



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.408 - SP (2015/0109042-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **MARCIO RODRIGO RIBEIRO DE SOUZA E OUTROS**
ADVOGADO : **MARCIO RODRIGO DE SOUZA E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **BENEDITO RODRIGUES BRITO NETO (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante de utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

3. No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, portanto, fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso, a afastar o alegado constrangimento ilegal.

4. *Habeas corpus* não conhecido.

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.408 - SP (2015/0109042-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : MARCIO RODRIGO RIBEIRO DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADO : MARCIO RODRIGO DE SOUZA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITO RODRIGUES BRITO NETO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de BENEDITO RODRIGUES BRITO NETO, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal local pugnando pela modificação do regime de cumprimento da pena do fechado para o semiaberto. Contudo, a ordem foi denegada, consoante acórdão assim ementado (e-STJ fls. 42/44):

HABEAS CORPUS - ROUBO AGRAVADO - EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES - PROFERIDA SENTENÇA CONDENATÓRIA - INCONFORMISMO QUANTO À FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE OU TERATOLOGIASENTENÇA CONDENATÓRIA MOTIVADA - TRÂNSITO EM JULGADO - ORDEM DENEGADA.

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal quanto à fixação do regime fechado para cumprimento da pena, porquanto esse regime foi arbitrado apenas com base na gravidade abstrata do delito. Assim, requer a modificação para o regime semiaberto.

O pedido de liminar foi indeferido às e-STJ fls. 42/44.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fls. 92/95, pelo não conhecimento do *habeas corpus*:

*PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. REGIME INICIAL FECHADO. HABEAS
CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.
FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. FIXAÇÃO DE
REGIME ADEQUADO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO.
PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.408 - SP (2015/0109042-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

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 n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal em virtude da fixação do regime inicial fechado sem fundamentação concreta.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *"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"*. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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 dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (5 anos de reclusão), em razão da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, portanto, fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso, a afastar o alegado constrangimento ilegal.

A propósito, os seguintes precedentes deste Tribunal:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ.

1. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de 5 anos do art. 64, I, do Código Penal, embora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

2. A existência de circunstância judicial desfavorável justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, a despeito de a pena aplicada ser inferior a quatro anos. Incidência na espécie da Súmula 83 do STJ.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp 442.470/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 2/6/2015, DJe 15/6/2015).

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU AO ATO DE INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 157, § 2º, I, do CP. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO.

1. Embora a citação do paciente não tenha ocorrido formalmente, porque não foi localizado, se ele compareceu espontaneamente ao interrogatório judicial, tendo sido nomeado para o referido ato defensor dativo, eventual nulidade encontra-se sanada nos termos do art. 570 do CPP.

2. Segundo entendimento pacificado da Terceira Seção desta Corte, a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, prescinde da apreensão da arma e do consequente exame pericial.

3. A lesividade da conduta pode ser comprovada por outros meios, como declarações das vítimas ou depoimentos de testemunhas.

4. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, portanto, reconhecidas circunstâncias judiciais desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal, é cabível a imposição de regime fechado ao réu, a teor do disposto no art. 33, § 3º, do mesmo Diploma Legal, ainda que se cuide de reprimenda inferior a 8 (oito) anos de reclusão.

5. Ordem denegada (STJ, HC 152829/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 29/8/2012).

HABEAS CORPUS. ART. 158, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIA INADEQUADA. (3) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. MOTIVADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. (4) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR SUPERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. (5) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O mandamus se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita do writ revolvimento fático-probatório a ensejar a absolvição do paciente. (Precedentes).

3. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de habeas corpus quando há ilegalidade patente, o que não se verifica na espécie, uma vez que a pena-base foi exasperada, em 2 (dois) meses, em razão da existência de elemento concreto, qual seja, a circunstância do crime (o paciente, policial civil, utilizando distintivos, carro e armas da instituição policial, tendo inclusive se identificado como policial federal), que reflete um plus de reprovabilidade na conduta do paciente.

4. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

5. Habeas corpus não conhecido (STJ, HC 222001/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 17/9/2013, DJe de 25/9/2013).

Dessa forma, não há se falar em constrangimento ilegal.

Ante o exposto, não conheço do habeas corpus.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0109042-1

HC 323.408 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00296964320148260050 20024895420158260000 20140000389300 20150000235152
296964320148260050

EM MESA

JULGADO: 06/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCIO RODRIGO RIBEIRO DE SOUZA E OUTROS
ADVOGADO : MARCIO RODRIGO DE SOUZA E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BENEDITO RODRIGUES BRITO NETO (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, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.