



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.775 - SP (2016/0191900-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ ANTONIO ALVES DE OLIVEIRA
PACIENTE : ANTONIO ALVES DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. INSURGÊNCIA DEFENSIVA CONTRA O REGIME ESTABELECIDO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PLEITO PREJUDICADO EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES, ANTE A CONCESSÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. *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.

– Segundo o enunciado n. 440 da Súmula 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*. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

– Esta Quinta Turma, na sessão de 28/4/2015, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 269.495/SP, por maioria de votos, firmou entendimento no sentido de que o emprego de arma de fogo no crime de roubo, 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.

– A mera referência genérica, pelo Tribunal *a quo*, à violência empregada no delito de roubo, sem o cotejo com um *modus operandi* que haja destoado do tipo penal violado, a evidenciar a gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreta do crime, não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo penal.

– Sendo o paciente primário, com a pena-base fixada no mínimo legal e considerando que a pena aplicada é superior a 4 e não excede a 8 anos de reclusão, o regime adequado é o semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

– Concedido livramento condicional em favor de um dos pacientes, o pleito de abrandamento do regime encontra-se prejudicado, ante a perda do objeto.

– *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem de ofício, para fixar em favor do paciente ANTÔNIO ALVES DOS SANTOS o regime inicial semiaberto, julgando, ainda, prejudicado o *writ* em relação ao paciente JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA.

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 para fixar em favor do paciente ANTÔNIO ALVES DOS SANTOS o regime inicial semiaberto e julgar prejudicado o *writ* em relação ao paciente JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.775 - SP (2016/0191900-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ ANTONIO ALVES DE OLIVEIRA
PACIENTE : ANTONIO ALVES DOS SANTOS

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, substitutivo de recurso próprio, impetrado em favor de JOSÉ ANTONIO ALVES DE OLIVEIRA e ANTONIO ALVES DOS SANTOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0008456-32.2013.8.26.0050).

Consta dos autos que os ora pacientes foram condenados às penas de 5 anos e 4 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 13 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (fls. 7/14).

A Defesa apelou e o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, consoante acórdão acostado às fls. 15/20.

No presente *writ*, a defesa alega que, sendo os pacientes primários e condenados à pena inferior a 8 anos, o regime inicial semiaberto impõe-se, pois *a gravidade do delito não pode ser tomada para a escolha pelo regime mais gravoso* (fl. 02).

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, para que seja fixado o regime semiaberto em favor dos pacientes.

Pedido liminar indeferido (fls. 29/31).

Informações prestadas às fls. 38/54.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela perda do objeto, em relação ao paciente JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA e, no tocante ao paciente ANTÔNIO ALVES DOS SANTOS, pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 60/63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 363.775 - SP (2016/0191900-0)

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.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a fixação do regime inicial semiaberto em favor dos pacientes.

De pronto, vale consignar que, em favor do paciente JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA, consoante informações prestadas pelo Tribunal de origem (fls. 38/39), foi concedido livramento condicional desde 24/2/2015, encontrando-se prejudicado o pleito de abrandamento do regime, ante a perda do objeto.

Prosseguindo, como é cediço, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na primariedade do acusado e na gravidade efetiva do delito, evidenciada esta última pelo *modus operandi* do crime.

Nessa linha, foi editada a Súmula n. 440/STJ, segundo a 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 na gravidade abstrata do delito.*

Na mesma esteira, há os enunciados n. 718 e n. 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam, respectivamente:

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, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do delito de roubo majorado, fixou as penas e o regime dos pacientes nos seguintes moldes (fl. 13):

Desta forma, caracterizado o crime, passo a dosar as penas. Os réus são primários, razão pela qual fixo a pena-base no mínimo legal, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa, no valor unitário mínimo, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos (art. 49. § 1º, do Código Penal), em razão da situação econômica do réus. Em razão da causa de aumento do inciso II, do artigo 157, § 2º. do Código Penal, elevo a pena aplicada de 1/3, chegando à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. em seu valor unitário mínimo. Ante a ausência de outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição a serem apreciadas, torno a pena acima fixada como definitiva. (...) Diante da gravidade do crime cometido, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. único adequado para aqueles que - como no caso sob trato - cometem roubo qualificado, um dos crimes que mais perturba a paz pública nos dias que correm e que merece, bem por isso, severa resposta por parte do Poder Judiciário. Ademais, tudo indica que se os réus retornarem de imediato ao convívio social voltarão a delinquir, argumento que reforça a aplicação do regime fechado como inicial de cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal local, ao negar provimento ao apelo defensivo, manteve o regime fechado com lastro na seguinte fundamentação (fl. 20):

Quanto ao regime prisional fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, por se tratar no caso de roubo qualificado pelo concurso de agentes e com emprego de simulacro de arma de fogo, o que certamente amedronta e apavora a vítima, retirando-lhe a possibilidade de resistência, não se vislumbra a aplicação de regime menos restritivo do que o fechado, dados os contornos de gravidade diferenciada do crime, da angústia difusa e do sentimento generalizado de insegurança social provocado pela criminalidade patrimonial violenta. Daí, entende-se como adequado para a hipótese em tela o regime prisional fixado pela r. sentença para início do cumprimento da reprimenda aplicada.

Por oportuno, vale consignar que esta Quinta Turma, na sessão de 28/4/2015, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 269.495/SP, por maioria de votos, firmou entendimento no sentido de que o emprego de arma de fogo no crime de roubo, 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.

No caso, pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que, mesmo com a fixação da pena-base no o mínimo legal e estabelecida a fração mínima de aumento pela majorante do roubo, o regime inicial fechado foi estabelecido sem fundamentação concreta.

Isso porque a mera referência genérica, pelas instâncias de origem, à violência empregada no delito de roubo, sem o cotejo com um *modus operandi* que haja destoado do tipo penal violado, a evidenciar a gravidade concreta do crime, não constitui motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, uma vez que se trata de situação prevista no próprio tipo penal.

Assim, patente a violação do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, pois, na falta de fundamentação concreta, se o condenado é primário, as circunstâncias judiciais não foram valoradas desfavoravelmente e a pena aplicada é inferior a 8 anos de reclusão, o regime legal cabível é o semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. O Tribunal local entendeu devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica do delito cometido, sem, no entanto, haver apontado nenhum elemento concreto dos autos que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

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

4. Recurso parcialmente provido apenas para fixar o regime semiaberto para início do cumprimento da pena. (REsp 1440149/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 15/12/2015) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. REDISTRIBUIÇÃO DO RECURSO PARA CÂMARA EXTRAORDINÁRIA CRIMINAL DO TJ/SP. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA RESOLUÇÃO DO TJ/SP QUE INSTAURA AS CÂMARAS EXTRAORDINÁRIAS CRIMINAIS RECONHECIDA PELO STF E PELO CNJ. DOSIMETRIA. QUANTUM DA MAJORAÇÃO NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA FIXADO NA FRAÇÃO DE 3/8 (TRÊS OITAVOS). MOTIVAÇÃO ADEQUADA APRESENTADA EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO DEFENSIVA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. MANTIDA A PENA DETERMINADA NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE DE NOVA PONDERAÇÃO DOS FATOS. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO EM RAZÃO DA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ILEGALIDADE. REGIME SEMIABERTO ADEQUADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

VII - Observados os requisitos constantes do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, e do 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 ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, impõe-se a fixação do regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta. (HC 354.234/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016) - grifei.

Ante o exposto, **não conheço do *habeas corpus***. Contudo, **concedo a ordem de ofício**, para fixar em favor do paciente ANTÔNIO ALVES DOS SANTOS o regime inicial semiaberto, julgando, ainda, prejudicado o writ em relação ao paciente JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0191900-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 363.775 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0008456322013 00084563220138260050 20150000896023 2282013 8456322013
84563220138260050 8732013

EM MESA

JULGADO: 20/09/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : VIVIAN MARIA LOPES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ ANTONIO ALVES DE OLIVEIRA
PACIENTE : ANTONIO ALVES DOS SANTOS

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 para fixar em favor do paciente ANTÔNIO ALVES DOS SANTOS o regime inicial semiaberto e julgou prejudicado o writ em relação ao paciente JOSÉ ANTÔNIO ALVES DE OLIVEIRA."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.