



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.954 - SP (2013/0411490-2)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : LUIZ ANTONIO NUNES FILHO
ADVOGADO : LUIZ ANTÔNIO NUNES FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALUIZIO NOVAIS CARDOSO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. **1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. PECULATO. REGIME MAIS RIGOROSO MOTIVADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS 718 E 719/STF. MAIOR RIGOR NO APENAMENTO. DESNECESSIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.**

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do *habeas corpus* a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes.

2. Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir *habeas corpus* que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, considerando que a modificação da jurisprudência firmou-se após a impetração do presente *habeas corpus*, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanada mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, assim, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, considerando a quantidade de pena aplicada – 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão –, cabível a aplicação do regime aberto para o cumprimento da pena. Impossibilidade de fixação do regime intermediário com base na gravidade abstrata do delito. Súmulas nºs 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de abril de 2014 (data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.954 - SP (2013/0411490-2)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Aluizio Novais Cardoso, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 312, c/c os arts. 29 e 71, todos do Código Penal.

Dessa decisão recorreram as partes.

A Décima Quinta Câmara Criminal, por maioria de votos, negou provimento ao apelo da acusação e deu provimento, em parte, ao da defesa para reduzir a pena para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Os embargos infringentes opostos foram rejeitados.

No presente *writ*, o impetrante sustenta a ilegalidade do regime prisional fixado, porque (fl. 18):

- I) o paciente é tecnicamente primário;
- II) A pena privativa de liberdade restou irrecorrivelmente dosada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses;
- III) O crime foi praticado sem o emprego de violência ou grave ameaça à pessoas; e
- IV) Até em matéria de tráfico de drogas se tem admitido a substituição por restritiva de direitos, quando a pena privativa de liberdade tenha sido definitivamente dosada em patamar igual ou inferior a quatro anos, conforme julgado do próprio Pretório Excelso supracolacionado.

Busca, então liminar e definitivamente (fl. 24):

- a) Fixação do regime inicial aberto, em lugar do semiaberto, com a substituição da pena privativa de liberdade por outra (s) restritiva (s) de direitos;
- b) Ainda que não se lhe defira a substituição por pena alternativa, restritiva de direitos, fixação do regime inicial aberto, em lugar do semiaberto, deferindo-se ao paciente o direito de cumprir a pena em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime de prisão albergue-domiciliar, face à inexistência, ao menos no foro do domicílio do sentenciado, de Casa de Albergado;

c) Ainda que preservado o regime inicial semiaberto, permitir-lhe aguardar no regime mais brando o surgimento de vaga em estabelecimento adequado no domicílio, ou, ao menos, nas proximidades do domicílio do sentenciado, para o regular cumprimento da pena inicialmente no regime semiaberto, que deverá dar-se em regime de Prisão Albergue-domiciliar, pelas razões já esposadas no item precedente.

A liminar foi indeferida (fls. 99/100) e as informações prestadas (fls. 107/213).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar (fls. 217/225), opinou pela concessão da ordem de ofício.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 284.954 - SP (2013/0411490-2)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

Consolidou-se, por meio de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a tendência de se atenuar as hipóteses de cabimento do *mandamus*, destacando-se que o *habeas corpus* é remédio constitucional voltado ao combate de constrangimento ilegal específico de ato ou decisão que afete, potencial ou efetivamente, direito líquido e certo do cidadão, com reflexo direto em sua liberdade. Assim, não se presta à correção de decisão sujeita a recurso próprio, previsto no sistema processual penal, não sendo, pois, substituto de recursos ordinários, especial ou extraordinário. A mudança jurisprudencial firmou-se a partir dos seguintes julgamentos: *Habeas Corpus* n. 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio; *Habeas Corpus* n. 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber; *Habeas Corpus* n. 114.550/AC, Relator o Ministro Luiz Fux; e *Habeas Corpus* n. 114.924/RJ, Relator o Ministro Dias Toffoli.

Entendo que boa razão têm os Ministros do Supremo Tribunal Federal quando restringem o cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. É que as vias recursais ordinárias passaram a ser atravessadas por incontáveis possibilidades de dedução de insurgências pela impetração do *writ*, cujas origens me parece terem sido esquecidas, sobrecarregando os tribunais, desvirtuando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal. Calhou bem a mudança da orientação jurisprudencial, tanto que eu, de igual modo, dela passo a me valer com o objetivo de viabilizar o exercício pleno, pelo Superior Tribunal de Justiça, da nobre função de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira.

No entanto, apesar de não se ter utilizado, na espécie, do recurso previsto na legislação ordinária para a impugnação da decisão, em homenagem à garantia constitucional constante do art. 5º, inciso LXVIII, passo a analisar as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sanado mediante a concessão de *habeas corpus* de ofício –, evitando-se, desse modo, prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

No caso, a fixação do regime prisional semiaberto traduz constrangimento ilegal evidente que deva ser reparado mediante a concessão, excepcional, de *habeas corpus* de ofício.

Cumprе ressaltar inicialmente, consoante a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a escolha do regime inicial de cumprimento de pena não está atrelada, de modo absoluto, ao *quantum* da pena privativa de liberdade aplicada ao acusado. Devem ser consideradas as demais circunstâncias do caso concreto para a escolha do regime que efetivamente se mostre mais adequado à repressão e prevenção do delito.

Partindo-se, assim, do *quantum* de sanção privativa de liberdade aplicada ao acusado, faz-se imprescindível, para a imposição de regime mais rigoroso ao cumprimento da pena segregatória, concreta e individualizada fundamentação, diante da presença de circunstâncias desabonadoras em relação ao paciente, nos termos do § 3º do art. 33 do Código Penal.

Incide, portanto, *in totum*, os enunciados Sumulares 718 e 719 do STF, quais sejam, respectivamente:

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.

Acompanhando o entendimento acima anunciado, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte:

A - HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL FECHADO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO NA FORMA TENTADA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉUS PRIMÁRIOS. REPRIMENDA FINAL ESTABELECIDADA EM 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719/STF E 440/STJ. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. ORDEM CONCEDIDA.

1. O artigo 33, § 2º, c, do CP, estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 anos poderá iniciar o cumprimento da sanção no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado.

3. Cumpre destacar que, recentemente, este Tribunal Superior sumulou o referido entendimento no verbete n. 440: "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."

4. Na espécie, os pacientes foram condenados às penas de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, o qual foi fixado com base na gravidade abstrata do delito.

5. Ordem concedida para estabelecer, a teor do artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, o modo inicial aberto aos pacientes para o resgate da reprimenda. (HC 172.865/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 21.03.2011)

B - PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. TENTATIVA. 1. CÂMARA FORMADA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU CONVOCADOS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INOCORRÊNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. 2. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. NECESSIDADE. 3. LAUDOS QUE ATESTAM QUE ARMA ENCONTRAVA-SE DESMUNICIADA. CAUSA DE AUMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA. 4. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO NÚMERO DE MAJORANTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 443 DO STJ. 5. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. 6. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. Os julgamentos de recursos proferidos por Câmara composta, majoritariamente, por juízes de primeiro grau não são nulos, eis que não violam o princípio do juiz natural. Ressalva do entendimento da relatora.

(...)

5. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele previsto em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito, visto que, para exasperação do regime legal, é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Ordem em parte concedida para afastar a causa de aumento de pena prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, reduzindo a reprimenda privativa de liberdade, e fixar o regime inicial aberto. (HC 161.326/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 11.10.2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumprido ressaltar, então, o que disse o Tribunal estadual para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda (fl. 182):

Inobstante ao perpetrado, fixo o regime semiaberto para o cumprimento das reprimendas, por mostrar-se adequado e suficiente à ressocialização

Do excerto acima destacado, evidencia-se que, apesar de inexistir qualquer circunstância que desabone a conduta do paciente, tanto que a pena-base permaneceu-se no mínimo legal, além de não ser réu reincidente, o regime foi fixado de forma mais rigorosa com base exclusivamente na gravidade abstrata do delito.

Assim, imperioso ser sanado o flagrante constrangimento ilegal ocasionado ao paciente, o que passo a fazer desde já: considerando que as circunstâncias judiciais foram tidas por favoráveis, entendo que deve ser estabelecido o regime aberto para desconto da sanção reclusiva.

Destarte, mostrou-se irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual diviso o alegado constrangimento ilegal.

Não destoia desse entendimento a jurisprudência desta Corte Superior:

A - HABEAS CORPUS. FURTO. RÉU MULTIRREINCIDENTE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. 1. A teor do enunciado nº 269 da Súmula deste Tribunal, 'é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'. 2. Na espécie, milita contra o paciente o fato de ser multirreincidente, registrando outras três condenações definitivas. Ademais, a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal em razão da personalidade e conduta social desajustadas do acusado. 3. Ordem denegada. (HC n.º 209.766/SP, Relator o Ministro **OG FERNANDES**, DJe de 17/8/2011.)

B - HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (3 ANOS). PENA FIXADA: 2 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS: MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. VÁRIAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. PARECER DO MPF PELA DENEGACÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. (...). 2. No caso dos autos, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi realizada de forma proporcional e suficientemente justificada, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, os maus antecedentes, inexistindo qualquer ilegalidade na espécie. Outrossim, não há bis in idem quando existente condenação definitiva anterior suficiente para a caracterização da reincidência e distinta daquelas que serviram de supedâneo para assinalar os maus antecedentes do paciente. Precedentes. 3. As circunstâncias judiciais desfavoráveis, somadas à reincidência, são suficientes para manter o regime inicial fechado, apesar da pena aplicada ser inferior a 8 anos de reclusão. Não é caso de aplicação da Súmula 269 deste STJ, pois a possibilidade de adoção do regime semiaberto para reincidentes condenados a pena inferior a 4 anos de reclusão exige que as circunstâncias do art. 59 do CPB sejam todas favoráveis, o que não ocorreu no caso concreto. Inviável, igualmente, o regime aberto. Precedentes. 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (HC n.º 188.101/SP, Relator o Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, DJe de 9/6/2011.)

À vista do exposto, não conheço da impetração. Concedo *habeas corpus* de ofício para, reformando o acórdão impugnado, estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena do paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0411490-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 284.954 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01325449820138260000 1325449820138260000 2710120000055599 5162000
55590420008260271

EM MESA

JULGADO: 24/04/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LUIZ ANTONIO NUNES FILHO
ADVOGADO	: LUIZ ANTÔNIO NUNES FILHO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALUIZIO NOVAIS CARDOSO
CORRÉU	: ISMAEL ANTONIO CANTARELLA
CORRÉU	: RICARDO MALVAR RIBAS
CORRÉU	: HAROLDO RODRIGUES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Peculato

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Regina Helena Costa, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.