



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.387 - SP (2012/0029457-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : AUGUSTO GUILHERME A S BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER SOARES DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA *IN CONCRETO*. 4 (QUATRO) ANOS. REGIME SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ALTERAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. NECESSIDADE. SÚMULA 440/STJ. APLICAÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA 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.

– Sendo as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis ao paciente e fixada a pena-base no mínimo legal - 4 anos de reclusão -, a adoção do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, sem explícita fundamentação, configura constrangimento ilegal.

– Observando a aplicação da Súmula 440 desta Corte e, também, o que dispõe o artigo 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, é de rigor a imposição do regime aberto.

– *Habeas Corpus* concedido de ofício para estabelecer o regime aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 233.387 - SP (2012/0029457-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : AUGUSTO GUILHERME A S BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGER SOARES DA SILVA

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 pela Defensoria Pública em benefício de ROGER SOARES DA SILVA contra acórdão da 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso unicamente para conceder o regime inicialmente semiaberto de cumprimento da pena. O acórdão foi assim ementado (fl. 25):

Apelação. Roubo. Insuficiência de prova. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação, de rigor. Reparo quanto ao regime de cumprimento. Circunstâncias judiciais favoráveis e pena in concreto autorizam regime semiaberto. Parcial provimento.

Nesta Corte Superior, o impetrante pugna, em liminar e no mérito, pela concessão do regime inicialmente aberto, invocando a Súmula nº 440 desta Corte e 718 do Supremo Tribunal Federal.

Liminar foi indeferida à fl. 35, pelo antigo relator, Ministro Gilson Dipp.

Informações prestadas às fls. 43-59.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 63-65, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 233.387 - SP (2012/0029457-0)

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 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.

Contudo, constata-se ser o caso de concessão da ordem de ofício, haja vista restar configurada flagrante ilegalidade a ser sanada.

Como dito, postula-se a alteração do regime inicial para cumprimento da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao argumento de que a fixação de regime semiaberto contrariou diretamente o artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, prejudicando o direito de locomoção do paciente.

A Corte de origem, ao julgar o recurso de apelação, concedeu provimento parcial ao recurso defensivo, mantendo a sentença de primeiro grau pelos seus próprios termos, exceto pela configuração do regime fechado para o cumprimento de pena - alterado para o semiaberto, *in verbis*:

Mantenho a condenação imposta, conforme capitulação adotada pela r. sentença.

Contudo, pequeno reparo merece a dosagem da pena, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena.

O decreto condenatório fixou a pena-base no mínimo legal, tornado as reprimendas definitivas nesse quantum ante a ausência de outras causas modificadoras.

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade depende da quantidade de pena fixada, bem como das circunstâncias judiciais favoráveis as elementares contidas no artigo 59, do Código Penal e, sendo de 4 anos a pena in concreto, de rigor a imposição do regime semiaberto.

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.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 15.8.2012).

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. Min. Laurita Vaz, DJe 29/6/2012).

No caso sob apreciação, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente e da fixação da pena-base no mínimo legal - 4 anos de reclusão -, o regime inicial estabelecido foi o semiaberto, porém, a adoção do regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena, sem explícita fundamentação, configura constrangimento ilegal que deve ser corrigido mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Dessa forma, observando a aplicação da Súmula 440 desta Corte e, também, o que dispõe o artigo 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, é de rigor a imposição do regime aberto.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*, contudo, concedo a ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ofício para estabelecer o regime aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0029457-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 233.387 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 181531920098260050 3362009 990091684945

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 : AUGUSTO GUILHERME A S BARBOSA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ROGER SOARES DA SILVA

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 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.