



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.073 - SP (2016/0287867-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO DE OLIVEIRA BARBOSA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. DELITOS DE LATROCÍNIO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES EM CONCURSO MATERIAL. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA DE 7 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA REGRA DO CONCURSO FORMAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. REGRA DO CONCURSO MATERIAL MAIS BENÉFICA. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. PENAS-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO ESTABELECIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *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.

– Inexiste interesse de agir em relação ao reconhecimento do concurso formal entre as infrações, na medida em que a eventual aplicação deste instituto ensejaria o aumento da pena do paciente, o que é legalmente vedado, consoante a regra do parágrafo único do art. 70 do Código Penal (concurso material benéfico).

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

– Nos termos da Súmula n. 440/STJ, *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

– Na escolha do regime prisional, o julgador não está absolutamente adstrito ao *quantum* da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde do tipo penal violado.

– Hipótese em que a sentença e o acórdão recorridos limitaram-se a determinar o regime inicial de cumprimento de pena com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e na gravidade abstrata do delito, sem examinar os requisitos constantes do art. 33, § 2º e § 3º, c/c o art. 59, ambos do CP, evidenciando, assim, a coação ilegal.

– Diante do *quantum* de pena aplicado - 7 anos e 8 meses de reclusão -, e tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, tanto que as penas-base foram fixadas no piso legal, é de ser estabelecido o regime inicial semiaberto em favor do paciente. Inteligência do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida *ex officio*, apenas para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena fixada nos autos do processo n. 0002470-58.2015.8.260590.

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

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.073 - SP (2016/0287867-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEONARDO DE OLIVEIRA BARBOSA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo do recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO DE OLIVEIRA BARBOSA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002470-58.2015.8.26.0590).

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática dos crimes previstos nos arts. 157, § 3º, parte final, c/c o 14, inciso II, e 288, parágrafo único, ambos do Código Penal, e art. 244-B do ECA, sobrevivendo condenação apenas pelo crime de latrocínio tentado, ao qual foi aplicada a pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado (fls. 14/25).

Irresignadas, acusação e defesa interpuseram apelações, sendo negado provimento ao recurso defensivo e provido o ministerial, para acrescer à condenação do paciente 1 ano de reclusão pela prática do crime previsto no art. 244-B do ECA, em concurso material, razão pela qual a pena definitivamente aplicada foi estabelecida em 7 anos e 8 meses de reclusão e multa, mantido o regime prisional fechado (fls. 26/36). Segue a ementa do acórdão:

LATROCÍNIO TENTADO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - Suficientes os elementos probatórios a demonstrar a autoria de agente que tentou subtrair, em concurso de pessoas e mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, coisa alheia móvel, realizando disparos contra o ofendido com a referida arma, de rigor o decreto condenatório pelo latrocínio tentado - RECURSO DA DEFESA NÃO PROVIDO.

CORRUPÇÃO DE MENORES - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CRIME FORMAL - De rigor a condenação do réu pelo crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corrupção de menores, tendo em vista se tratar de crime formal, o qual não exige resultado naturalístico, bastando prova da prática delitiva com participação do adolescente - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO.

No presente *mandamus* (fls. 1/10), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois estabeleceu o concurso material entre os delitos, embora a hipótese seja de concurso formal, na medida em que a corrupção decorreu da prática do latrocínio, de forma que um único ato foi praticado com dois resultados diversos. Além disso, afirma ser ilegal a manutenção do regime inicial fechado, pois fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito. Assevera que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao paciente, tanto que as penas-base foram fixadas nos mínimos legais, razão pela qual faz *jus* ao regime intermediário.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que seja reconhecido o concurso formal entre os delitos, redimensionando-se a pena do paciente, além da alteração do regime prisional para o inicial semiaberto.

Pedido liminar indeferido (fls. 42/44).

Informações prestadas às fls. 55/81 e 83/112.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 114/120).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 377.073 - SP (2016/0287867-3)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quart Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa o reconhecimento do concurso formal entre os delitos, redimensionando-se a pena do paciente, além da alteração do regime prisional para o inicial semiaberto.

De pronto, destaco que inexistente interesse de agir em relação ao reconhecimento do concurso formal entre as infrações, na medida em que a eventual aplicação deste instituto ensejaria o aumento da pena do paciente, o que é legalmente vedado, consoante a regra do parágrafo único do art. 70 do Código Penal (concurso material benéfico).

Isso porque, considerando a pena do crime mais grave - latrocínio tentado (6 anos e 8 meses de reclusão) -, verifica-se que a aplicação da regra do cúmulo material, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o acréscimo de pena relativa ao crime menos grave – corrupção de menores (1 ano de reclusão) -, é mais benéfica ao paciente do que a aplicação do concurso formal de crimes, cujo patamar mínimo de aumento é de 1/6 (um sexto).

Assim, enquanto o somatório decorrente do concurso material é de 7 anos e 8 meses de reclusão, a aplicação da fração mínima pelo concurso formal seria de aproximadamente 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, demonstrando, assim, que a aplicação da regra do cúmulo material é mais benéfica ao paciente.

Nessa linha:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. LATROCÍNIO E CORRUPÇÃO DE MENORES. CONCURSO FORMAL. REGRA DA EXASPERAÇÃO. LIMITAÇÃO PELA CONCURSO FORMAL BENÉFICO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

2. O concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, primeira parte), cuja regra para a aplicação da pena é a da exasperação, foi criado com intuito de favorecer o réu nas hipóteses de pluralidade de resultados não derivados de desígnios autônomos, afastando-se, pois, os rigores do concurso material (CP, art. 69). Por esse motivo, o parágrafo único do art. 70 do Código Penal impõe o afastamento da regra da exasperação, se esta se mostrar prejudicial ao réu, em comparação com o cúmulo material. Trata-se, portanto, da regra do concurso material benéfico, como teto do produto da exasperação da pena.

3. In casu, o Tribunal de origem, ao dar provimento ao apelo ministerial e condenar o réu pela prática do crime de corrupção de menores, estabeleceu a pena intermediária do crime de latrocínio em 25 (vinte e cinco) anos, tendo a exasperação do concurso formal com o crime do art. 244-B do ECA culminado na pena de 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. Há, pois, manifesta violação da regra do concurso material benéfico, porquanto a pena máxima em abstrato do crime de corrupção de menores é de 4 (quatro) anos, por conseguinte, esse limite, em tese, seria de 29 (vinte e nove) anos, bastante inferior ao valor auferido.

4. Sob pena de incorrer em supressão de instância, pois a matéria não foi objeto de conhecimento pelas instâncias ordinárias, de rigor a realização por estas da dosimetria do crime do art. 244-B do ECA, para incidência da regra de cálculo do cúmulo material, imposta pelo concurso material benéfico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplique a regra do concurso material benéfico aos crimes de corrupção de menores e latrocínio. (HC 332.087/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 26/10/2016) - grifei.

Prosseguindo, requer a defesa o abrandamento do regime prisional.

Como é cediço, na escolha do regime de cumprimento de pena, o julgador não está absolutamente adstrito ao *quantum* da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo e à gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde do tipo penal violado.

Por outro lado, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso, o sentenciante estabeleceu as reprimendas do delito de latrocínio tentado no mínimo legal de 20 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na segunda fase, a pena não sofreu alteração. Por fim, diante da tentativa, as penas foram reduzidas no patamar máximo de 2/3, alcançando o montante definitivo de 6 anos e 8 meses de reclusão e 3 dias-multa. Na ocasião, foi estabelecido o regime inicial fechado com lastro na seguinte fundamentação (fl. 22):

Por se tratar de crime hediondo, a pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado.

O Tribunal de origem, ao julgar os apelos defensivos e ministerial, acresceu à condenação do paciente 1 ano de reclusão pela prática do crime previsto no art. 244-B do ECA, em concurso material, razão pela qual a pena corporal definitivamente aplicada foi estabelecida em 7 anos e 8 meses de reclusão, mantido o regime prisional fechado com lastro na seguinte fundamentação (fl. 36):

O regime prisional inicial fechado revela-se pertinente, em face da gravidade do crime, que tanto intranquiliza a sociedade, e da periculosidade concreta de quem o pratica, fatores que exigem resposta enérgica, com a qual não é compatível solução mais branda.

Infere-se que, no caso, a sentença e o acórdão recorridos limitaram-se a determinar o regime inicial de cumprimento de pena com base no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e na gravidade abstrata do delito, sem examinar os requisitos constantes do art. 33, § 2º, b, e § 3º, c/c o art. 59, do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a análise favorável das circunstâncias judiciais.

Registre-se que, na espécie, o paciente, primário, teve as penas-base fixadas no piso legal e, como se depreende dos trechos acima transcritos, o regime fechado foi estabelecido sem base em elementos concretos extraídos dos autos, atraindo, assim, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do já mencionado enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

Portanto, diante do *quantum* de pena aplicado - 7 anos e 8 meses de reclusão -, e tendo sido consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tanto que as penas-base foram fixadas no piso legal, vislumbra-se constrangimento ilegal na imposição do regime mais gravoso para o cumprimento de pena sem fundamentação efetiva, de modo que, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do CP, modifico o regime prisional do paciente para o inicial semiaberto.

Nessa linha:

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.

(...)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal - CP.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 293.509/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016)

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo a ordem de ofício**, apenas para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena fixada nos autos do processo n. 0002470-58.2015.8.260590.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0287867-3

HC 377.073 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024705820158260590 24705820158260590 5362014

EM MESA

JULGADO: 16/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RICARDO DE SANT' ANNA VALENTI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEONARDO DE OLIVEIRA BARBOSA
CORRÉU	: JONATHAN MACEDO DE ALBUQUERQUE

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

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.