



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.143 - SP (2012/0018501-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANILTON DA SILVA MACHADO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. SÚMULA 440/STJ. INAPLICABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

– 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 despeito de estar atendido o requisito objetivo do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, o paciente não preenchia o requisito subjetivo do artigo 33, parágrafo 3º, do mesmo diploma legal.

– Decisão concretamente fundamentada, considerando as circunstâncias judiciais, que não foram favoráveis ao paciente, tanto que justificaram a fixação da pena-base acima do mínimo legal - 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses - o que, por si só, afasta a aplicação da Súmula 440 do STJ.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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 232.143 - SP (2012/0018501-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANILTON DA SILVA MACHADO

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANILTON DA SILVA MACHADO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento à apelação ministerial.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 157 *caput* do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao apelo para elevar a pena imposta ao ora paciente para 4 (quatro) anos de reclusão, estabelecendo o regime inicial fechado, nos termos do acórdão de fls. 24/31.

Daí o presente *writ*, no qual sustenta a defesa que fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso, fundado apenas na gravidade em abstrato do delito.

Requer seja estabelecido o regime inicial aberto para início de cumprimento de pena.

A liminar foi indeferida à fl. 36.

Informações prestadas às fls. 44-78.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 82-85, opinou pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.143 - SP (2012/0018501-0)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso ordinário constitucional representa guinada da jurisprudência desta 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.

Ademais, importa consignar, ainda, não ser o caso de concessão da ordem de ofício, haja vista não restar configurada flagrante ilegalidade a ser sanada.

No caso sob apreciação, a defesa pugna, com esta impetração, pela alteração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial para cumprimento da pena, argumentando que a fixação de regime fechado se deu com base, tão somente, na gravidade abstrata do delito.

Compulsando os presentes autos, verifica-se que, ante a fundamentação apresentada pelo Tribunal *a quo*, inexistiu constrangimento, uma vez que, apesar da configuração do requisito objetivo do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, o paciente não preenchia os requisitos subjetivos do artigo 33, parágrafo 3º, do mesmo diploma legal.

O Tribunal *a quo*, ao reformar a sentença condenatória, modificou o regime inicial de cumprimento da pena para o fechado, sob os seguintes fundamentos:

De fato, a reprimenda imposta comporta reparos.

Na primeira fase, respeitada a convicção da digna Magistrada, a certidão de fls. 20 do apenso configura mau antecedente, devendo a pena-base ser acrescida de 1/6, atingindo 4 anos e 8 meses de reclusão, e 11 dias-multa, no piso legal.

[...]

Por fim, a fixação do regime prisional não guarda necessária relação com a quantidade de pena aplicada na sentença condenatória. O critério que deve balizar tal escolha se funda nas circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59 do Código Penal, observado o que dispõe o artigo 33, parágrafo 3º, do mesmo Diploma.

Na apreciação das circunstâncias judiciais com vista à estipulação do regime inicial de cumprimento da pena de liberdade, avulta, no caso em apreço, o fato de tratar-se crime de roubo praticado mediante simulação de posse de arma de fogo, contra mulher que caminhava em plena via pública, à luz do dia, tudo a demonstrar a ousadia e periculosidade do agente.

Assim, a gravidade concreta do crime perpetrado aponta para a insuficiência dos regimes aberto ou semiaberto, determinado o fechado como único adequado à espécie.

Na hipótese dos autos, constata-se que a negativa de regime diverso ao paciente se deu em razão da ausência de requisitos subjetivos favoráveis, haja vista a gravidade concreta do delito cometido, evidenciada pela ousadia e periculosidade do agente mencionada no trecho acima.

Observe, portanto, que a necessidade de aplicação de regime inicial mais gravoso foi concretamente considerada pela Corte de Origem, estando, pois, em conformidade com o que dispõe o artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FOGO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. REFERÊNCIA A ELEMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. É cediço que, a teor do enunciado da Súmula nº 269 deste Tribunal, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

2. Contudo, por mais que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, bem como o quantum da pena ser inferior a quatro anos de reclusão, havendo menção a elemento concreto para o estabelecimento de regime inicial mais severo, não há falar em constrangimento ilegal. In casu, foi apontada significativa particularidade fática a revelar a adequação do regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

3. Ordem denegada. (HC 226.022/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28.5.2012).

No mesmo sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. FURTO QUALIFICADO PELA DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. Embora a pena imposta ao Recorrente tenha sido reduzida para dois anos e seis meses de reclusão, o que permitiria a fixação do regime prisional diverso do fechado para o início do cumprimento da pena, a circunstância judicial de maus antecedentes exposta na sentença condenatória e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul permite seja fixado o regime inicial fechado. Precedentes. 2. Recurso ao qual se nega provimento. (RHC 113774, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 2.10.2012).

Com efeito, se o Tribunal *a quo*, em decisão concretamente fundamentada, considerou que as circunstâncias judiciais não foram favoráveis ao paciente, elevando a pena-base acima do mínimo legal - 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses - entendimento que, por si só, afasta a aplicação da Súmula 440 do STJ que dispõe:

"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".

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0018501-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 232.143 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16352011 4580544520108260000 50080261256

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 : TATIANA MENDES SIMÕES SOARES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANILTON DA SILVA MACHADO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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