



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.800 - SP (2011/0076754-6)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JIMY LIMA DA SILVA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, II e V, CP). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, CONFIRMATÓRIO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PEDIDO DE CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME INICIALMENTE FECHADO, COM FUNDAMENTO NAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO RÉU E NA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DAS VÍTIMAS. **MODUS OPERANDI**. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. POSSIBILIDADE. ARTS. 59, III, E 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. INOCORRÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS**, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"; não cabendo a sua utilização como substituto de recursos ordinários, tampouco de recursos extraordinário e especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica, o que não é o caso dos autos.

V. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito" (HC 55.364/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJU de 09/04/2007), podendo configurar-se "contradição fixar-se a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação, e, posteriormente, com base em circunstâncias não consideradas na primeira fase da aplicação da pena, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal" (HC 35.032/SP, Rel. Min. PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJU de 14/03/2005).

VI. "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" (Súmula 440/STJ). Em igual sentido dispõem as Súmulas 718 e 719 do STF.

VII. No caso, a pena-base do paciente foi fixada, pela sentença – mantida pelo acórdão impugnado –, acima do mínimo legal, e, com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, que serviram de fundamento para majorar a pena-base, o Juízo de 1º Grau estabeleceu regime prisional mais gravoso do que o cabível, em razão da sanção imposta – o qual foi mantido, pelo acórdão ora hostilizado –, o que não configura constrangimento ilegal, eis que em consonância com o art. 59, III, c/c art. 33, § 3º, do Código Penal. Além disso, o acórdão impugnado destacou que a consecução do crime deu-se com restrição à liberdade das vítimas, demonstrando-se a gravidade concreta do **modus operandi** do delito.

VIII. Com efeito, além da violência própria ao tipo penal de roubo, o réu, ora paciente, demonstrou, com a restrição à liberdade das vítimas, maior periculosidade – como destacado pelo acórdão impugnado –, o que se revela fundamento suficiente para a manutenção do regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso. Precedentes.

IX. Regime prisional mais gravoso, estabelecido com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu (circunstâncias e consequências do crime), que serviram como fundamento para majorar a pena-base (art. 59, III, c/c art. 33, § 3º, CP).

X. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 20 de setembro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.800 - SP (2011/0076754-6)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado em favor de JIMY LIMA DA SILVA, apontando, como autoridade coatora, a 2ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o réu foi condenado, em Primeira Instância, à pena de 5 (cinco) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, além do pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, II e V, do Código Penal.

Insurge-se a impetrante contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo defensivo, somente para reduzir a pena imposta ao réu – fixando, em 1/3 (um terço), o aumento da pena, em virtude das majorantes –, mantendo o regime inicial fechado, para o cumprimento da pena corporal (Apelação Criminal 990.10.269870-0).

Sustenta, em síntese, que o regime inicial fechado foi fixado apenas em razão da gravidade em abstrato do delito de roubo, o que impõe a sua alteração, nos termos das Súmulas 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Requer, por tais motivos, a concessão da liminar e da ordem, para que seja fixado o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente.

Por decisão de fl. 28e, o Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador convocado do TJCE) indeferiu o pedido de liminar.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocurador-Geral da República, CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS, opinou pela denegação da ordem (fls. 33/35e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 202.800 - SP (2011/0076754-6)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a recurso especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, em sede de apelação, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", prevendo o art. 105, II, **a**, da CF/88 o cabimento de recurso ordinário, para o STJ, em caso de denegação de **habeas corpus** decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Dentre as hipóteses de cabimento de **habeas corpus**, portanto, não se insere o uso do remédio constitucional para substituir os recursos ordinários, tampouco os recursos extraordinário e especial, ou a revisão criminal.

Esse entendimento foi manifestado recentemente, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 07/08/2012, do HC 109.956/PR (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, maioria), no qual se considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado no Informativo 674:

"É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do writ".

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"**HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO.** A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*.

PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las". (STF, HC 109.956/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2012).

No mesmo sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, em 21/8/2012, em caso semelhante, no **Habeas corpus** 104.045/RJ (Rel. Min. ROSA WEBER, unânime), considerou inadequada a via eleita, como substitutiva de recurso ordinário, contra denegação de **habeas corpus**, pelo STJ (DJe de 06/09/2012).

Por sua vez, o Ministro LUIZ FUX negou seguimento, por decisão monocrática, ao HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), com a seguinte fundamentação:

"Outrossim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas "d" e "i", da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

I – processar e julgar, originariamente:

...

*d) o **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*

...

*i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.*

In casu, os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:

"E M E N T A: PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL.

- **As medidas cautelares** a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), **quando** promovidas contra membros do Congresso Nacional, **não se incluem** na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **precisamente** porque **destituídas** de caráter penal. **Precedentes.**

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A **competência originária** do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração **essencialmente** constitucional - e ante o **regime de direito**

estrito a que se acha submetida - **não comporta** a possibilidade de ser estendida a situações que **extravasem** os limites fixados, em **numerus clausus**, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

Precedentes.

O **regime de direito estrito**, a que se submete a **definição** dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da **taxatividade** do rol constante da Carta Política, **a afastar**, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais **originárias**, o processo e o julgamento de **causas** de natureza civil que **não** se acham inscritas no texto constitucional (**ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares**), **mesmo** que instauradas contra o Presidente da República ou contra **qualquer** das autoridades, que, **em matéria penal** (CF, art. 102, I, **b e c**), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema **ou** que, **em sede de mandado de segurança**, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, **d**).

Precedentes."

Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de *jurisprudência defensiva*. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescentar que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

“O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão de recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar – visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o habeas substitutivo, mas o recurso ordinário – a correção de rumos. Consigno que, no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.”

Ex positis, não vislumbrando no ato impugnado teratologia que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem, nego seguimento ao *writ*, por manifesta e inarredável incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/90”.

Na mesma linha, também se manifestou o Ministro DIAS TOFFOLI, ao negar seguimento ao HC 114.924/RJ, consoante decisão publicada no DJe de 28/08/2012, **in verbis**:

"Há óbice jurídico-processual para o conhecimento do habeas corpus.

No caso, a impetração foi manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional, prescrito no art. 102, inciso II, alínea “a” da Carta da República, o que esbarra na decisão da Primeira Turma que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, “o ‘habeas-corpus’, o mandado de segurança, o ‘habeas-data’ e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, “o ***habeas corpus*** substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea ‘a’, e 105, inciso II, alínea ‘a’, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior Tribunal de *Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça*" (HC nº 108.715/RJ).

Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea "a" da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.

Ressalvo, ademais, meu entendimento pessoal, já consignado em sentido contrário naquele julgamento, pelo cabimento do **habeas corpus** substitutivo nesses casos. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.

Ante o exposto, **entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus**".

O Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO CONTRÁRIA INVIÁVEL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO NÃO APLICÁVEL À HIPÓTESE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. No caso dos autos, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta ao réu, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual o Colegiado Estadual concluiu que o paciente se dedicava a atividade criminosa, o que, por si só, obsta a aplicação da causa de diminuição de pena, consoante se extrai do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que conclusão em sentido contrário, como requer o impetrante, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus.

V. O exame da dosimetria da pena, em sede de mandamus, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu, o que não se verifica no caso.

VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 04 anos de reclusão, não resta preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada.

VII. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VIII. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente, tendo em vista que o mesmo se dedicava a atividade criminosa, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

IX. Inexistência, na hipótese, de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, restando, assim, caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.

X. Ordem denegada." (STJ, HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. **WRIT** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. CONCESSÃO PARCIAL.

1. **É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.**

2. **Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.**

3. **In casu**, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da sanção, eis que a pena-base foi acrescida, em razão dos maus antecedentes, sem que houvesse condenação definitiva contra a paciente. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte.

4. O pedido de alteração do regime prisional encontra-se prejudicado, pois a paciente já cumpre pena no regime aberto.

5. Writ parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta". (STJ, HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012).

O presente **Habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

merece, pois, ser conhecido.

Em caso de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

In casu, não há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, da ordem de **habeas corpus**.

Pretende a impetrante a concessão da ordem, a fim de que seja fixado o regime semiaberto, para início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Com efeito, o ilustre Juízo de 1º Grau, em entendimento confirmado pelo acórdão ora impugnado, fixou a pena-base do paciente acima do mínimo legal, em face de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e, em consequência, fixou-lhe o regime inicial fechado, para o cumprimento da pena privativa de liberdade, pelas seguintes razões:

"Na fase do artigo 59 do Código Penal, há diversas circunstâncias que poderiam levar a um aumento da pena base, desde o fato de se tratar de roubo de cargas, crime este de grande incidência e que denota maior imersão na criminalidade, até o próprio valor das mercadorias subtraídas e não recuperadas.

Porém, ante a presença da atenuante da confissão, e sendo esta completa e denotando sinceridade, devendo assim ser prestigiada, **a pena deverá retornar ao piso legal**, não podendo vir aquém deste, nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.
(...)

Face o montante da pena como as demais circunstâncias negativas, tratando-se de crime triplamente qualificado, e com utilização de arma de fogo, denotando personalidade mais comprometida com crimes, e gerando muito maior perigo para as vítimas e intranquilidade para a sociedade, fixo o regime fechado como inicial, conforme ampla jurisprudência." (sentença - fls. 12/13e)

"A pena-base foi majorada em razão da gravidade do delito praticado, isto é, roubo de cargas, bem como do valor das mercadorias subtraídas e não recuperadas.
(...)

O regime para o cumprimento é o inicial fechado. Cuida-se de crime no qual restaram inequívocas a existência de um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

plano e a divisão de tarefas. Além do mais, houve restrição da liberdade das vítimas. Há, portanto, fato concreto a impor esta determinação." (acórdão - fl. 22e)

Como se sabe, para a imposição de regime mais gravoso, segundo a sanção aplicada, faz-se necessária uma concreta motivação, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito" (HC 55.364/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJU de 09/04/2007), podendo configurar-se "contradição fixar-se a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de motivos para a sua exasperação, e, posteriormente, com base em circunstâncias não consideradas na primeira fase da aplicação da pena, deixar-se de estabelecer o regime inicial menos gravoso aplicável ao caso, conforme os parâmetros do art. 33, § 2º, do Código Penal" (HC 35.032/SP, Rel. Min. PAULO MEDINA, Sexta Turma, DJU de 14/03/2005).

Nesse sentido, a Terceira Seção do STJ, na assentada do dia 28/04/2010, consolidou o entendimento sedimentado no verbete sumular 440/STJ, **in verbis**: "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".

Por sua vez, assim dispõem as Súmulas 718 e 719, ambas do STF:

"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, a pena-base do paciente foi fixada, pela sentença, acima do mínimo legal, em face de "diversas circunstâncias que poderiam levar a um aumento da pena base, desde o fato de se tratar de roubo de cargas, crime este de grande incidência e que denota a maior imersão na criminalidade, até o próprio valor das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mercadorias subtraídas e não recuperadas" (fl. 12e), sendo ela mantida, pelo acórdão impugnado, considerando o fato "da gravidade do delito praticado, isto é, roubo de cargas, bem como do valor das mercadorias subtraídas e não recuperadas (...) a existência de um plano e a divisão de tarefas (...) a restrição da liberdade das vítimas" (fl. 22e).

Portanto, verifico que, com base nas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, que serviram de fundamento para majorar a pena-base, o Juízo de 1º Grau estabeleceu regime prisional mais gravoso do que o cabível, em razão da sanção imposta – o qual foi mantido, pelo acórdão ora impugnado –, o que não configura constrangimento ilegal, eis que em consonância com o art. 59, III, c/c art. 33, § 3º, do Código Penal.

Além disso, o acórdão impugnado destacou que a consecução do crime deu-se com restrição à liberdade das vítimas, demonstrando-se a gravidade concreta do **modus operandi** do delito.

Além da violência própria ao tipo penal de roubo, o réu, ora paciente, demonstrou maior periculosidade, com a restrição à liberdade das vítimas (art. 157, § 2º, V, do CP), o que se revela fundamento suficiente para a manutenção do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, com vistas à gradativa reinserção do condenado no convívio social.

Sobre o tema o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. REGIME FECHADO DEVIDAMENTE MOTIVADO NA MECÂNICA DELITIVA E NA MAIOR PERICULOSIDADE DO PACIENTE. ORDEM DENEGADA.

1. Impossibilidade de fixação do regime intermediário para início de desconto da pena se a opção pelo regime fechado não se deu com base na gravidade abstrata do delito, mas, ao contrário, com fulcro nas especificidades da causa que, por sua vez, exigem maior rigor na cominação da pena, bem como na mecânica delitiva do crime, notadamente diante do emprego de arma de fogo para o cometimento da infração, do concurso de pessoas e da restrição à liberdade das vítimas, circunstâncias que evidenciam a acentuada periculosidade do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Ademais, em respeito aos ditames de individualização da pena e aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, não deve ser tratado de modo idêntico agente que se utiliza de arma branca ou imprópria para a prática do delito de roubo e aquele que faz uso, por exemplo, de revólver, pistola ou fuzil com a mesma finalidade, sendo certo que a diferença entre as condutas deverá ser feita, justamente, no estabelecimento do regime prisional.

3. Habeas corpus denegado." (STJ, HC 184808/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 30/11/2011)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA A INDICAR A NECESSIDADE DA MEDIDA.

1. A restrição de liberdade das vítimas bem como o emprego de arma de fogo constituem fundamentação suficiente para justificar a manutenção de regime prisional mais gravoso.

2. Ordem denegada, cassando-se a liminar anteriormente concedida." (STJ, HC 196578/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 01/02/2012).

"REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA FECHADA. *MODUS OPERANDI* . GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE. CONCESSÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS BENÉFICO. IMPOSSIBILIDADE. FORMA MAIS SEVERA. MANUTENÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO.

1. Tendo a sentença e o acórdão impugnado concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento de pena, diante da gravidade concreta do delito cometido, evidenciada pelo *modus operandi* empregado, revelador da maior periculosidade dos agentes envolvidos, dentre eles o paciente, não há o que se falar em concessão de regime prisional mais benéfico, mostrando-se justificada a manutenção do modo fechado para o resgate da sanção.

2. Ordem denegada." (STJ, HC 183.204/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 10/06/2011)

Não há, dessa forma, que se falar em manifesta ilegalidade no acórdão impugnado, ao manter o regime inicial fechado, a ensejar a concessão de **habeas corpus**, de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, não conheço do **Habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0076754-6

HC 202.800 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 50090231910 6192009 90231910 990102698700

EM MESA

JULGADO: 20/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULA HUNGRIA AAGAARD - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JIMY LIMA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.