razão pela qual, em homenagem ao princípio da presunção da inocência, tal condenação não pode servir de fundamento para o aumento da pena base acima do mínimo legal, nem a título de maus antecedentes, nem de qualquer outra circunstância judicial*"; **b)** "*em sua decisão, o ilustre Tribunal não declinou nenhum aspecto do caso concreto que fosse capaz de justificar a fixação de regime diverso do legalmente previsto (semiaberto), ressaltando-se que a pena foi indevidamente majorada na primeira fase da dosimetria*" (fls. 01/07).

O Ministro Felix Fischer, então relator, indeferiu a liminar postulada (fls. 43/45).

Prestadas as informações (fls. 66/101), o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão do *habeas corpus*, "*para, afastada a valoração negativa da personalidade e da conduta social, sem reflexo na pena, fixar o regime inicial semiaberto ao paciente*" (fls. 56/63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 286.581 - SP (2014/0005228-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : CÉSAR AUGUSTO DA SILVA ROCHA (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, “de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que, no *habeas corpus*, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese – como sucede no caso em exame –, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de “ilegalidade ou abuso de poder” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Assevera a impetrante que:

a) para justificar o aumento da pena-base, o magistrado utilizou-se de condenação “que ainda não transitou em julgado, razão pela qual, em homenagem ao princípio da presunção da inocência, tal condenação não pode servir de fundamento para o aumento da pena-base acima do mínimo legal, nem a título de maus antecedentes, nem de qualquer outra circunstância judicial”;

b) “em sua decisão, o ilustre Tribunal não declinou nenhum aspecto do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso concreto que fosse capaz de justificar a fixação de regime diverso do legalmente previsto (semiaberto), ressaltando-se que a pena foi indevidamente majorada na primeira fase da dosimetria".

Tenho que lhe assiste razão.

02.01. Está inscrito no acórdão impugnado:

"As penas foram bem aplicadas em primeira instância. Não merecem redução. Com efeito:

A pena-base do sentenciado foi acertadamente majorada, fundamentando-se em sua conduta social desajustada e personalidade voltada à prática delitiva, como se vê das certidões de fls. 8 e 14-6, do apenso próprio. Assim, demonstrada a adversidade das chamadas circunstâncias judiciais, inviável a pretendida redução da pena-base.

Na fase seguinte, a atenuante da confissão espontânea já foi expressamente reconhecida na r. Sentença e reconduziu as penas ao mínimo legal, patamar que, diferentemente do que alega a defesa, não pode ser ultrapassado.

As circunstâncias atenuantes não podem, na 2ª fase da dosimetria, reduzir a pena aquém do mínimo cominado. É que assim como as agravantes não autorizam a imposição de pena acima do limite máximo, é vedado às atenuantes reduzirem a reprimenda para aquém do mínimo previsto abstratamente pelo tipo.

[...]

Finalmente, incidiu a exasperação mínima em decorrência das qualificadoras do roubo.

No que se refere ao regime prisional inicial, outro não poderia ser o fixado, dada a gravidade do delito praticado pelo apelante e a desfavorabilidade das circunstâncias judiciais expressamente reconhecida na r. sentença, a indicar a necessidade de fixação do regime mais gravoso.

Some-se a isso meu entendimento, inúmeras vezes manifestado, no sentido de que o regime inicial fechado é o único aplicável a autores de roubo, ainda que primários e independentemente do montante da pena imposta, máxime se qualificada a infração" (fls. 34/36 – os destaques não constam do original).

Enfatizo: para o Tribunal de Justiça, *"a pena-base do sentenciado foi acertadamente majorada, fundamentando-se em sua conduta social desajustada e personalidade voltada à prática delitiva".*

A tese não encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, cristalizada na Súmula 444: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em seu judicioso parecer, disse a Subprocuradora-Geral da República Zélia Oliveira Gomes:

"Relativamente aos registros criminais desabonadores da personalidade e da conduta social, refere-se a condenação pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, transitada em julgado para o Ministério Público em 24 de março de 2009, sem registro quanto à data do trânsito em julgado para a Defesa, certo que pela certidão de fls. 22, emitida em 14 de agosto de 2012, o processo ainda se encontrava no Tribunal de Justiça.

Assim, **em 14 de maio de 2012, data do fato em apuração, a sentença ainda não tinha transitado em julgado**" (fl. 60 – o destaque não consta do original).

Aos fundamentos do parecer nada é necessário acrescentar.

Destarte, as sanções impostas devem ser readequadas, nos termos que seguem.

Não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente, fixo a pena-base no mínimo legal – 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Deixo de aplicar a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, inc. III, "d") em razão do disposto na Súmula 231/STJ ("*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*"). Na terceira fase, ante o emprego de arma e o concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, incs. I e II), aumento as sanções em 1/3 (um terço), totalizando, assim, 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

02.02. Quanto ao regime prisional, reafirmo os fundamentos do voto-vista que proferi no *Habeas Corpus* n. 311.268. Estão eles sintetizados na ementa do acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 274.149, da relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze:

"Em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade. Se a locução 'emprego de arma' – causa especial de majoração da pena no crime de roubo –, abrange tanto as armas impróprias (faca, chave de fenda, pedaço de pau, de vidro, emprego de animais, por exemplo), cujo porte não é proibido, quando as armas de fogo – conduta que constitui crime autônomo e grave –, nada mais razoável e lógico do que a censura penal incidente sobre roubos com armas impróprias e próprias tenha tratamento distinto, se não na quantidade de pena, pelo menos na qualidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resposta penal. Portanto, se durante a fixação da pena a fração de exasperação é a mesma para o roubo praticado com arma branca e para o cometido com emprego de arma de fogo – aspecto quantitativo –, justamente no estabelecimento do regime prisional é que a diferenciação entre ambas as condutas deverá ser feita – aspecto qualitativo".

Todavia, em favor da harmonização da jurisprudência, que é necessária para conferir segurança às relações jurídico-sociais – pois "o Direito deve emitir solução uniforme para relações jurídicas iguais" (AgRgAl n. 152.888, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro) –, curvei-me ao entendimento majoritariamente adotado nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, retratado nos acórdãos cujas ementas traslado parcialmente:

"1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, 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 não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso.

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. Na hipótese, diante da ausência de fundamentação concreta para a imposição de sistema prisional fechado, evidente o constrangimento ilegal a que estava submetido o paciente, dando ensejo à concessão da ordem mandamental para fixar o regime inicial semiaberto" (AgRg no HC 303.275/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2015).

"Habeas corpus. Penal. Processual penal. Roubo. Artigo 33, § 2º, do CP. Imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso. Possibilidade, desde que seja a decisão devida e concretamente fundamentada. Circunstâncias judiciais reconhecidamente favoráveis. Pena-base fixada no mínimo legal. Ausência de fundamentação apta ao agravamento do regime prisional. Habeas corpus deferido.

[...]

3. A Corte tem entendido que a fixação de regime mais severo do que aquele abstratamente imposto pelo art. 33, § 2º, do CP não se admite senão em virtude de razões concretamente demonstradas nos autos.

4. Ausência, no caso concreto, de fundamentação válida, nas razões de convencimento, para a fixação do cumprimento da pena em regime inicialmente fechado" (HC 118.230, Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De acordo com a Súmula 440/STJ, "*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*"; com a Súmula 719/STF, "*a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*".

Também no tocante ao regime prisional, há ilegalidade no provimento jurisdicional impugnado. O regime fechado para cumprimento inicial de pena foi imposto sem "motivação idônea", exclusivamente com fundamento na gravidade abstrata do delito de roubo.

03. À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. De ofício, concedo a ordem, para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0005228-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 286.581 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00435438320128260050 435438320128260050 8752012

EM MESA

JULGADO: 09/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CÉSAR AUGUSTO DA SILVA ROCHA (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 Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.