



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.701 - SP (2016/0277546-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SIMONE LAVELLE GODOY DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIQUE LUIZ SOARES DE CARVALHO SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *writ*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. *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* (enunciado n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.

3. No caso dos autos, ao paciente primário, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena definitiva ter ficado nos patamares definidos no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, a atrair a incidência dos referidos enunciados sumulares.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.701 - SP (2016/0277546-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SIMONE LAVELLE GODOY DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIQUE LUIZ SOARES DE CARVALHO SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CAIQUE LUIZ SOARES DE CARVALHO SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000248-88.2014.8.26.0223).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal (e-STJ fls. 12/15).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelações, sendo o recurso defensivo improvido e o ministerial parcialmente provido para alterar o regime prisional para inicial semiaberto (e-STJ fls. 56/70), em acórdão assim ementado:

ROUBO - ABSOLVIÇÃO - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - INADMISSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS E DOS AGENTES DA LEI CORROBORADAS PELOS DEMAIS ELEMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS - RÉU, ADEMAIS, CONFESSO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO.

ROUBO SIMPLES - REGIME ABERTO - INADMISSIBILIDADE - SEMIABERTO ADEQUADO À ESPÉCIE - MEDIDA NECESSÁRIA E SUFICIENTE PARA A PREVENÇÃO E REPROVAÇÃO DO DELITO - RECURSO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois fixou o regime inicial semiaberto com base na gravidade abstrata do delito. Afirma que o paciente é primário, possui circunstâncias judiciais favoráveis e foi condenado a pena não superior a 4 anos, razão pela qual faz jus ao regime aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a alteração do regime prisional para o aberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 73/74.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 145/150, pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO. IMPETRAÇÃO CONCOMITANTE COM RECURSO ESPECIAL. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MENOS SEVERO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO CONCRETO PARA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMI ABERTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33 DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, CASO CONTRÁRIO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.701 - SP (2016/0277546-9)

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. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, em princípio, 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 a fixação do regime menos gravoso.

Com efeito, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, segue a fundamentação exarada pelo Tribunal *a quo* para estabelecer o regime inicial semiaberto (fls. 68/69):

Por outro lado, o recurso da Justiça Pública merece provimento para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, que se afigura mais adequado ao caso em análise, levando em conta a gravidade do crime, a conduta durante a prática delituosa e a necessidade de imposição de uma medida que seja suficiente para a prevenção e reprovação do delito, atendendo ao disposto no artigo 33, § 3º, da Lei Penal Substantiva.

Com efeito, ressalto que esta 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem entendimento pacífico de que o regime prisional no roubo simples deve ter início, ao menos, no intermediário, em face da necessária apreensão mais séria dessa conduta delitiva.

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

Dessa forma, tendo em vista que o paciente é primário, com circunstâncias judiciais favoráveis e a pena definitiva ter ficado nos patamares definidos no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, faz jus ao regime inicial aberto.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para fixar o regime aberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0277546-9

HC 375.701 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002488820148260223 0262014 20160000593840 2488820148260223 262014

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

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

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: SIMONE LAVALLE GODOY DE OLIVEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CAIQUE LUIZ SOARES DE CARVALHO SILVA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.