



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.949 - SP (2011/0069892-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANTÔNIO CARLOS ALVES BRASIL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO HENRIQUE BELTRÃO DE OLIVEIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, NA FORMA TENTADA. CONDENAÇÃO EM AMBAS AS INSTÂNCIAS. PEDIDO DE APELO EM LIBERDADE PREJUDICADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO). IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N.º 440/STJ E 718/719/STF. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO COMO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, na esteira dos referidos julgados, mostra-se possível, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

3. Paciente condenado, em ambas as instâncias, à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal.

4. Com a superveniência do acórdão que julgou a apelação defensiva, o pedido de apelo em liberdade resta prejudicado.

5. A questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes por este Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, "[f]ixada 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".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, o *quantum* total da reprimenda (um ano e nove meses de reclusão) indica que o Paciente deve iniciar o cumprimento de pena no regime aberto.

7. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade não merece guarida, pois o crime de roubo, por definição, implica violência ou grave ameaça à pessoa, não estando preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, parte final, do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente prejudicada, e, no mais, não conhecida. Ordem concedida de ofício tão-somente para fixar o regime aberto como regime inicial de cumprimento de pena, nos termos da liminar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, não o conhecer e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 21 de maio de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.949 - SP (2011/0069892-0)

IMPETRANTE : ANTÔNIO CARLOS ALVES BRASIL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCELO HENRIQUE BELTRÃO DE OLIVEIRA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCELO HENRIQUE BELTRÃO DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no *writ* originário n.º 0502082-98.2010.8.26.0000, sem ementa disponível.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade.

Informa que, contra a referida decisão, impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal *a quo*. A Corte, alegando tratar-se de revolvimento de conteúdo fático, não conheceu dos pedidos para modificar o regime prisional fixado na sentença e para substituir a pena privativa de liberdade, denegando, no mais, a ordem quanto ao pleito de apelo em liberdade.

Sustenta na presente impetração, em síntese, (i) o direito ao benefício de apelo em liberdade; (ii) a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena reclusiva, pois a pena-base foi estabelecida no mínimo legal; e (iii) o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi parcialmente deferido às fls. 54/55, tão-somente para determinar, até o julgamento final deste *writ*, a colocação do Paciente no regime inicial aberto, aplicando-se-lhe as regras pertinentes.

As informações do Tribunal de origem foram prestadas às fls. 68/91.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 201.949 - SP (2011/0069892-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTES SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, NA FORMA TENTADA. CONDENAÇÃO EM AMBAS AS INSTÂNCIAS. PEDIDO DE APELO EM LIBERDADE PREJUDICADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO). IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N.º 440/STJ E 718/719/STF. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO COMO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, na esteira dos referidos julgados, mostra-se possível, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

3. Paciente condenado, em ambas as instâncias, à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal.

4. Com a superveniência do acórdão que julgou a apelação defensiva, o pedido de apelo em liberdade resta prejudicado.

5. A questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes por este Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, "[f]ixada 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".

6. Fixada a pena-base no mínimo legal, o *quantum* total da reprimenda (um ano e nove meses de reclusão) indica que o Paciente deve iniciar o cumprimento de pena no regime aberto.

7. O pedido de substituição da pena privativa de liberdade não merece



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garida, pois o crime de roubo, por definição, implica violência ou grave ameaça à pessoa, não estando preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, parte final, do Código Penal.

8. Ordem de *habeas corpus* parcialmente prejudicada, e, no mais, não conhecida. Ordem concedida de ofício tão-somente para fixar o regime aberto como regime inicial de cumprimento de pena, nos termos da liminar deferida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Inicialmente, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem abarrotado os tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Nesse sentido, a propósito, os seguintes precedentes: STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012; STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; STF HC 114.452-AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/10/2012, publicado no DJe de 08/11/2012.

Esse entendimento tem sido reiterado em decisões monocráticas, as quais, considerando a inadequação do *writ*, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações, *v.g.*: HC 114.550/AC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 27/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/08/2012; HC 116.385/PR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 01/03/2013; HC 116.379/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26/02/2013.

Nesse cenário, reformulou-se a admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

No caso dos autos, conforme relatado, o Paciente foi condenado, em primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instância, à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 04 (quatro) dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de apelar em liberdade.

Na presente impetração, pleiteia (i) o benefício de apelo em liberdade; (ii) a fixação de regime menos gravoso para o cumprimento da pena reclusiva, pois a pena-base foi estabelecida no mínimo legal; e (iii) a substituição da pena privativa de liberdade.

De início, deve-se ressaltar que o pedido de apelo em liberdade está prejudicado. Em consulta realizada no *site* do Tribunal de origem – que junto aos autos neste momento –, constatei que o recurso de apelação interposto pela defesa foi desprovido por acórdão que transitou em julgado para a Defesa em 10/10/2011.

Por outro lado, requisitei informações ao Juízo das Execuções Penais acerca do andamento atual do cumprimento de pena do Paciente. Em resposta, que também acosto aos autos nesta ocasião, o Juízo elucidou que, antes de tomar as providências cabíveis, está aguardando a decisão definitiva neste *habeas corpus*, o que indica que o cumprimento da reprimenda definitiva ainda não se iniciou.

Como se vê, a análise superveniente do apelo defensivo, realizada pelo Tribunal de origem, leva à conclusão de que ainda existe – com relação ao pedido de fixação de regime menos gravoso e ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade – interesse processual na apreciação de eventual contrangimento ilegal que justifique a concessão *ex officio* da ordem.

De rigor, portanto, transcrever a dosimetria da pena exarada na sentença condenatória:

"Atenta aos critérios norteadores da fixação da pena previstos no artigo 59, do Código Penal, entendo que a pena base deve ser fixada no mínimo legal.

Fixo-a em quatro anos de reclusão.

Por força da causa de aumento de pena, acresço-a em 1/3, perfazendo o total de cinco anos e quatro meses de reclusão.

Em face do reconhecimento de tentativa, atentando para o iter criminis percorrido, que não se aproximou da consumação, reduzo-a em 2/3, perfazendo o total de um ano, nove meses e dez dias de reclusão.

No tocante à sanção pecuniária, pelas mesmas razões expostas, fixo-a em dez dias-multa, crescendo-a em 1/3 pela qualificadora, bem como, reduzindo-a em 2/3 pela tentativa, restando ao final fixada em quatro dias-multa, no valor unitário mínimo legal [...]

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto porque revelou audácia e periculosidade com sua conduta, que reclama a fixação de regime mais gravoso de cumprimento de pena.

Deverá ser mantida sua custódia como grantia da ordem pública



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por força da periculosidade revelada com sua conduta" (fls. 78/79).

Aproveito o ensejo para transcrever, igualmente, as razões de decidir do acórdão que julgou a apelação criminal, ora juntado aos autos:

"O cálculo de sua reprimenda não merece reforma.

Correta a fixação da pena-base em seu mínimo tipificado, já que se trata de réu primário e circunstâncias de gravidade normal.

Também acertado o índice de aumento em um terço, já que presente a causa de concurso de agentes delitivos. O curso da ação criminosa não chegou mesmo a tangenciar o seu fim, sendo justo o índice de dois terços para a diminuição pela tentativa.

À míngua de mais modificadores ou de recurso pejorativo, a pena definitiva é mesmo a encontrada na sentença.

A fixação do regime prisional semiaberto é adequada, já que o increpado demonstrou ousadia algo fora do comum, pois mesmo diante do aviso da vítima de que se tratava de policial, continuou a investida, tendo desistido apenas porque foi alvejado pelo ofendido [...].

Mesmo raciocínio não recomenda a substituição ou suspensão condicional da pena, por não se adequar às exigências legais e por não serem medidas suficientes para a ressocialização do increpado."

A análise dos trechos supracitados revela com clareza a necessidade de se confirmar a liminar parcialmente concedida às fls. 54/55, porque também o Tribunal de origem, ignorando o fato de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, veio a estabelecer o regime semiaberto como regime inicial de cumprimento de pena, o que afronta a Súmula n.º 440 desta Corte Superior.

Por questão de brevidade, remeto-me aos fundamentos utilizados na ocasião em que apreciei o provimento de urgência:

"Verifica-se, à fl. 04, que a pena-base do Paciente foi fixada no mínimo legal, ante a sua primariedade e os bons antecedentes. Não se pode, assim, determinar-se o regime mais gravoso somente em razão da gravidade abstrata do crime cometido.

A questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes por este Superior Tribunal de Justiça, o que culminou na edição da Súmula n.º 440, segundo a qual, '[f]ixada 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'.

No mesmo sentido têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está, inclusive, espelhada nos verbetes sumulares n.ºs 718 e 719, 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

Nesse contexto, demonstrada a plausibilidade do direito argüido, bem assim o prejuízo na manutenção da ilegalidade por mais tempo, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido liminar, para determinar, tão-somente, até o julgamento final do presente writ, **a colocação do Paciente no regime inicial aberto, aplicando-se-lhe as regras desse regime**" (fls. 54/55 – grifos no original).

O pedido de substituição da pena privativa de liberdade, entretanto, não merece guarida, pois o crime de roubo, por definição, implica violência ou grave ameaça à pessoa, não estando preenchido o requisito previsto no art. 44, inciso I, parte final, do Código Penal.

Exemplificativamente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA (ROUBO). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA ASSENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é enfática ao vedar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, tal como o roubo.

2. Agravo regimental improvido". (AgRg no REsp 1302897/RS, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 16/04/2013.)

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PREJUDICADO o *habeas corpus*, e, no mais, NÃO CONHEÇO da impetração. CONCEDO A ORDEM de ofício tão somente para fixar o regime aberto como regime inicial de cumprimento de pena, com a aplicação das regras e condições pertinentes, que deverão ser implementadas pelo Juízo das Execuções Penais, mantendo a liminar já deferida.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0069892-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 201.949 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5020829820108260000 5835020100001313 732010

EM MESA

JULGADO: 21/05/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTÔNIO CARLOS ALVES BRASIL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MARCELO HENRIQUE BELTRÃO DE OLIVEIRA (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, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, não o conheceu e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.