



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.655 - SP (2013/0247496-5)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE ANDRÉ DE AVILA LUIZ

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO E PELO CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A 8 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO, PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA, COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

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 recurso ordinário, tampouco de recurso 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 especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Cuida-se, na presente hipótese, de réu primário, cuja pena definitiva restou fixada em 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 CP), e o regime inicial estabelecido com base na gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo. O mesmo acórdão registrara que, "neste caso concreto, apesar do uso de uma arma de fogo e concurso de pessoas, não se vislumbra relevância em tais circunstâncias".

VI. Se todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente, primário, sendo-lhe fixada a pena-base no mínimo legal, não há como manter o regime inicial fechado, invocando a gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado pelo emprego de arma de fogo, razão pela qual deve ser fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º, do Código Penal. Incidência das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

VII. **Habeas corpus** não conhecido.

VIII. Ordem concedida, de ofício, na esteira do parecer ministerial, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º, CP).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.655 - SP (2013/0247496-5)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de FELIPE ANDRÉ DE AVILA LUIZ, em face de acórdão proferido pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em 1º Grau, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal de 2º Grau deu parcial provimento ao recurso defensivo, para fixar a pena-base em seu mínimo legal, bem como para reduzir o aumento, decorrente das majorantes, de 3/8 (três oitavos) para 1/3 (um terço), totalizando a pena 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantendo, todavia, o regime inicial fechado.

Sustenta a impetrante, em síntese, erro na fixação do regime prisional inicial, uma vez que foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito, o que contraria os termos da Súmula 440/STJ. Alega que o paciente é primário e teve fixada a pena-base no mínimo legal, por favoráveis as circunstâncias judiciais. Por esta razão, requer, liminarmente e no mérito, a fixação do regime semiaberto, para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, por estarem preenchidos os requisitos exigidos no art. 33, § 2º, **b**, do Código Penal.

O pedido de liminar foi indeferido, pelo Presidente do STJ, Ministro FELIX FISCHER (fls. 42/46e).

As informações foram prestadas, a fls. 66/86e.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS, manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 89/90e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 274.655 - SP (2013/0247496-5)

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, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus** substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Pelo exposto, o presente **Habeas Corpus**, substitutivo de Recurso Especial, não merece 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.

Na espécie, não obstante o presente **Habeas corpus** seja substitutivo de Recurso Especial, verifico ilegalidade, a ensejar a concessão da ordem, ainda que examinando a matéria, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado, em 1.º Grau, nos seguintes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Na aplicação da pena, para o delito de roubo (Código Penal, artigo 157), atendendo à diretriz do artigo 59 e ao critério trifásico do artigo 68, ambos do Código Penal, uma vez que o réu já fora condenado pela prática do crime de roubo (fl. 98e), ainda que por sentença pendente de recurso, aumento a pena-base de 1/6 (um sexto).

Uma vez que o réu confessou a prática do crime, diminuo a sua pena em 1/6 (um sexto).

No que tange às causas de aumento de pena, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento segundo o qual 'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes' (súmula 443). 'Assim, não fica o Juízo sentenciante adstrito, simplesmente, à quantidade de qualificadoras para fixar a fração de aumento, pois, na hipótese de existência de apenas uma, havendo nos autos elementos que conduzem à exasperação da reprimenda – tais como a quantidade excessiva de agentes no concurso de pessoas (CP, art. 157, § 2º, II) ou o grosso calibre da arma de fogo utilizada na empreitada criminosa (CP, art. 157, § 2º, I) –, a fração pode e deve ser elevada, acima de 1/3, contanto que devidamente justificada na sentença, em observância ao art. 68 do CP. O mesmo raciocínio serve para uma situação inversa, em que o roubo foi praticado com arma branca e a participação do co-réu foi de menor importância, hipótese em que pode o magistrado aplicar a fração mínima, apesar da dupla qualificação.' (HC 107703/SP - Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA - DJe 20/10/2008).

No caso em questão, o crime foi praticado por duas pessoas e com o emprego de uma arma. Tais circunstâncias autorizam o aumento de pena em 3/8 (três oitavos).

Em razão disso, fixo a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Com relação à multa prevista no preceito secundário, levando-se em consideração as mesmas circunstâncias utilizadas para a mensuração da pena privativa de liberdade, fixo a pena de 13 (treze) dias-multa no piso legal.

Considerando que o réu já foi condenado pela prática do crime de roubo (fl. 98) e tendo em vista que o delito ora sob exame foi praticado em concurso com um adolescente e com o emprego de arma de fogo, o regime fechado mostra-se o mais adequado para o início do cumprimento da reprimenda" (fls. 12/14e).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sede de Apelação, o Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao recurso da defesa, para fixar a pena-base no mínimo legal, por serem favoráveis as circunstâncias judiciais, bem como para reduzir o aumento, referente às majorantes, de 3/8 para 1/3, mantendo, todavia, o regime prisional fechado, pelos seguintes fundamentos, **in verbis**:

"As penas comportam mitigação.

A certidão de fls. 98 retrata processo em andamento, não podendo ser usada para comprovação da tisonada vida pregressa do acusado, confesso e relativamente menor à época dos fatos.

No que tange à terceira fase da dosimetria, a jurisprudência que se vem formando em nossos tribunais busca estabelecer tabela de proporcionalidade para as causas especiais de aumento relativas ao roubo em cada caso concreto em face das cinco hipóteses abstratamente previstas no § 2º, do artigo 157, do Código Penal (assim, para uma causa 1/3; duas, 3/8; três, 5/12; quatro, 11/24 e cinco, 1/2). Razoável o critério, que nem sempre deve ser adotado com rigidez. É de mister a análise das circunstâncias em cada fato a ser examinado.

Neste caso concreto, apesar do uso de uma arma de fogo e concurso de pessoas, não se vislumbra relevância em tais circunstâncias. Não se justifica, portanto, data venia, aumento maior do que a parcela mínima de um terço em razão dessa duplicidade de causas especiais.

Dessarte, às mínimas cominadas ao delito (quatro anos de reclusão e dez dias-multa), aplica-se a majoração de um terço pelas duas causas especiais, restando cristalizadas as penas em cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa. Por fim, o regime inicial fechado deve ser mantido, visto que o emprego de arma de fogo revela personalidade belicosa e insensível ao grave risco de ceifar vidas.

Em face do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso defensivo, somente para reduzir as penas de FELIPE ANDRÉ DE AVILLA LUIZ a cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa, mantida, quanto ao mais, a r. sentença recorrida" (fls. 30/32e).

Todavia, para a imposição de regime mais gravoso, segundo a sanção aplicada, exige-se concreta motivação, fundada nas circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministra 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. Ministro 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".

Aplicam-se, ainda, **in casu**, 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."

Cuida-se, **in casu**, de réu primário, conforme reconheceu o acórdão impugnado (fl. 31e), cuja pena definitiva restou fixada em 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, por favoráveis as circunstâncias judiciais (art. 59 CP), e o regime inicial estabelecido com base na gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo. Aliás, o acórdão impugnado já registrara que "neste caso concreto, apesar do uso de uma arma de fogo e concurso de pessoas, não se vislumbra relevância em tais circunstâncias" (fl. 31e).

Com efeito, se todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente, primário, sendo-lhe fixada a pena-base no mínimo legal, não há como manter o regime inicial fechado, invocando a gravidade abstrata do delito de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo, razão pela qual deve ser fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, **b**, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CP, ART. 157, §2.º, I e II C/C ART. 70 (TRÊS VEZES). PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA NÃO SUPERIOR À 8 ANOS. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA 440 DO STJ. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO TÍTULO DA PRISÃO. PERDA PARCIAL DO OBJETO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.**

1. Segundo a novel orientação desta Corte Superior, ratificada pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se conhece de habeas corpus impetrado em substituição ao cabível recurso constitucional.

2. A inadequação da via eleita, todavia, não desobriga esta Corte Superior de fazer cessar manifesta ilegalidade que resulte no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

3. A menção à gravidade abstrata do delito não serve para justificar a imposição de regime mais severo do que aquele legalmente previsto, quando aplicada a pena-base no mínimo legal. Incidência da Súmula 440/STJ.

4. **Hipótese em que o paciente era, ao tempo do crime, primário, possuidor de bons antecedentes e teve sua pena-base fixada no mínimo legal, sendo cabível, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e em razão da pena definitiva a ele aplicada (não superior a 8 anos de reclusão), a fixação do regime semiaberto, mormente porque a opção pelo regime mais severo se deu, unicamente, com base na gravidade abstrata do delito e em circunstâncias elementares do próprio tipo penal.**

5. Resta parcialmente prejudicado o habeas corpus cujo pedido foi denegado na origem tendo por objeto a revogação da prisão preventiva mantida na sentença condenatória quando, nas instâncias ordinárias, é julgado o recurso de apelação, constituindo-se novo título a fundamentar o decreto ora impugnado.

6. **Habeas corpus prejudicado em parte e, no mais, não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena imposta ao paciente"** (STJ, HC 220.875/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, DJe de 26/03/2013).

Pelo exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial. Porém, **concedo** a ordem, de ofício, para fixar, ao paciente, o regime inicial semiaberto (art. 33, §§ 2º, **b**, e 3º, CP), para cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0247496-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 274.655 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00108732620118260050 108732620118260050 2402011

EM MESA

JULGADO: 26/11/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **RONALDO FRANCHE AMORIM** (em substituição)

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FELIPE ANDRÉ DE AVILA LUIZ

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 Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.