



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.747 - SP (2014/0305543-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS RAFAEL SILVA DE SENA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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).

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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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 Jorge Mussi, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.747 - SP (2014/0305543-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de DOUGLAS RAFAEL SILVA DE SENA, em face do v. Acórdão proferido pela 10ª Câmara de Direito Criminal do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O paciente foi condenado pela prática das condutas previstas no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e a 13 (treze) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade.

Irresignado, o impetrante interpôs apelação criminal, com pedido liminar, perante o eg. Tribunal **a quo**, o qual foi improvido, em acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO - ROUBO AGRAVADO - EMPREGO DE ARMA - CONCURSO DE AGENTES - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - DOSIMETRIA ADEQUADA - RECURSO IMPROVIDO" (fl. 33).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante a ilegalidade da fixação do regime inicial, uma vez que as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis.

Requer, ao final, a concessão da ordem, a fim de que sejam cassados o v. acórdão recorrido e a r. sentença no tocante à fixação do regime prisional para cumprimento da pena privativa de liberdade, o qual deverá ser estabelecido no regime semiaberto.

A liminar foi por mim deferida, *"para que se observe em relação ao paciente o regime semiaberto até o julgamento final deste **habeas corpus**"* (fls. 41-42).

As informações foram prestadas às fls. 56-63.

O Ministério Público Federal, às fls. 67-70, manifestou-se pelo concessão da ordem de ofício, para a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta ao paciente.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.747 - SP (2014/0305543-2)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA DE
FOGO. CONCURSO DE AGENTES. REGIME
INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE
ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO
INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL
SEMIABERTO. **WRIT** NÃO CONHECIDO.
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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).

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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 alinham-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. **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).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Constato, inicialmente, que pretende o impetrante a fixação do regime semiaberto, em virtude das circunstâncias judiciais favoráveis do paciente e em razão de ter sido estabelecido o regime inicial mais gravoso com base na gravidade abstrata delito.

O acórdão recorrido manteve os fundamentos expostos na sentença que, por sua vez, fundamentou a dosimetria da pena e a fixação do regime inicial do paciente da seguinte forma: (fl. 6-12):

*"[...] **In casu**, ficou cabalmente demonstrado que o réu agiu em concurso com o menor, sendo que ambos executaram o delito abordando a vítima.*

Portanto, da mesma forma, impõe-se o reconhecimento da causa de aumento tipificada no inciso II do §2º do artigo 157 do Código Penal.

Por fim, quanto a majorante da restrição de liberdade a mesma deve ser afastada, pois o tempo de restrição foi ínfimo, necessário apenas para a consecução do delito.

Concluindo pela tipicidade dos fatos da mesma forma verifica-se sua ilicitude. Isso porque não se faz presente qualquer causa excludente de antijuridicidade, quais sejam, legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal. As condutas dos acusados, além de típicas, contrariam o ordenamento jurídico pátrio, atingindo bem constitucionalmente tutelado.

Por fim, não se faz presente qualquer causa que afaste a culpabilidade dos réus, sendo os mesmos imputáveis, apresentando potencial consciência de ilicitude, podendo-se esperar condutas diversas das praticadas.

*Ante o exposto, e por tudo mais que conta dos autos, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia, para: CONDENAR o réu **DOUGLAS RAFAEL SILVA DE SENA**, qualificado nos autos, **como incurso nas penas previstas no artigo 157, I, II, do Código Penal**. Em seqüência, passo a dosar, as respectivas penas a serem aplicadas, em estrita observância ao disposto pelo artigo 68, caput do Código Penal.*

*Analizando as diretrizes traçadas pelo artigo 59, do Código Penal, observo que o réu agiu com culpabilidade normal a espécie. O réu **NÃO** possui condenação com trânsito em julgado. Não há nos autos elementos suficientes para se aferir a personalidade do acusado bem como sua conduta social; o motivo do crime se constitui pelo desejo de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito, de acordo com a própria objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio. As circunstâncias se encontram relatadas nos autos, nada tendo a se*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valorar. As vítimas, em momento algum, contribuíram para a prática do delito.

Diante dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena base em 4 anos de reclusão e ao pagamento de 10 dias-multa fixados no mínimo.

Presente a atenuante da confissão, porém a pena já foi fixada no mínimo.

Não se encontram presentes causas de diminuição de pena.

Por sua vez, no presente processo crime concorrem duas causas de aumentos tipificadas nos incisos I, II do §2º do artigo 157 do Código Penal. Dessa forma, aumento a pena anteriormente dosada em 1/3, chegando a um montante de 5 anos, 4 meses de reclusão e ao pagamento de 13 dias-multa, fixados no mínimo.

Assim, fixo a pena definitiva em 5 anos, 4 meses de reclusão e ao pagamento de 13 dias-multa. fixados no mínimo.

Em vista do quanto disposto pelo artigo 33, do Código Penal, deverá o mesmo iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade anteriormente dosada em regime fechado, considerando o montante da pena e por se tratar de roubo, cometido em concurso com um menor de idade e com emprego de arma.

O tempo de prisão não impõe regime mais brando, pois não cumpriu ainda o requisito objetivo para a progressão de regime.

Inadmissível ainda a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito bem como concessão de suspensão condicional da pena, uma vez que, não se fazem presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão dos referidos benefícios.

DIREITO DE RECURSO EM LIBERDADE,

Nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, pois persistem pressupostos de sua prisão cautelar. O roubo é delito grave, que gera perturbação da ordem pública. A condenação do réu em regime fechado e o montante de pena torna injustificável qualquer benefício de liberdade nesse momento. [...] (fls. 22-24).

Depreende-se da leitura do excerto acima que não foi invocado outro fundamento para a imposição do regime inicial fechado ao paciente que não a gravidade abstrata do delito.

Nesse sentido, quanto ao fundamento ora invocado, a impossibilidade de sua utilização encontra-se consolidada na jurisprudência pátria, conforme pode se depreender dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula/STF, e n. 440 da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, 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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

"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."

Da análise dos fundamentos expostos pela instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, com a fixação da pena-base no mínimo legal, bem como em razão da primariedade do paciente, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, em razão da pena imposta, nos termos do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, do Código Penal, é o **semiaberto**.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus. Concedo, entretanto, a ordem de ofício para, confirmando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0305543-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 309.747 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00065978020138260114 2002013 65978020138260114

EM MESA

JULGADO: 12/02/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DOUGLAS RAFAEL SILVA DE SENA

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 Jorge Mussi, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.