



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.158 - SP (2010/0193552-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : SILVIA HELENA AVILA DA CUNHA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENILSON GIL TEIXEIRA DE OLIVEIRA
EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO MAJORADO. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO. SÚMULA 440/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012, e HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício. A propósito: HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– A escolha do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada à quantidade de pena privativa de liberdade aplicada ao condenado. É de rigor a consideração das demais circunstâncias do caso concreto para a escolha do regime mais adequado à repressão e prevenção do delito. A pena-base estabelecida no mínimo legal é condição necessária, mas não suficiente para imposição de regime menos gravoso.

– No caso sob apreciação, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente e a fixação da pena-base no mínimo legal (quatro anos de reclusão), o regime inicial estabelecido foi o fechado. Não tendo as instâncias originárias invocado circunstâncias concretas para imposição do regime fechado, torna-se necessária a aplicação da Súmula 440 desta corte e, também, o que dispõe o artigo 33, § 2º, b, do Código Penal, sendo de rigor, portanto, a imposição do regime semiaberto.

– Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, ratificando a liminar deferida, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta na ação penal de que aqui se cuida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 26 de fevereiro de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.158 - SP (2010/0193552-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : SILVIA HELENA AVILA DA CUNHA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENILSON GIL TEIXEIRA DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor de DENILSON GIL TEIXEIRA DE OLIVEIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 13 (treze) dias-multa, por infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal, conforme sentença de fls. 17-21.

Interposta apelação pela defesa, a Corte Estadual negou provimento ao recurso, nos termos de acórdão de fls. 22/37.

No Superior Tribunal de Justiça, sustentam os impetrantes que, como a reprimenda aplicada não ultrapassou 8 anos de reclusão e não há reincidência, não poderia ser fixado o regime inicial fechado. Requerem, liminarmente e no mérito, a fixação do regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

A liminar foi deferida à fl. 44 pelo antigo Relator, Ministro Gilson Dipp, para assegurar ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito do *writ* no regime semiaberto, caso não ele não se encontrasse preso em regime fechado por outro motivo.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 53-55, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 188.158 - SP (2010/0193552-9)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

De início, saliento que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, visando combater o excessivo alargamento da admissibilidade da ação constitucional do *habeas corpus* pelos Tribunais, passou a adotar orientação no sentido de não mais admiti-lo quando substitutivo de recurso especial. Confira-se:

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, na condução do processo, indeferi-las (HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012).

Em seqüência, no julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28.8.2012, da relatoria da Exma. Ministra Rosa Weber, a aludida Turma julgadora foi além entendendo não mais ser cabível *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal". Por oportuno, transcrevo os seguintes excertos do julgado, *in verbis*:

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do habeas corpus, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

Sobre os feitos já ajuizados destacou, *litteris*:

Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, entendo que, quanto os habeas corpus já impetrados, impõem-se o exame da questão de fundo, uma vez que possível o concessão de habeas corpus de ofício diante de flagrante ilegalidade ou arbitrariedade.

A ementa do aresto restou assim sintetizada:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser 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 ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Precedentes

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático-probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado (HC 104.045/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Este Superior Tribunal de Justiça, adotando a nova orientação da Suprema Corte, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toada, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o habeas corpus substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso especial.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido na impetração ante a possibilidade de existência de flagrante constrangimento que justifique a concessão de *habeas corpus* de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como dito, postula-se com esta impetração a alteração do regime inicial para cumprimento da pena, ao argumento de que a fixação de regime fechado contrariou diretamente o artigo 33, § 2º, b, do Código Penal.

A Corte de origem ao julgar o recurso de apelação destacou:

Realmente, não se pode conceder regime carcerário mais benigno a réu perigoso pela só consideração da quantidade de pena, com infringência das normas dos art. 33, § 3º, e 59 do Código Penal. Vale dizer que o cumprimento em regime mais brando que o fechado não é decorrência automática da duração da pena, mas simples faculdade do juiz, que pode e deve evitá-lo, quando não satisfeitos os pressupostos estabelecidos no caput do art. 59 do código Penal

Aplicar outro que não o regime mais drástico é premiar a conduta que tanto atemoriza ao cidadão e contribui para a crescente intranquilidade dos dias atuais, desatendendo a finalidade da pena e não se aplicando o razoável caráter retributivo da reprimenda à reprovação da conduta e necessária prevenção ao crime.

[...]

Assim, os apelantes não reúnem mérito algum para iniciar o cumprimento da pena em outro regime, tampouco merece tratamento mais benevolente do Judiciário. O autor de roubo é um cruel violador de direitos e garantias individuais, não trata a vítima com aquele "espírito de fraternidade".

Diante do exposto, pelo meu voto, nega-se provimento aos recursos, mantendo-se a r. decisão guerreada.

O magistrado de primeiro grau fixou a pena-base no mínimo legal, esclarecendo que "as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis" (fl. 20). Todavia determinou que o regime de cumprimento da reprimenda fosse o fechado, "por ser o adequado ao tipo de crime que cometeram, com grave ameaça a pessoa, exercida com emprego de arma de fogo" (fl. 20).

Entretanto, a Súmula 440 do STJ dispõe 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".

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA INTERMEDIÁRIA. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. 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. ORDEM CONCEDIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado, e a exegese da Súmula 440 deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

4. Ordem concedida para estabelecer o regime aberto como o inicial de cumprimento da sanção aplicada ao paciente, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnado (HC 224.637/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012).

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRESENÇA DE TRÊS MAJORANTES. AUMENTO DA PENA ACIMA DO PERCENTUAL MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. MERA UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIO MATEMÁTICO (OBJETIVO). IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 443/STJ. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 440 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A simples presença de mais de uma majorante no crime não é causa obrigatória de exasperação da punição em patamar acima do mínimo previsto, exceto quando o Magistrado, no caso concreto, constata a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação, o que não ocorreu na espécie.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, é incabível a fixação do regime prisional mais gravoso ao réu primário para o cumprimento da pena, razão pela qual, tendo em conta a quantidade da pena aplicada (06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão), faz jus o Paciente ao regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea b, do Código Penal. Inteligência da Súmula n.º 440 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".

3. Concedida a ordem de habeas corpus para, mantida a condenação, reformar a sentença e o acórdão impugnado, reduzindo as penas para 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, e 15 dias-multa, estabelecendo o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, com a extensão do benefício ao corréu, de ofício, por se encontrar em idêntica situação, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal (HC 238.706/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso sob apreciação, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente e a fixação da pena-base no mínimo legal (quatro anos de reclusão), o regime inicial estabelecido foi o fechado, não tendo as instâncias originárias invocado circunstâncias concretas para imposição do regime fechado. Dessa forma, torna-se necessária a aplicação da Súmula 440 desta Corte Superior e o que dispõe o artigo 33, § 2º, b, do Código Penal, sendo de rigor a imposição do regime semiaberto.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*, contudo, concedo a ordem de ofício para, ratificando a liminar deferida, fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta na ação penal de que aqui se cuida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0193552-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 188.158 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12662002

4829043

EM MESA

JULGADO: 26/02/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SILVIA HELENA AVILA DA CUNHA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENILSON GIL TEIXEIRA DE OLIVEIRA
CORRÉU : LINDOMAR DA CONCEIÇÃO

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 da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.