



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.164 - SP (2014/0335403-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO ANDRADE DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Tratando-se de paciente, primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos de reclusão e que não exceda a 8 (oito), é cabível o regime inicial semiaberto, consoante dispõe o art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, do Código Penal. Precedentes.

3. No caso, os motivos apontados pelo Tribunal impetrado para fixar o regime mais rigoroso não desbordam do tipo penal incriminador do crime de roubo com causas de aumento. Além disso, as circunstâncias judiciais dos dois apelantes, primários, foram consideradas favoráveis, tanto que as penas-base foram reduzidas pela própria Corte revisora para o piso legal. Incidência do enunciado n. 440 da Sumula desta Corte.

4. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente, nos autos da Ação Penal n. 0064934-60.2013.8.26.0050, da 25ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.164 - SP (2014/0335403-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RONALDO ANDRADE DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RONALDO ANDRADE DE OLIVEIRA em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito de roubo majorado (e-STJ fls. 8/10). Processada a ação penal, o réu foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e pagamento de 13 (treze) dias-multa (e-STJ fls. 46/55).

Inconformada, a defesa recorreu da sentença postulando o reconhecimento da forma tentada e o abrandamento do regime prisional. O Tribunal revisor, contudo, negou provimento ao recurso, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 85).

ROUBO QUALIFICADO – Insuficiência probatória – Inadmissibilidade – Parcial confissão judicial – Apreensão de parte da res furtiva em poder dos agentes – Seguro e reiterado reconhecimento efetuado por vítimas idôneas – Afastamento da qualificadora do concurso de agentes – Impossibilidade – Conjugação de esforços e divisão de tarefas bem delineadas pela idônea prova oral – Tentativa – Inocorrência – Ausência de recuperação integral da res furtiva – Critério dosimétrico alterado – Pena e regime prisional mantidos – Recursos desprovidos.

No presente *habeas corpus*, a Defensoria Pública aponta equívoco na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, tendo em vista ser o paciente primário e a reprimenda fixada entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos, o que justificaria a aplicação do regime inicial semiaberto. Argumenta que a modalidade mais rigorosa foi estabelecida com base



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apenas na gravidade abstrata do crime de roubo, descumprindo o enunciado sumular n. 718 Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, seja fixado o modo semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 96/97).

As informações foram dispensadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* ou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 115/119).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 312.164 - SP (2014/0335403-0)

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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015)

EMENTA 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 nº 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, jul. 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.

Em que pese o parecer ministerial pela manutenção da decisão impugnada, entendo haver constrangimento ilegal no estabelecimento do regime inicial mais rigoroso.

Colhe-se da sentença que o Juiz sentenciante fixou a pena-base acima do piso legal, em 5 (cinco) anos, reduzida para o mínimo, na segunda fase, em razão da incidência das atenuantes da confissão espontânea e menoridade penal relativa. No último estágio,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exasperou na razão de 1/3 (um terço) em razão da majorante do crime de roubo (concurso de agentes), tornando definitiva a reprimenda de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa. Na sequência, estabeleceu o regime inicial fechado, mediante o seguinte fundamento (e-STJ fl. 54):

As circunstâncias judiciais do art. 59 do CP foram consideradas desfavoráveis aos sentenciados. Revelaram-se criminosos violentos e voltados à prática de roubos subsequentes. Não comprovaram a contento vínculo com o distrito da culpa ou mesmo o exercício de regular labor. Pelo princípio da suficiência, iniciarão o cumprimento das penas privativas de liberdade no regime fechado. A prática do roubo, em face das duas vítimas, exige do Estado repressão e punição rigorosas. Delitos dessa espécie têm gerado a inquietude de trabalhadores, famílias e da Sociedade como um todo, sendo que o regime prisional aplicado traduz o meio mais eficaz e correto para uma resposta social mais efetiva em relação à criminalidade. A concessão do semiaberto, nos casos onde a periculosidade do agente é evidente, equivale a uma autêntica impunidade e num incentivo injustificável para a prática de outras infrações (RJTACRIM 10/115).

O Tribunal revisor, por sua vez, afastou o aumento aplicado na primeira fase da dosimetria, contudo, manteve o regime mais rigoroso, consignando (e-STJ fl. 88):

Preserva-se o regime inicial fechado diante da gravidade concreta do fato, praticado por ao menos três indivíduos, contra duas vítimas, a demonstrar maior grau de preparação e audácia de seus agentes, que, associados a outro(s) indivíduo(s) não identificado(s), faziam uso de veículo automotor para a abordagem de indefesos transeuntes, circunstância que impossibilitou a recuperação integral dos bens dos ofendidos, que suportaram prejuízos (fl. 133).

Não se desconhece que a fixação do regime inicial não está atrelado, necessariamente, a quantidade de pena imposta. Todavia, no presente caso, os motivos apontados pelo Tribunal impetrado para manter o modo mais rigoroso – roubo praticado por 3 (três) indivíduos, contra duas vítimas, transeuntes indefesos, com audácia, fazendo uso de um veículo – não desbordam do tipo penal incriminador do crime de roubo com causa de aumento, sequer foram valoradas no procedimento de individualização da pena. Além disso, todas as circunstâncias judiciais dos dois apelantes, entre eles o ora paciente, foram consideradas favoráveis, tanto que as penas-base foram reduzidas pela própria Corte revisora para o piso legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Efetivamente, a despeito de a sanção final imposta ao paciente ter sido estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, o Tribunal não apontou fundamentação concreta apta a justificar a manutenção do regime prisional mais rigoroso, atraindo a aplicação do enunciado n. 440 da Sumula desta Corte:

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.

Assim, tratando-se de paciente, primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos de reclusão e que não excede a 8 (oito), é cabível o regime inicial semiaberto, consoante dispõe o art. 33, § 2º, *b* e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO QUALIFICADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ART. 33 DO CP.

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. **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. Inteligência da Súmula 440 do STJ.**

3. **In casu, as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação idônea, estabelecendo o regime inicial fechado com base "no grau de reprovabilidade do crime de roubo".**

[...]

5. **Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do CP.** (HC n. 302.784/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 5/5/2015, DJe 20/5/2015)

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de apelação criminal, manteve a decisão de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, com fundamento na gravidade em abstrata do delito.

IV - Contudo, o Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "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".

V - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como por se tratar de indivíduo primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, é o semiaberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. (HC n. 309.747/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 12/2/2015, DJe 3/3/2015)

[...]

7. As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na "personalidade agressiva" do réu, na gravidade genérica do delito cometido e nos malefícios gerados pelo crime de roubo à sociedade como um todo, sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o modus operandi, a potencialidade lesiva de arma, ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

8. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena. (HC n. 294.159/SP, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 24/3/2015, DJe 6/4/2015)

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente, nos autos da Ação Penal n. 0064934-60.2013.8.26.0050, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

E o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0335403-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 312.164 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00649346020138260050 12482013 20140000387540 649346020138260050

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ISABELA VELOSO MONREAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RONALDO ANDRADE DE OLIVEIRA (PRESO)
CORRÉU	: IVANDRO PAULO CLEMENTE

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.