



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.876 - RJ (2011/0051691-7)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ADAILTON OLIVEIRA BRASIL
PACIENTE : EDINILSON DE ARAUJO PEREIRA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA, ANTE A AUSÊNCIA DE SUA APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PROVA ORAL SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2.º, I E II, CP). AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS, QUE INDIQUEM A NECESSIDADE DE EXASPERAÇÃO DA PENA ALÉM DA FRAÇÃO MÍNIMA. SÚMULA 443 DO STJ. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO. PENA DEFINITIVA DE RECLUSÃO SUPERIOR A 04 E INFERIOR A 08 ANOS. RÉUS PRIMÁRIOS. PENAS-BASE FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440 DO STJ. 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 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 precípuo objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se 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. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 13/12/2010, do EREsp 961.863/RS (Rel. originário Min. CELSO LIMONGI (Desembargador convocado do TJ/SP), Rel. para acórdão Min. GILSON DIPP, maioria, DJe de 05/04/2011), pacificou o entendimento no sentido de que, para a incidência da majorante, prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que comprovada sua utilização por outros meios de prova. Em igual sentido consolidou-se o entendimento do STF (HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Pleno, maioria, DJe de 05/06/2009). No caso, a utilização da arma de fogo, pelos pacientes, foi demonstrada pela prova oral, justificando-se a presença da majorante.

VI. Por outro lado, "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/STJ).

VII. **In casu**, não havendo fundamentação concreta para o acréscimo da reprimenda em 3/8 (três oitavos), na terceira fase da dosimetria, a fração de aumento da pena, pelas majorantes previstas no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal – emprego de arma e concurso de agentes –, deve ser fixada em 1/3 (um terço).

VIII. Fazem jus os pacientes ao regime inicial semiaberto, na medida em que se trata de réus primários, cujas penas-base foram fixadas no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo as penas definitivas de reclusão inferiores a 08 anos de reclusão. Inteligência do enunciado 440 da Súmula do STJ: "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". Em igual sentido dispõem as Súmulas 718 e 719 do STF.

IX. **Habeas corpus** não conhecido.

X. Ordem concedida, de ofício, para fixar o aumento, na terceira fase da aplicação da pena, pelas duas majorantes, no mínimo legal de 1/3 (um terço) – reduzindo as penas, pelo delito do art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, em consequência, a 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa –, e para estabelecer o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas reclusivas, na Ação Penal de que trata o presente **writ**.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, com ressalva de entendimento da Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira.

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 16 de outubro de 2012(data do julgamento)

MINISTRA ASSULETE MAGALHÃES

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.876 - RJ (2011/0051691-7)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ADAILTON OLIVEIRA BRASIL e EDINILSON DE ARAUJO PEREIRA, contra acórdão proferido pela 8.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em 1.^o Grau, às penas de 06 anos e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 17 dias-multa, pela prática de roubo circunstanciado, pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2.^o, I e II, do Código Penal).

Em sede de apelação, o Tribunal de 2.^o Grau deu parcial provimento ao recurso, para reduzir as penas-base ao mínimo legal e diminuir a fração aplicada quanto às majorantes, reduzindo as penas a 05 anos e 06 meses de reclusão e 13 dias-multa, mantendo, no mais, a condenação.

Sustentam os impetrantes que não pode ser reconhecida a causa de aumento de pena, prevista no art. 157, § 2.^o, I, do Código Penal, pois não houve apreensão da arma e respectiva perícia, não estando comprovada a sua potencialidade lesiva.

Argumentam, ainda, que inexistente fundamentação idônea, a amparar a fixação do aumento da pena acima da fração mínima legal (art. 157, § 2.^o, I e II, CP), tão somente pela presença de duas majorantes do crime de roubo. Citam, a amparar a pretensão, a Súmula 443 do STJ.

Alegam que a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade afronta as Súmulas 718 do STF e 440 do STJ.

Requerem o deferimento de liminar, para que aguardem o julgamento do **writ** em regime domiciliar, e, no mérito, "o afastamento da qualificadora de emprego de arma, com consequente redução da causa de aumento. Acaso mantida a causa de aumento de emprego de arma, requerem que o aumento pelas duas qualificadoras se dê no mínimo legal. Em qualquer hipótese, requerem a adequação do regime prisional para o menos gravoso" (fl. 15e).

O pedido de liminar foi deferido, em parte, para "garantir aos pacientes o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento das penas que lhes foram impostas" (fls. 104/105e), pelo Ministro HAROLDO RODRIGUES (Desembargador Convocado do TJ/CE), então Relator.

Foram dispensadas as informações.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da República, PAULO DA ROCHA CAMPOS, opinou pela concessão parcial da ordem, para que a fração de aumento, pelas majorantes, seja reduzida a 1/3 (um terço), e para a fixação de regime inicial semiaberto (fls. 114/121e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 199.876 - RJ (2011/0051691-7)

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 2.º Grau, 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, DJe de 11/09/2012), 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, 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 21/08/2012, 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 ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.

A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - NÃO SE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumprir 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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.

Confiram-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 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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

Na hipótese dos autos, três são as questões discutidas, quais sejam: a) o afastamento da majorante, relativa do emprego de arma, diante da ausência de sua apreensão e perícia; b) a incidência da fração de 1/3 (um terço), na terceira fase da dosimetria, pela presença de duas majorantes, no crime de roubo (art. 157, § 2.º, I e II, CP); c) a fixação de regime inicial semiaberto, nos termos das Súmulas 718 do STF e 440 do STJ.

Passo à análise da primeira controvérsia.

Sobre a **questio**, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 13/12/2010, do EREsp 961.863/RS (Rel. originário Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. para acórdão Min. GILSON DIPP, maioria, DJe de 05/04/2011), pacificou o entendimento no sentido de que, para a incidência da majorante, prevista no art. 157, § 2.º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada a sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima ou mesmo pelo depoimento de testemunhas.

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria" (STJ, EREsp 961.863/RS, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ acórdão Min. GILSON DIPP, 3ª SEÇÃO, DJe de 06/04/2011)

Esse mesmo entendimento restou consolidado no âmbito do STF:

"ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.

I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato.

II - Lesividade do instrumento que se encontra in re ipsa.

III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.

IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves.

VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo.

VII - Precedente do STF.

VIII - Ordem indeferida." (STF, HC 96.099/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 19/02/2009, DJe de 05/06/2009)

Confiram-se, no mesmo sentido, os seguintes julgados do STJ:

"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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 152.829/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 29/08/2012)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. 1. ANTECEDENTES E PERSONALIDADE VALORADOS COM BASE EM INQUÉRITOS E AÇÕES EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. 2. CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS VALORADAS ADEQUADAMENTE. REPROVABILIDADE CONCRETA DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE VÍCIO. 3. REINCIDÊNCIA. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO. INVIABILIDADE. NORMA DE APLICAÇÃO COGENTE. 4. CAUSA DE AUMENTO PELO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. ERESP Nº 961.863/RS. 5. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE, PARA EXCLUIR DA DOSIMETRIA AS AÇÕES EM ANDAMENTO, COM EXTENSÃO AO CORRÉU.

1. De acordo com o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça - verbete nº 444 -, não podem ser considerados como circunstâncias judiciais desfavoráveis os inquéritos e as ações penais em andamento, por ferir o princípio da presunção de inocência.

2. A culpabilidade e as circunstâncias do crime devem ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

analisadas com base na reprovabilidade concreta da conduta, estando, portanto, devidamente fundamentada a dosimetria neste ponto.

3. A reincidência, agravante trazida no art. 61, I, do CP, é norma de aplicação cogente e encontra-se em consonância com o princípio constitucional de individualização da pena, não havendo, dessa forma, motivo para desconsiderar sua aplicação.

4. É pacífico neste Tribunal Superior o entendimento no sentido de que se mostra dispensável a apreensão e perícia da arma de fogo, para fins de incidência da causa de aumento trazida no crime de roubo, quando sua utilização ficar comprovada por outros meios de provas, conforme decidido nos Embargos de Divergência nº 961.863/RS.

5. Habeas corpus concedido, em parte, apenas para desconsiderar como antecedentes e personalidade voltada para a prática de delitos os inquéritos e ações em andamento, redimensionando a pena para 8 (oito) anos, 6 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença, com extensão da ordem ao corréu Luciano Fernandes de Oliveira Junior, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal" (STJ, HC 196.197/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe de 05/09/2012)

No caso dos autos, a utilização de arma de fogo restou comprovada pela prova oral, conforme consta da sentença condenatória:

"A lesada declarou que conduzia o veículo em direção a sua casa após efetuar saque em agência bancária em favor de sua sogra, quando foi interceptada por outro carro, ocasião em que os réus desceram e a abordaram, determinando que saísse do carro, empunhando uma arma de fogo, determinando, ainda, que tirasse todo o ouro. Alegou que o carro foi recuperado cerca de 6 horas depois, mas teve um prejuízo aproximado de 05 mil reais.

[...]

Quanto ao emprego de arma no delito em tela, não há a menor dúvida, em razão do que foi relatado pela vítima. Ressalte-se que mesmo a arma não sendo apreendida, foi vista de forma inequívoca, como se deu no caso dos autos, pela vítima, estando plenamente caracterizada a referida majorante, sendo a jurisprudência firme neste sentido como se observa em RJTACRIM 44/460" (fls.41/43e)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido, concluiu o acórdão impugnado, ao desprover o apelo defensivo, no particular, após analisar a prova oral, quanto ao emprego de arma de fogo, **in verbis**:

"Com referência ao afastamento da causa de aumento do artigo 157, § 2.º, inciso I, do Código Penal, **a prova demonstrou com total segurança que os apelantes renderam a vítima com a arma de fogo por um deles portada**, sublinhando-se ser prescindível sua apreensão para o reconhecimento da majorante, e, segundo ensinamento de Weber Martins Batista, '...não tem sentido exigir a apreensão da arma usada no roubo, pois ela não integra o corpo de delito, no sentido que lhe dá o artigo 158 do Código de Processo Penal ... A ação de ameaçar com uma arma é transitória, não deixa marca, sua prova não se faz – quanto muito completa – com a apreensão da arma, mas com as declarações das pessoas' (O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal, 2.ª edição, pág. 455, Ed. Forense).

[...]

Conforme se observa, **o quadro probatório, especialmente o depoimento da vítima, a qual não conhecia os réus**, e, portanto, não tinha motivos para imputar-lhes falsamente tão grave crime, **demonstrou que ambos, utilizando-se de uma arma para abordá-la**, agindo em comunhão de ações e desígnios com outro indivíduo não identificado, subtraiu-lhe o carro com os demais pertences, alcançando a posse livre e desviada da res por cerca de seis horas, sendo encontrados e presos no interior do veículo e de posse do documento deste, não tendo, por consequência, procedência a pretensão defensiva do afastamento da majorante do concurso de pessoas." (fls. 92/95e)

Deve, portanto, subsistir o entendimento, firmado nas instâncias ordinárias, mantendo-se a majorante de emprego de arma de fogo, inexistindo constrangimento ilegal, a ser reparado, **in casu**.

Buscam os impetrantes, ainda, a concessão da ordem, a fim de que seja aplicada a fração de 1/3 (um terço), pela presença de duas majorantes, no crime de roubo (art. 157, § 2.º, I e II, CP).

Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de mais de uma causa de aumento de pena, no crime de roubo, pode conduzir ao agravamento de 1/3 (um terço) até metade (art. 157, § 2º, CP), quando, diante das peculiaridades do caso concreto, forem constatadas circunstâncias que indiquem a necessidade da elevação da pena além da fração mínima.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, o Julgador não está adstrito, simplesmente, à quantidade de majorantes para fixar a fração de aumento, devendo levar em consideração as circunstâncias fáticas, que evidenciem a necessidade de aumento da pena acima da fração mínima legal.

Tal posicionamento restou consolidado na Súmula 443 deste Tribunal, **in verbis**:

"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".

In casu, o Juiz de 1º Grau fixou a reprimenda básica em 04 anos e 04 meses de reclusão. Na segunda fase, manteve a pena no mesmo patamar, à míngua de atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Pelo reconhecimento de duas causas de aumento de pena – emprego de arma e concurso de agentes –, majorou a reprimenda em 2/5 (dois quintos), apenas pelo número de majorantes, sem qualquer outra fundamentação, totalizando as penas, definitivamente, 06 anos e 24 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 17 dias-multa, **ad litteram**:

"Aumento a pena de 2/5 em razão da causa especial de aumento de pena do emprego de arma de fogo e do concurso de agentes (03 ao total), razão pela qual torno a pena definitiva, ante a ausência de outras causas de modificação." (fl. 44)

O acórdão impugnado, por sua vez, reformou a sentença, para reduzir a pena-base ao mínimo legal e reduzir a fração, decorrente das majorantes, ao patamar de 3/8 (três oitavos), nos seguintes termos:

"Entretanto, com razão a defesa quando pugna pela redução da pena base ao patamar mínimo, considerando que os motivos expostos na fundamentação não justificam a elevação, pois a culpabilidade e as consequências do crime foram normais ao tipo penal e já previstos pelo legislador ao cominar pena em abstrato para a infração.

A sentença elevou a pena em 2/5 por força das majorantes do concurso de pessoas e emprego de arma, sem plausível motivação, forçando sublinhar que nenhuma situação excepcional ocorreu no cometimento do delito que justificasse a aplicação de tal fração.

É claro que a presença de mais de uma causa de aumento intensifica a reprovação da conduta, e, **considerando que o § 2.º,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do artigo 157, do Código Penal prevê cinco causas de aumento, a elevação de $\frac{1}{3}$ até $\frac{1}{2}$ deverá ser dividida por cinco, sob a ótica progressiva: uma circunstância, $\frac{1}{3}$; duas, $\frac{3}{8}$; três, $\frac{5}{12}$, quatro, $\frac{7}{16}$, e cinco, $\frac{1}{2}$.

Assim, o justo para o caso é a incidência da fração de $\frac{3}{8}$, conforme firme posicionamento adotado por esta Câmara.

Desta forma, na primeira fase da dosimetria penal, reduzo a pena base dos acusados ao patamar mínimo, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Inexistindo circunstâncias agravantes e atenuantes a considerar, aplico na última etapa da fixação da pena a fração de $\frac{3}{8}$ pelas duas causas de aumento, fixando a pena definitivamente, para cada um dos réus, em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa no valor unitário mínimo legal." (fls. 95/96e)

Verifica-se, assim, a existência de ilegalidade, porquanto não houve fundamento idôneo para a majoração da pena, na terceira fase da dosimetria, em patamar superior à fração mínima legal, limitando-se o acórdão impugnado a mencionar o número de majorantes, e uma tabela para a sua aplicação, motivo pelo qual deve ser ela fixada em $\frac{1}{3}$ (um terço).

Diante dessas considerações e obedecidas as diretrizes fixadas pelas instâncias ordinárias, a pena dos réus deve ser redimensionada da forma seguinte: pena-base mantida em 04 anos de reclusão e 10 dias-multa, mantida no mesmo patamar, na segunda fase, diante da inexistência de atenuantes ou agravantes a serem consideradas, consoante estabelecido no acórdão impugnado.

Em face das majorantes do concurso de agentes e emprego de arma, aumento a pena em $\frac{1}{3}$ (um terço), tornando-a definitiva em 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa.

O regime prisional foi estabelecido, no acórdão, nos seguintes termos:

"Embora a pena base tenha sido fixada no mínimo legal, deve o réu ser severamente observado em unidade prisional de segurança máxima, tendo em vista a violência com que foi praticado o delito, o que somente é possível no regime fechado, o qual é o necessário para reprovação e prevenção do crime [...]" (fl. 96e)

Compulsando a denúncia, verifica-se que, não obstante o Tribunal de 2.º Grau tenha feito alusão à violência, as circunstâncias com que o delito foi praticado não ultrapassam as comuns à espécie, razão pela qual não justificam o recrudescimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional, como se vê:

"Consta dos autos que a vítima conduzia seu veículo quando foi 'fechada' por um veículo de cor preta, conduzido por terceira pessoa ainda não identificada, de onde desembarcaram os denunciados, ocasião em que foi abordada pelos acusados e, sob a mira de arma de fogo, foi obrigada a sair do veículo e entregar seus pertences, tendo o denunciado ADILSON assumido a direção do GM/ASTRA e o denunciado EDINILSON, ingressado no banco do carona." (fl. 19e)

A teor do disposto na Súmula 440 do STJ, no sentido de 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", fazem jus os pacientes ao regime inicial semiaberto, tendo em vista o **quantum** definitivo das penas (05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa), e a primariedade dos pacientes (fl. 44e), cujas penas-base foram fixadas no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais.

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".

Ante o exposto, não conheço do presente **Habeas corpus**. Concedo, porém, a ordem, de ofício, para fixar o aumento, na terceira fase da aplicação da pena, pelas duas majorantes, no mínimo legal de 1/3 (um terço) – reduzindo as penas definitivas, pelo delito do art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, em consequência, a 05 anos e 04 meses de reclusão e 13 dias-multa –, e para estabelecer o regime inicial semiaberto, para o cumprimento das penas reclusivas impostas aos pacientes, na Ação Penal de que trata o presente **writ**.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0051691-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 199.876 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090540291646 288439020098190054

EM MESA

JULGADO: 16/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMÉRICO LUIZ DIOGO GRILO - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ADAILTON OLIVEIRA BRASIL

PACIENTE : EDINILSON DE ARAUJO PEREIRA

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, com ressalva de entendimento da Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira."

A Sra. Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.