



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 293.509 - SP (2014/0098152-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : BRUNO MOISES MORAIS DO NASCIMENTO (PRESO)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do STF e do STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: *"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"*.

Seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência empregada no delito de latrocínio, bem como ao fato de se tratar de crime equiparado a hediondo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o STF já declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, que vedava a possibilidade de concessão de regime diverso do fechado aos crimes hediondos e equiparados.

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposto reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP.

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

### ACÓRDÃO



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

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 de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2016(Data do Julgamento).

**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 293.509 - SP (2014/0098152-1)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : BRUNO MOISES MORAIS DO NASCIMENTO (PRESO)

### RELATÓRIO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de BRUNO MOISES MORAIS DO NASCIMENTO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000162-54.2012.8.26.0590).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado por ter praticado o delito tipificado no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal - CP (tentativa de latrocínio), à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento, em acórdão de fls. 15/20.

No presente *writ*, a impetrante sustenta que o regime inicial foi fixado com base unicamente na gravidade abstrata do delito, sem levar em conta a fixação da pena-base no mínimo legal e as circunstâncias judiciais favoráveis, a atrair ao caso os Enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal - STF.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Indeferida a liminar às fls. 28/29 e prestadas as informações necessárias às fls. 37/140, o Ministério Público Federal, às fls. 147/152, opinou pelo não cabimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.509 - SP (2014/0098152-1)

### VOTO

#### O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, a fixação do regime semiaberto.

Quanto ao ponto, o magistrado processante, ao elaborar o decreto condenatório, assim fundamentou:

*O réu é primário, relativamente menor, não revelou qualquer profissionalismo e confessou parcialmente, afirmando estar arrependido. O resultado patrimonial foi pífio e a vítima recuperou o que lhe foi levado, felizmente não tendo falecido - embora tenha tido que ficar com o projétil em seu corpo, ante o risco de sua remoção, como explicou.*

*Assim, à luz dos critérios orientadores do artigo 59 do Código Penal, fixo as penas-base de vinte anos de reclusão, mais dez dias-multa.*

*A atenuante da menoridade não atua por já terem as penas-base sido fixadas no patamar mínimo possível; e a da confissão espontânea, além disso, porque esta, como visto, foi apenas parcial.*

*Dado o conatus conforme acima, diminuo de dois terços as penas, que, pois, passam a ser de seis anos e oito meses de reclusão, mais três dias-multa - estes no valor unitário mínimo, ante a capacidade para pagamento, à vista das condições econômicas reveladas nos autos.*

*Tratando-se de crime hediondo, fixo o regime inicial fechado (fls. 12/13).*

A Corte estadual, em apelação da defesa, manteve a decisão monocrática, consignando:

*Corretas as penas; que foram fixadas no patamar mínimo legal, recebendo mitigação máxima, por conta do conatus. Outro não poderia ser o regime senão o fechado, diante da gravidade do crime; o qual fica preservado.*

*Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo (fls. 20/21).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê:

*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".*

No mesmo sentido, 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.*

Os fragmentos das decisões acima transcritos e o exame dos autos revelam que após fixarem a pena-base no mínimo legal, por considerarem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o regime fechado foi fixado sem fundamentação idônea.

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à violência empregada no delito de latrocínio, bem como ao fato de se tratar de crime equiparado a hediondo, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, que vedava a possibilidade de concessão de regime diverso do fechado aos crimes hediondos e equiparados.

Nesse sentido:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO.**

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. **O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.**

3. Considerando que a pena-base foi fixada no mínimo legal, é vedado, com base apenas na gravidade abstrata do delito, o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta. Incidência da Súmula 440 do STJ.

4. A despeito de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis e de a pena reclusiva ser inferior a 4 (quatro) anos, a quantidade de droga apreendida em poder do paciente - 86g de maconha e 1,18g de crack - deve ser utilizada para o fim de fixar o regime prisional, por reclamar maior intensidade na retribuição penal ao delito cometido. Precedentes.

5. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, passou a admitir a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 44 do Código Penal.

6. Hipótese em que não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida.

7. Writ não conhecido. Ordem parcialmente concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena (HC 308.199/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 12/5/2015).

Outrossim, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposto reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

**RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTA STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. RECLAMO PROVIDO.

1. 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 (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

3. Recurso provido a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto (RHC 66.895/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 28/03/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO MAJORADO E RECEPÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO NA VIA ELEITA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 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.

III - Não se revela possível, in casu, a aplicação do princípio da consunção, porquanto a conduta de adquirir a arma, de um lado, e o delito de roubo majorado pelo uso de arma de fogo, de outro, ao que se tem, decorrem de desígnios autônomos, não se verificando a relação de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*meio-fim que autoriza a absorção de uma figura típica pela outra.*

*IV - No presente caso, o eg. Tribunal de origem concluiu tratar-se de crimes autônomos (roubo majorado e receptação), por terem momentos consumativos distintos e pela ciência do paciente quanto à origem ilícita da arma. Ademais, rever esse entendimento demandaria, impreterivelmente, revolvimento de matéria fático-probatória, inviável na via eleita (precedentes).*

*V - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, e do artigo 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semiaberto (precedentes).*

*VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do CP (precedentes).*

*VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".*

*VIII - "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" (enunciado nº 718 da Súmula do col. Pretório Excelso).*

*IX - "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 nº 440 da Súmula desta Corte).*

*Habeas corpus não conhecido.*

*Ordem concedida parcialmente de ofício tão somente para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena (HC 343.283/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).*

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o desconto da reprimenda imposta.





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0098152-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 293.509 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001625420128260590 1625420128260590 20130000636602

EM MESA

JULGADO: 09/08/2016

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                 |
|------------|-------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO     |
| ADVOGADO   | : LUÍS CÉSAR ROSSI FRANCISCO - DEFENSOR PÚBLICO |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO    |
| PACIENTE   | : BRUNO MOISES MORAIS DO NASCIMENTO (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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.