



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 306.821 - SP (2014/0266495-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADO** : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : YURI THIAGO BENTO

### EMENTA

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, CP) E PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO, COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PARA AMBOS OS DELITOS. FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE ABSTRATA. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 440 DO STJ E 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. O regime mais severo pode ser fixado desde que sejam indicadas circunstâncias concretas que extrapolem as normais à espécie, a indicar a maior reprovabilidade da conduta do agente, o que não se verifica na hipótese.

3. A mera referência à gravidade do delito de roubo circunstanciado, praticado em comparsaria, como indicativo da periculosidade do paciente, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, na medida em que constitui circunstância ínsita ao delito de roubo majorado.

4. Se todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao paciente, primário, sendo-lhe fixada a pena-base no mínimo legal para ambos os delitos, bem como pelo *quantum* da pena, totalizando 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias, não há como manter o regime inicial fechado, invocando a gravidade abstrata dos delitos e, razão pela qual deve ser fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal. Incidência das Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva do paciente.

### 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 306.821 - SP (2014/0266495-2)**

**RELATOR : MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**  
**IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**ADVOGADO : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : YURI THIAGO BENTO**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de YURI THIAGO BENTO, apontando, como autoridade coatora, a 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação 0140239-06.2013.8.26.0000).

Consta dos autos que o paciente (com outro corrêu) foi condenado, em 1º Grau, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 4 (quatro) dias-multa; e pelo art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 10 (dez) dias-multa, delitos praticados em concurso material.

Irresignada, a defesa recorreu da sentença postulando, entre outros pedidos, o abrandamento do regime prisional. O Tribunal de origem, em julgamento unânime, negou provimento ao recurso, em acórdão de seguinte ementa (e-STJ fl. 42):

*EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO, COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DISPOSTO NO ARTIGO 14, DA LEI Nº 10.826/03. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. TESES RECURSAIS AFASTADAS. APELO DESPROVIDO.*

A Defensoria Pública alega, em síntese, que a fixação do regime fechado



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

para o início do cumprimento da reprimenda se deu apenas com base na gravidade abstrata do delitos, não se observando que o paciente é primário e que a condenação não excedeu 8 (oito) anos de reclusão.

Assim, aduz que a alteração do regime inicial de cumprimento da pena é medida que se impõe, porquanto fixado com maior rigor do que o permitido pelo Código Penal sem a necessária fundamentação concreta, violando os Enunciados Sumulares números 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 desta Corte Superior.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

O pedido de liminar foi indeferido (e-STJ fls. 63/65).

Dispensado o pedido de informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ fls. 73/75).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.821 - SP (2014/0266495-2)

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):**

I. Observa-se, inicialmente, que o presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição ao recurso especial, previsto no art. 105, inciso III, da Constituição Federal.

Sobre este aspecto, cumpre ressaltar que 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 impetração em substituição ao recurso próprio – seja apelação, agravo em execução, recurso especial ou mesmo revisão criminal –, salvo nos casos de flagrante ilegalidade que exija a concessão da ordem de ofício.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

*EMENTA HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.*

*1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.*

[...]. (STF, HC nº 113890, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, Publicado em 28/02/2014)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, buscando dar efetividade às normas previstas na Constituição Federal e na Lei 8.038/1990, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

2. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

[...](STJ, HC 258.815/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 09/09/2014, DJe 15/09/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. DESOBEDIÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUZIR VEÍCULO AUTOMOTOR COM CAPACIDADE PSICOMOTORA ALTERADA EM RAZÃO DA INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEVIDENTE. PARECER ACOLHIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a fim de preservar a coerência do sistema recursal e a própria função constitucional do writ, de prevenir ou remediar ilegalidade ou abuso de poder contra a liberdade de locomoção.

2. O remédio constitucional tem suas hipóteses de cabimento restritas, não deve ser utilizado em substituição a recursos processuais penais. A ilegalidade passível de justificar a impetração do habeas corpus deve ser manifesta, de constatação evidente, restringindo-se a questões de direito que não demandem incursão no acervo probatório constante de ação penal.

[...]. (STJ, HC nº 287.417/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 10/04/2014)



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, a despeito de não ter a impetrante escolhido a via processual adequada, para evitar eventuais prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, passo à análise das questões formuladas na inicial e à verificação de constrangimento ilegal que enseje a concessão da ordem de ofício.

II. Conforme relatado, busca-se na presente impetração a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Depreende-se dos autos que a determinação, pelo Juiz sentenciante, do regime inicial fechado para o cumprimento das penas foi fundamentada nos seguintes termos (e-STJ fls. 16/17):

*Em atenção aos ditames do art. 59 do Código Penal, fixo as penas-base para os réus, pelos dois delitos em concurso material, nos mínimos cominados. Ausentes agravantes e atenuantes. No tocante ao delito de roubo, reduzo as penas em dois terços, em razão da tentativa, e as majoro em um terço, como decorrência do concurso de agentes (inciso II do § 2º do artigo 157 do Código Penal), tornando as penas definitivas.*

*Como o delito de roubo foi praticado com comparsaria e, ainda, como os réus apresentam inegável periculosidade, o regime inicial de cumprimento das penas será o fechado.*

*Ante o exposto, julgado PROCEDENTE o pedido ministerial, para o fim de condenar os acusados YURI THIAGO BENTO e RODRIGUES PEREIRA DA SILVA a um ano, nove meses e dez dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de quatro dias-multa, no piso, pela infração ao artigo 157, § 2º, inciso II, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, e a três anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de dez dias-multa, no piso, pela infração ao artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, delitos praticados em concurso material.*

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* manteve os termos da sentença, ressaltando, no que se refere ao regime (e-STJ fls. 46/47):

*Finalmente, também não há como acolher o pedido formulado pelo recorrente, quanto ao regime imposto.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Todo indivíduo que pratica (ou tenta praticar, como no caso) roubo qualificado revela extrema periculosidade, pois está disposto a tudo para conseguir seu objetivo e sair ileso.*

*Essa difusão há de ser coibida pelo Estado-Juiz, o qual, ao impor regime mais rigoroso, não só retirará o malfeitor perigoso do convívio social, e assim evitará que ele continue a exercer suas atividades ilícitas, como também lhe aplicará o devido castigo.*

Como se vê, o regime fechado, mais gravoso, foi cominado sem que as instâncias ordinárias apontassem elementos válidos. Com efeito, o regime mais severo pode ser fixado desde que sejam indicadas circunstâncias concretas que extrapolem as normais à espécie, a indicar a maior reprovabilidade da conduta do agente, o que não se verifica na hipótese.

Ressalte-se que a mera referência à gravidade do delito de roubo circunstanciado, praticado em comparsaria, como indicativo da periculosidade do paciente, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, na medida em que constitui circunstância ínsita ao delito de roubo majorado.

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.

Dos trechos acima transcritos observa-se que o regime inicial fechado foi imposto com base apenas na gravidade em abstrato dos delitos cometidos, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação do modo mais gravoso, sobretudo quando o réu é primário e a pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

Nesse sentido, a Terceira Seção do STJ 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.*





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.*

Nesse sentido:

**HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO. DESVIRTUAMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.**

*1. 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 n. 443 do STJ.*

*2. Em minha concepção - que não é acompanhada pela maioria da Sexta Turma - atende ao critério da proporcionalidade das penas, bem como ao efeito dissuasório, punir o autor do roubo que empunha arma de fogo e, no caso vertente, em coautoria delitiva, com pena concretamente mais grave em relação à que caberia, in thesis, a outros perpetradores de roubo que, agindo sem comparsaria, se valem de arma branca como meio intimidatório da vítima.*

*3. Contudo, na hipótese, as instâncias ordinárias não destacaram a maior temibilidade da conduta perpetrada com a utilização de arma de fogo em coautoria, e tampouco fizeram qualquer esforço argumentativo para caracterizar as majorantes como indicativas de comportamento mais grave, o que se considera, na dicção da Turma, imprescindível para sua incidência.*

*4. Dessarte, configura coação ilegal a fixação de regime fechado ao paciente primário cuja pena-base foi estabelecida no mínimo legal, imposta a pena definitiva em 5 anos e 4 meses de reclusão, ante a ausência de motivação concreta (enunciados ns. 440 do STJ e 718 e 719, ambos do STF).*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir, ao mínimo legal, o aumento de pena na terceira etapa da dosimetria e fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda final de 5 anos e 4 meses de reclusão.

(HC 296.192/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/10/2014, DJe 23/10/2014)

[...]

**REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTA STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.**

**1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso ( Súmula 440/STJ).**

**2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.**

**3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.**

(HC 298.123/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/9/2014, DJe 1/10/2014)

Com efeito, a despeito de ser o paciente primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal para ambos os delitos, bem como pelo *quantum* da pena, totalizando 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias, não há como manter o regime inicial fechado, sem apontar fundamentos concretos, invocando apenas a gravidade abstrata dos delitos. Por essa razão deve ser fixado o regime inicial semiaberto, com fundamento no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, **concedo**, porém, a ordem, de ofício, para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva do paciente.

É como voto.

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME  
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0266495-2

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 306.821 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00171601020108260577 01402390620138260000 1402390620138260000  
171601020108260577 20140000310990 577100171607

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
ADVOGADO : LUANA PEREIRA DO AMARAL - DEFENSORA PÚBLICA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : YURI THIAGO BENTO  
CORRÉU : RODRIGO PEREIRA DA SILVA

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.