



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.444 - SP (2016/0321431-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL SILVA DE CASTRO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE RECLUSÃO DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– *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.

– No caso dos autos, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final ter sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas em elementos inerentes ao próprio tipo penal, e no fato de o paciente estar preso por outro processo, ainda em curso, fundamento igualmente inidôneo. Incidem, ao caso, assim, os referidos enunciados sumulares.

– *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar regime inicial aberto.

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 "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 381.444 - SP (2016/0321431-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL SILVA DE CASTRO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de DANIEL SILVA DE CASTRO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao julgar a Apelação Criminal n. 0009549-50.2015.8.26.0635.

Consta dos autos que o paciente foi condenado às penas de 4 anos de reclusão, em regime fechado, e 10 dias-multa, como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal (fls. 19/27).

Inconformada, apelou a defesa e o Tribunal de origem negou provimento ao recurso (fls. 9/18), em acórdão que traz a seguinte ementa:

APELAÇÃO ROUBO Materialidade e autoria delitivas nitidamente demonstradas nos autos Relevância probatória das palavras da vítima Reconhecimento pessoal em ambas as sedes Palavras dos policiais militares Depoimentos que se revestem de fé pública Condenação de rigor Pena e regime fechado corretamente fixados Sentença mantida Recurso defensivo desprovido.

Neste *writ*, sustenta a impetrante haver constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado, ante a ausência de fundamentação concreta para a imposição de regime mais rigoroso que o previsto para a pena aplicada, por entender incidirem ao caso os enunciados 440 da Súmula desta Corte e 718 e 719 da Súmula do STF.

Requer, liminarmente e no mérito, estabelecimento do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 40/41).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

102/105).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 381.444 - SP (2016/0321431-0)

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, Quarta 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.

Busca-se a fixação do regime inicial aberto.

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 nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 dos autos, o paciente, primário, teve a pena-base fixada no piso mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a qual foi mantida na segunda e na terceira fases, resultando em uma pena de 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

O regime inicial fechado foi determinado aos seguintes fundamentos pela sentença condenatória:

Fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda corporal, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea a, do Código Penal, ante a gravidade do delito e o montante de pena aplicado, aliado, ainda, ao fato de não ser a primeira vez em que o acusado se envolve com práticas delituosas (fl. 25).

O Tribunal revisor, por sua vez, manteve o regime inicial fechado, por entender que:

O regime fixado para início do cumprimento da pena foi o fechado. É verdade que em face da quantidade de pena aplicada o réu, por si só, permitiria a concessão de regime inicial mais brando, consoante o artigo 33, parágrafo 2º, alínea "b", do Código Penal. Todavia, não se pode esquecer que o disposto no parágrafo 3º do mesmo diploma legal, segundo o qual a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do Código Repressivo, ou seja, estabelece que o Magistrado na dosimetria da pena, deve atentar à culpabilidade, aos antecedentes, a conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime, para que a sanção seja necessária para a reprovação e prevenção do delito.

Assim, apesar do réu ser primário e a fixação da pena-base ser no mínimo legal, o regime inicial fechado é o único compatível com a natureza e o grau de lesividade do delito de roubo, eis que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislador, ao criar o parágrafo 3º, do artigo 33, do Código Penal, deixou ao Juiz espaço para, dentro da realidade vigente, dosar a pena e fixar o regime de cumprimento de forma que possam ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, pois caso contrário tal parágrafo não existiria.

Ademais, o roubo é crime cuja gravidade não se discute, que vem nos dias que correm causando grande inquietação na sociedade em geral, hoje até mesmo em cidades de menor porte, desvelando, ademais, a periculosidade de seus agentes, tudo, enfim, a exigir regime prisional mais severo.

[...]

Ressalte-se, por fim, que o agente que se dá à prática de delito de roubo, cometido mediante grave ameaça e emprego de simulacro de arma de fogo, demonstra possuir personalidade distorcida e periculosidade, o que não recomenda a adoção de regime mais brando, eis que implicaria, na verdade, em um incentivo a subtração de coisa alheia móvel, mediante grave ameaça ou violência à pessoa.

Tanto é que no presente caso, além de não ser a primeira vez que se envolve em delitos, o acusado chegou a confirmar informalmente aos policiais que praticou o roubo, certamente por acreditar em sua impunidade, demonstrando personalidade perigosa, enraizada no mundo marginal, e recomendando maior rigor por parte do Estado, para que a pena seja suficiente para a repressão e prevenção do delito (fls. 16/18).

Verifica-se, assim, que o regime fechado, mais gravoso que o previsto em lei para o *quantum* de pena fixado ao paciente, foi determinado sem fundamentação concreta. Seguindo o entendimento desta Corte, a mera referência genérica, pelo Tribunal *a quo*, à violência empregada no delito de roubo não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo.

Aplicável ao caso o disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

Ademais, conforme entendimento firmado pela jurisprudência desta Tribunal, *o fato de o réu responder a outras ações penais não justifica, por si só, o recrudesimento do regime prisional*. Confira-se o seguinte precedente:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MAUS ANTECEDENTES. SÚMULA/STJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

444. *FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. PENA-BASE REDUZIDA AO PISO LEGAL. REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.*

1. *Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

2. *A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.*

3. *A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

4. *Considerando ter sido consignado pelas instâncias ordinárias que inexistia condenação transitada em julgado em desfavor do réu, em que pese o fato dele responder a outras ações penais, o aumento da pena-base a título de maus antecedentes carece de fundamentação idônea. Diante disso, deve a pena-base ser estabelecida no piso legal, pois as demais circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas.*

5. ***Os fundamentos genéricos utilizados do decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.***

6. ***Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas ao crime de roubo, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito. De igual modo, o emprego de arma branca***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na senda criminosa e o fato de o réu responder a outras ações penais não justifica, por si só, o recrudescimento do regime prisional.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar a pena em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, bem como o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em regime mais severo (HC 365.268/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 25/11/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício para fixar o regime inicial aberto, com fundamento no art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0321431-0

HC 381.444 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00095495020158260050 00095495020158260635 113492015 20160000613151 512016
95495020158260050 95495020158260635

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	: FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DANIEL SILVA DE CASTRO

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.