



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.832 - SP (2015/0157117-3)

RELATOR	: MINISTRO GURGEL DE FARIA
IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUIZ OTAVIO CONTIM FERRATTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ERICA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: VANDEILDO PEDRO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: LUIS HENRIQUE DA SILVA PEREIRA (PRESO)
PACIENTE	: CARLOS ROBERTO DA SILVA FILHO (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO EM RELAÇÃO AOS PACIENTES NÃO REINCIDENTES.

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 decreto de prisão antes do trânsito em julgado da condenação, por afetar o *status libertatis*, deve ser determinado, diante de sua excepcionalidade e do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, somente nos casos em que a segregação do réu seja indispensável, observados os termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Hipótese em que a prisão dos pacientes foi decretada pela Corte de origem sem qualquer justificativa idônea, baseando-se apenas no fato de que estavam encerradas as vias recursais ordinárias. Observa-se a ocorrência de constrangimento ilegal, tendo em vista que o Tribunal *a quo* atribuiu à prisão caráter de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4. Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou a compreensão de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito. Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, sendo firme a orientação da Quinta Turma deste Tribunal, com a ressalva do ponto de vista do relator, no sentido de que o emprego de arma de fogo na empreitada criminosa, por si só, não autoriza o estabelecimento do regime fechado,.

5. *In casu*, a fixação do regime mais gravoso para início do cumprimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena fundamentou-se tão somente em considerações abstratas sobre a gravidade do crime praticado, sem indicação de elemento concreto de que a conduta dos acusados transcendeu a gravidade inerente ao tipo penal a eles imputados. Inteligência do art. 33, § 2º, "b", do CP para reconhecer o regime semiaberto aos pacientes não reincidentes.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que todos os pacientes possam aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, salvo se por outro motivo estiverem presos, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da segregação cautelar, se concretamente demonstrada sua necessidade, ou de imposição de medida a ela alternativa, nos termos do art. 319 do CPP e para estabelecer o regime inicial semiaberto aos pacientes não reincidentes.

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

Brasília, 02 de fevereiro de 2016 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.832 - SP (2015/0157117-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ERICA DA SILVA, VANDEILDO PEDRO DA SILVA, LUIS HENRIQUE DA SILVA PEREIRA e CARLOS ROBERTO DA SILVA FILHO, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que os pacientes foram condenados à pena de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de multa, pela prática do delito tipificado no art. 157, § 2º, I e II, por duas vezes, na forma do art. 70, ambos do Código Penal, sendo-lhes concedido o direito de responder em liberdade (e-STJ fls. 117/125).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor dos acusados (e-STJ fls. 15/23).

No presente *writ*, a impetrante alega a existência de constrangimento ilegal, porquanto o Tribunal de origem determinou a prisão preventiva sem qualquer fundamentação, destacando que a condenação não autoriza, por si só, a custódia.

Sustenta, ainda, que a pena-base foi fixada para todos os pacientes no mínimo legal e que não foi apresentado fundamento que justifique a aplicação de regime mais gravoso.

Requer, em síntese, a revogação da prisão preventiva e a determinação do regime inicial aberto para o início do cumprimento da reprimenda (e-STJ fls. 1/10).

Liminar indeferida pela em. Ministra Laurita Vaz no exercício da Presidência do Tribunal (e-STJ fls. 50/53).

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora (e-STJ fls. 63/108) e pelo juízo de primeira instância (e-STJ fls. 115/167).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *mandamus*, mas pela concessão parcial da ordem, de ofício, para assegurar aos pacientes o direito de recorrerem em liberdade (e-STJ fls. 172/180).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.832 - SP (2015/0157117-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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.

Como é cediço, a prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

Além disso, a segregação antecipada deve estar concretamente fundamentada, pois a a Suprema Corte firmou entendimento de que "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP" (HC 84.078/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Pleno, DJe 26/2/2010).

Sendo assim, cabe ao julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Penal, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos.

In casu, o juízo sentenciante facultou aos pacientes o direito de recorrerem em liberdade (e-STJ fl. 125), porém o Tribunal *a quo*, ao negar provimento ao apelo defensivo, determinou a custódia preventiva à base da seguinte fundamentação (e-STJ fl. 23):

No mais, para atender o disposto pelo artigo 617 do Estatuto do Rito, registro que CARLOS ROBERTO, ERICA, VANDEILDO PEDRO e LUIS HENRIQUE, a quem foram concedidos a possibilidade de recorrer em liberdade, precisam ser agora segregados, a fim de que não restem frustradas as finalidades que, modernamente, se atribui à sanção criminal, quais sejam, a prevenção do crime – geral e especial – e a ressocialização do delinquente, preponderando sobre o caráter meramente retributivo da reprimenda.

Nesse sentido, "mantida a sentença condenatória contra a qual a ré apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau determina se expeça" (JSTF 257/349).

Verifica-se que a prisão dos pacientes foi decretada pela Corte de origem sem qualquer justificativa idônea, baseando-se apenas no fato de que estavam encerradas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as vias recursais ordinárias.

Dessa forma, observa-se a efetiva ocorrência de constrangimento ilegal, tendo em vista que o Tribunal *a quo* atribuiu à prisão caráter de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes desta Casa de Justiça:

HABEAS CORPUS. ROUBO. PACIENTE QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA APÓS O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO ART. 312 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DESRESPEITO AO PACÍFICO ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (*periculum libertatis*), à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal (CPP).

2. A prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar. Isso significa dizer que o Tribunal não está livre do esforço judicial para externar motivação consistente e irreprochável quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão (Precedentes do STF e do STJ).

3. No caso vertente, verifico que o relator do acórdão ora impugnado não apresentou nenhuma das motivações constantes do art. 312 do CPP, porquanto se limitou a determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público.

4. Em verdade, desde o julgamento do HC n. 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a vedar a execução provisória da pena, que até então ocorria após o julgamento dos recursos ordinários, perante os tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais. Admitia-se tal interpretação por obediência estrita à letra do art. 637 do CPP, que confere efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário (e, por extensão, ao especial).

5. Assim, soa desarrazoado e injustificável que, anos após a publicação desse acórdão ao qual já se seguiram tantos outros, em igual sentido, se persista na adoção de um entendimento que não se compatibiliza com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição da República, no que diz com a presunção de inocência, positivada no art. 5º, LVII.

6. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativas desse jaez, que apenas consagram uma rebeldia estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários, a partir da qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao STF a interpretação da Constituição da República.

7. *Habeas corpus* concedido para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da segregação cautelar, se concretamente demonstrada sua necessidade, ou de imposição de medida a ela alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. (HC 305.315/RJ, Rel. Min. ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 22/6/2015)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA E APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO. PRISÃO DETERMINADA PELA CORTE A *QUO*. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS MOTIVOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. EXEGESE DO ART. 5.º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, em razão do disposto no inciso LVII do art. 5.º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

2. Tratando-se de paciente que permaneceu em liberdade durante toda a instrução criminal e foi absolvido pelo Juízo singular, resta caracterizado o constrangimento ilegal quando o Tribunal impetrado ordena a prisão cautelar antes do trânsito em julgado sem indicar os motivos concretos pelos quais, após o provimento do apelo ministerial, seria necessário o recolhimento do apenado ao cárcere, à luz do art. 312 do CPP.

3. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que nova ordem de segregação seja proferida caso se afigurem presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP. (HC 311.195/RJ, rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 7/4/2015).

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, no caso dos autos, a pena-base foi fixada para todos os pacientes no mínimo legal e apenas o paciente Luis Henrique teve a pena agravada pela incidência do art. 65, I, do Código Penal, posteriormente compensada com a atenuante da confissão (e-STJ fl. 122).

O juízo sentenciante justificou o regime inicial do cumprimento da pena nos seguintes termos (e-STJ fl. 124):

Diante da gravidade do crime, a pena aplicada, o atrevimento e a frialdade, o regime inicial e adequado ao cumprimento da pena será o fechado.

O Tribunal de origem confirmou a sentença, destacando (e-STJ fls. 122/123):

No mais, tratando-se de roubo, a opção pelo regime inicial fechado é mesmo a mais adequada.

Aliás, pouco importa que o roubo seja simples ou qualificado, consumado ou tentado: em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o comete.

Todos sabem que são, precisamente, as características da personalidade do criminoso e a natureza do delito praticado que devem ditar a espécie de reprimenda a ser aplicada e, no caso de aplicação de reprimenda carcerária, o regime inicial do cumprimento da pena. Em outras palavras, para crimes menos graves, reprimendas mais brandas, como as restritivas de direitos e as pecuniárias, cumulativamente, ou não; para crimes mais graves, reprimendas mais severas, como as carcerárias, cumulativas com as pecuniárias, ou não. E, em ambos os casos, a maior ou menor periculosidade do criminoso tem que ser levada em conta. É isto o que diz a Doutrina, o que estabelece a Lei e o que recomenda o bom senso.

Então, se o agente criminoso cometeu delito grave e possui sérias falhas de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

personalidade, obviamente não pode permanecer na rua, terá que ser segregado. E, como a natureza não dá saltos, também essa terapêutica penal terá que se iniciar, naturalmente, pelo regime mais rigoroso, passar pelo intermediário e, finalmente, terminar no mais brando. Nos delitos de, digamos, média gravidade, o criminoso, sabidamente, pode iniciar o desconto da pena carcerária no regime semiaberto.

Em suma, desta forma, as três finalidades da pena – neutralização do criminoso, desencorajamento dos potenciais delinquentes e restabelecimento do equilíbrio social – estarão satisfeitas.

Esta Corte de Justiça, considerando as diretrizes dos arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, firmou compreensão de que, tratando-se de réu primário e fixada a pena-base no mínimo legal, mostra-se defesa a estipulação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a sanção corporal aplicada, com base em considerações abstratas sobre a gravidade do delito.

Sobre o tema, este Tribunal Superior editou a Súmula 440, com a seguinte redação: "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 são as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

Ressalto, ainda, que a Quinta Turma deste Tribunal, na sessão de julgamento de 28/4/2015, ao apreciar os *habeas corpus* n. 269.495/SP, 229.980/SP e 304.634/SP, entre outros, por maioria de votos, ressalvado o meu ponto de vista, firmou orientação de que o emprego de arma de fogo na empreitada criminosa, por si só, não acarreta o estabelecimento do regime prisional mais gravoso, notadamente, se as circunstâncias do art. 59 do Código Penal forem todas favoráveis ao acusado.

In casu, nota-se, pelos fragmentos citados, que a fixação do regime mais gravoso para início do cumprimento da pena fundamentou-se tão somente em considerações abstratas sobre a gravidade do crime praticado, sem indicação substancial de elemento concreto de que a conduta dos pacientes transcendeu a gravidade inerente ao tipo penal a eles imputados.

Assim, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, não há registro de reincidência e a pena privativa final foi estabelecida em 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, entendo que os pacientes ERICA DA SILVA, VANDEILDO PEDRO DA SILVA e CARLOS ROBERTO DA SILVA FILHO, fazem jus ao regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Em relação ao paciente LUIS HENRIQUE DA SILVA PEREIRA, não verifico nenhum constrangimento ilegal quanto à fixação do regime inicial fechado, uma vez que o juízo sentenciante reconheceu que o paciente é reincidente (e-STJ fl. 122), situação que pode ser confirmada pela sua folha de antecedentes criminais (e-STJ fls. 96/103).

Diante de todo o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO a ordem, de ofício, para que todos os pacientes possam aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, salvo se por outro motivo estiverem presos, sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da segregação cautelar, se concretamente demonstrada sua necessidade, ou de imposição de medida a ela alternativa, nos termos do art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

319 do CPP. Também CONCEDO a ordem, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto aos réus ERICA DA SILVA, VANDEILDO PEDRO DA SILVA e CARLOS ROBERTO DA SILVA FILHO.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0157117-3

HC 328.832 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00002509420108260127 2509420108260127

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: LUIZ OTAVIO CONTIM FERRATTO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ERICA DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: VANDEILDO PEDRO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE	: LUIS HENRIQUE DA SILVA PEREIRA (PRESO)
PACIENTE	: CARLOS ROBERTO DA SILVA FILHO (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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.