



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.617 - SP (2011/0220841-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : MARCIA CRISTINA BRAGA CONGILIO THIBERIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ZEFERINO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PROCESSUAL. SENTENÇA. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO DO PACIENTE DE PERMANECER EM LIBERDADE DURANTE O PROCESSAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ANTIJURIDICIDADE DA DETERMINAÇÃO QUE IMPÕE AO PACIENTE REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, PORÉM, CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, 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. Fundamentada adequadamente a necessidade da prisão processual para garantia da ordem pública, tanto na decisão que inicialmente justificou a prisão, quanto na superveniente sentença, sem agregar fundamentos diversos no novo título prisional, não resta configurada hipótese de ausência superveniente de interesse processual na tramitação do *habeas corpus*.

4. Embora demonstrada concretamente a imprescindibilidade de constrição cautelar, é antijurídico determinar ao Paciente que aguarde o julgamento do recurso de apelação em regime mais gravoso, porque fixada a pena-base no mínimo legal. Súmulas 718 do STF e 440 do STJ.

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus*, porém, concedida de ofício para assegurar ao Paciente o direito de aguardar o julgamento do recurso de apenação em regime semiaberto, aplicando-se, desde já, as respectivas regras.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de outubro de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.617 - SP (2011/0220841-3)

IMPETRANTE : MARCIA CRISTINA BRAGA CONGILIO THIBERIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ZEFERINO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL ZEFERINO DA SILVA, preso em flagrante, no dia 29/05/2011, e posteriormente denunciado como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, denegando a ordem originária, manteve a prisão cautelar do Paciente.

Alega a Impetrante, em suma, que o ora Paciente preenche os requisitos para obtenção da liberdade provisória sem pagamento de fiança, mormente porque é primário, tem residência fixa no distrito da culpa e, embora trabalhe, *"é incapaz de arcar com qualquer valor fixado a título de fiança sem prejuízo à sua manutenção ou de sua família"* (fl. 13)

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da liberdade provisória sem pagamento de fiança. Alternativamente, a concessão da liberdade com pagamento de fiança no mínimo legal.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 58/59.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 202/240, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 244/250, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 218.617 - SP (2011/0220841-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PROCESSUAL. SENTENÇA. NÃO RECONHECIMENTO DO DIREITO DO PACIENTE DE PERMANECER EM LIBERDADE DURANTE O PROCESSAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA PARA O CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ANTIJURIDICIDADE DA DETERMINAÇÃO QUE IMPÕE AO PACIENTE REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, PORÉM, CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recente alteração jurisprudencial, retomou o curso regular do processo penal, ao não mais admitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.^a Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 07/08/2012, DJe de 10/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. ROSA WEBER, julgado em 28/08/2012, DJe de 05/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros LUIZ FUX e DIAS TOFFOLI, 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. Fundamentada adequadamente a necessidade da prisão processual para garantia da ordem pública, tanto na decisão que inicialmente justificou a prisão, quanto na superveniente sentença, sem agregar fundamentos diversos no novo título prisional, não resta configurada hipótese de ausência superveniente de interesse processual na tramitação do *habeas corpus*.

4. Embora demonstrada concretamente a imprescindibilidade de constrição cautelar, é antijurídico determinar ao Paciente que aguarde o julgamento do recurso de apelação em regime mais gravoso, porque fixada a pena-base no mínimo legal. Súmulas 718 do STF e 440 do STJ.

5. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus*, porém, concedida de ofício para assegurar ao Paciente o direito de aguardar o julgamento do recurso de apenação em regime semiaberto, aplicando-se, desde já, as respectivas regras.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Inicialmente, impende ressaltar que, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem abarrotado os tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente:

"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, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012.)

Colhe-se do voto do Relator, o Ministro Marco Aurélio, o seguinte excerto:

"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.

Cumpra 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 correção de rumos. Consigno que, no tocante a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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."

No mesmo diapasão, foi o julgamento do HC 104.045/RJ, na sessão do dia 28/08/2012, perante a Primeira Turma. A Relatora, a Ministra Rosa Weber, ao não admitir o *habeas corpus* "como substitutivo de recurso no processo penal", ressaltou que:

"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."

Fez também a mesma ponderação acerca dos feitos já ajuizados:

"Como a não admissão do habeas corpus como substitutivo do 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."

Eis a ementa do julgado:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012.)

No mesmo sentido:

"Penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Atentado violento ao pudor praticado com violência presumida – art. 214, c/c art. 223, ‘a’, do Código Penal. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas corpus: CF, art. 102, I, ‘d’ e ‘i’. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Inviabilidade da concessão ex officio do writ. Absolvição. reexame de fatos e provas: Inviabilidade da concessão da ordem ex officio. Superveniência de trânsito em julgado da sentença condenatória. Impossibilidade de convolação do writ em revisão criminal. Aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009, com o fito de diminuir a pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva. Tema não examinado no Tribunal a quo. Supressão de instância. Inocorrência, in casu, de concurso de crimes.

1. 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, sendo certo que o paciente não está arrolado em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

2. Afigura-se paradoxal, em tema de direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger hipóteses não sujeitas à jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal.

3. 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 contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, que objetivam viabilizar o exercício pleno da nobre função de guardião da Constituição Federal.

4. E nem se argumente com o que se convencionou chamar de jurisprudência defensiva. Não é disso que se trata, mas de necessária, urgente e imperativa 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 acrescer que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

5. *Ad argumentandum tantum, sequer é o caso de concessão ex officio da ordem, porquanto a impetrante pretende, através do revolvimento de fatos e provas, infirmar a palavra da vítima de atentado violento ao pudor, com violência presumida, bem como o testemunho da mãe dela para alcançar, em sede de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, a absolvição, atribuindo aos pais da criança, então com 6 (seis) anos de idade, falta de cuidados e imputando à mãe falsa comunicação de crime para acobertar suposto adultério praticado com o paciente; argumentos lastimáveis, data venia.*

6. *É cediço que a via estreita do habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para alcançar a absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; E RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009.*

7. *Outrossim, o superveniente trânsito em julgado da sentença traduz impossibilidade de convalidação do writ, ou mesmo do recurso, em revisão criminal.*

8. *O tema atinente à aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009 não passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, por isso não pode ser conhecido nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.*

9. *Ainda que essa questão tivesse sido examinada pelo Tribunal a quo, o caso concreto não comportaria a aplicação da lex in melius posterior, porquanto a redução da pena somente seria possível se o paciente tivesse sido condenado em concurso material e pretendesse o reconhecimento da continuidade delitiva, sendo certo que a condenação foi por apenas um delito.*

10. *Destarte, a jurisprudência desta Corte, anteriormente ao advento da referida Lei n. 12.015, de 7-8-2009, refutava o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, sob o fundamento de configurarem delitos de espécies distintas, entendimento que há de ser revisto ante a inserção dos núcleos definidores do crime de atentado violento ao pudor na descrição típica do crime de estupro, passando a configurar delitos da mesma espécie.*

11. *A afirmação, pela Defensoria Pública, no sentido da ocorrência de concurso de crimes é, reitere-se, dissociada da realidade dos autos, não cabendo argumentar com a aplicação retroativa da Lei n. 12.015/2009.*

12. *Habeas corpus extinto, por inadequação da via processual, afastada a possibilidade de concessão ex officio da ordem." (HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012.)*

Esse entendimento foi reiterado em decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

114.924/RJ (DJe de 27/08/2012), os quais, considerando a inadequação do writ, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações.

Nesse cenário, exsurge a necessidade premente da reformulação da admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

Feitas essas pertinentes considerações, constata-se ser o caso de concessão do remédio constitucional de ofício. Vejamos.

Na hipótese, o Juízo Singular indeferiu o pedido de liberdade provisória mediante a seguinte fundamentação, *ad litteram*:

"[...]

Os autos encontram-se formalmente em ordem, sem qualquer irregularidade e os motivos que ensejaram a prisão do acusado permanecem presentes.

Também, existem indícios da autoria e da materialidade do crime praticado pelo réu, ou seja, crime de roubo, crime de extrema gravidade e que torna necessária, a manutenção da custódia para garantia da ordem pública.

Isto posto, indefiro o pedido de liberdade provisória, feito em favor de Rafael Zeferino da Silva" (fl. 35).

O Tribunal de origem, por sua vez, entendeu justificada a necessidade da medida cautelar, assim consignando, *in verbis*:

"[...]

Com efeito, quando do recebimento da denúncia a douta autoridade impetrada justificou a necessidade da segregação provisória para preservação da ordem pública, diante da extrema gravidade do delito praticado (fl. 20).

A circunstância da primariedade, dos bons antecedentes e de possuir residência fixa no distrito da culpa, por si só, não basta para autorizar o deferimento da liberdade provisória de agente envolvido em crime de roubo qualificado, que tem causado verdadeiro pânico à sociedade, haja vista as sérias consequências que tais delitos acarretam.

[...]

Urge, pois, preservar a custódia dos agentes envolvidos nesses casos, a fim de acautelar o meio social de novas investidas delituosas, garantindo-se a efetiva aplicação da lie penal em caso de eventual condenação, sem que isso viole, sob qualquer aspecto, o princípio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucional da presunção de inocência" (fls. 238/239).

Cumpre mencionar que, consoante andamento processual obtido na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que ora faço juntar aos autos, foi proferida sentença nos autos da ação penal em epígrafe, restando o ora Paciente condenado, como incurso no no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal, às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.

Nesse contexto, conquanto a sentença condenatória constitua novo título a embasar a manutenção do cárcere e inexista apreciação do Tribunal de origem acerca da superveniente sentença, não resta configurada hipótese de supressão de instância, porquanto limitou-se o juízo sentenciante a manter a custódia; vale dizer, indeferiu a liberdade do Paciente, sem agregar fundamentos novos.

Verifica-se que, na espécie, o Juízo Singular fundamentou adequadamente a necessidade da constrição cautelar, especialmente ao avaliar concretamente a necessidade da medida para garantia da ordem pública, inclusive quando proferiu a sentença.

Contudo, na hipótese – em que o Paciente foi condenado às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, como incurso no no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal – é errônea a fundamentação que fixou o regime inicial fechado, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal.

O Julgador *a quo*, ao justificar tal determinação, esclareceu que "*[o] concurso de agentes, o horário em que o crime foi cometido (já de madrugada) e a grave ameaça contra a vítima, revelam maior ousadia e periculosidade dos réus, além de maior risco à integridade física da vítima, tornando mais graves as condutas praticadas; trata-se ademais, de delito que tem causado grande intranquilidade social no meio urbano em que se deu*".

Com efeito, não se pode determinar o regime fechado na hipótese, **quando inidônea a fundamentação, baseada tão somente na gravidade abstrata da conduta cometida e na opinião pessoal dos julgadores**, como na hipótese.

A propósito, *mutatis mutandis*:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INOBSERVÂNCIA DO RITO PROCEDIMENTAL DA LEI 10.409/02. DECISÃO CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. NULIDADE. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. [...].

5. Não havendo notícia de reincidência e tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, justamente por força do reconhecimento das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP como totalmente favoráveis ao paciente, impõe-se a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena aplicada (3 anos de reclusão), em observância ao disposto no art. 33, § 2º, letra c, do referido diploma legal.

6. [...]." (HC 94.823/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 23/06/2008.)

Somente se consideradas as circunstâncias judiciais de forma desfavoráveis, com fundamentos idôneos, poderia, então, ser mantido regime prisional mais gravoso.

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal, inclusive, ratifica os fundamentos da presente decisão, ao esclarecer que, *"se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese"* (HC 72.315/MG, Primeira Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os seguintes verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"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." (Súmula n.º 718 – sem grifos no original.)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena APLICADA permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)

E ainda, a Súmula n.º 440/STJ: *"[f]ixada 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"*.

Prosseguindo, apenas acrescente-se ser nítida a afronta ao posicionamento deste Superior Tribunal e do Supremo Tribunal Federal que, ao editarem as referidas súmulas, pacificaram seu próprio entendimento acerca da matéria.

Relembre-se ao Magistrado de piso que a edição de súmulas é apenas o último passo de longo processo de uniformização da jurisprudência, após inúmeras discussões e divergências dentre os próprios ministros, em diversos órgãos julgadores, acerca do sentido e alcance de dispositivos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O acolhimento de posições pacificadas ou sumuladas pelos tribunais superiores ou pelo Supremo Tribunal Federal – vinculantes, ou não – está longe de significar um "engessamento" dos Magistrados de instâncias inferiores. O desrespeito, porém, em nada contribui para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Sequer provocam a rediscussão da controvérsia da maneira devida, significando, tão somente, indesejável insegurança jurídica, e o abarrotamento desnecessário dos órgãos jurisdicionais de superposição.

Em verdade, ao assim agirem, as jurisdições anteriores desprestigiam o papel desta Corte de unificador da Jurisprudência dos Tribunais Pátrios e contribui para o aumento da sobrecarga de processos que já enfrenta este Sodalício, além de ensejar grande descrédito à atividade jurisdicional, como um todo.

Por isso, devem os Julgadores de hierarquia jurisdicional ínfera compreender que, neste Superior Tribunal de Justiça, onde apenas dez ministros têm a hercúlea tarefa de julgar *habeas corpus* impetrados contra Tribunais de apelação de todo o país, a contraproducente prolação de decisões contrárias aos posicionamentos desta Corte e do Supremo Tribunal Federal é um grande e grave fator – desnecessário – a contribuir para a demora na concretização da prestação jurisdicional, causado pelos próprios Juízes das instâncias antecedentes.

Reproduzo ainda, por relevante, a percuciente lição do ilustre Professor Luiz Guilherme Marinoni, que, em artigo publicado no *site* da Revista Consultor Jurídico, em 10 de abril de 2012, advertiu o que se segue:

"Uma "Corte de Precedentes", ao exercer sua função de colaborar com a construção do direito, não pode se desligar do seu dever de tutelar a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais. A Corte deixa, assim, de objetivar apenas a tutela do litigante mediante a correção da interpretação do direito e passa a estar consciente de sua missão de revelar o sentido do direito, bem como de sua responsabilidade perante o futuro.

A Corte tem função proativa, prevenindo agressões ao Direito e permitindo a sua evolução e transformação. Se o STJ tem a função de dar unidade ao direito federal mediante a instituição de precedentes, os seus ministros e turmas, assim como os tribunais inferiores, deles não podem divergir. O precedente pode ser revogado pela Corte quando presentes circunstâncias que assim aconselhem, tomando-se a cautela de não violar a confiança justificada dos jurisdicionados, mediante a atribuição, se for o caso, de efeitos prospectivos à decisão revogadora.

Por sua vez, os tribunais inferiores, diante do precedente, devem bem operar com a técnica da distinção (distinguishing), evitando aplicar o precedente em face de casos diversos. Tem-se, nesta dimensão, verdadeira unidade do direito federal, real dignidade das decisões da Corte, evitando-se a violação da segurança jurídica e da igualdade perante o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito. Como consequência, há tutela jurisdicional muito mais tempestiva e barata [...], evitando-se a litigiosidade diante da solução já expressa no precedente.

[...].

É preciso que o sentido do direito federal tenha estabilidade e que os precedentes sejam criados e revogados apenas quando necessário em face da evolução da concepção geral do direito e da própria realidade social. Com isso a vida dos processos não ultrapassará, em regra, o segundo grau de jurisdição, priorizando-se a tempestividade da tutela jurisdicional, a economia de gastos financeiros e a racionalidade do serviço dos Tribunais e do próprio STJ, além de – e isto é mais importante – a coerência da ordem jurídica, a segurança e a igualdade perante o direito. [...]”.

(<http://www.conjur.com.br/2012-abr-10/primeiro-grau-efetividade-stj-cumpra-papel> – acessado em 12 de abril de 2012.)

Conclui-se que incidem no caso as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que *"o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto"* e que *"[a] determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código"*, deveria ter sido fixado o regime semiaberto.

Por isso, embora demonstrada concretamente a imprescindibilidade de constrição cautelar, é antijurídico determinar ao Paciente que aguarde o julgamento do recurso de apelação em regime mais gravoso, porque fixada a pena-base no mínimo legal.

Cabível, no caso, *mutatis mutandis*, o entendimento segundo o qual *"[e]stipulado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, mostra-se incompatível com a condenação a manutenção da prisão preventiva – antes decretada e conservada na sentença condenatória para negar ao paciente o apelo em liberdade –, ainda que a acusação tenha recorrido"* (HC 89018/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 10/03/2008).

No mesmo sentido, ainda, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PACIENTE REINCIDENTE. ADOÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME MAIS SEVERO A SER CONSIDERADO É O SEMIABERTO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS, NO ENTANTO, CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO E PARA QUE O PACIENTE AGUARDE NO REGIME SEMIABERTO O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO, SALVO SE POR OUTRO MOTIVO ESTIVER PRESO.

1. A presença de circunstância judicial desfavorável e a reincidência é suficiente para, apesar da pena total de 2 anos e 6 meses de reclusão, fixar-se o regime inicial mais severo; mas, neste caso, deve ser estabelecido o regime semiaberto, para manter-se o critério da proporcionalidade do decreto condenatório, uma vez que o regime inicial fechado tem como quantitativo pena bem mais elevada que a aplicada na hipótese.

2. Sobrevindo sentença penal condenatória, a manutenção da custódia do réu para apelar, mormente porque esteve preso durante a instrução criminal por força de decisão judicial motivada, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação. Aplicação, no caso, da Súmula 09, desta Corte Superior (HC 73.652/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 28.04.08).

3. Parecer ministerial pela denegação do writ.

4. Ordem denegada. Habeas Corpus, no entanto, concedido de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda e para que o paciente aguarde o julgamento do Recurso de Apelação no regime semiaberto, salvo se por outro motivo estiver preso." (HC 177.679/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 13/12/2010.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO. PRISÃO EM FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE PELOS. MESMOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA INDEFERIR A LIBERDADE PROVISÓRIA. CONDENÇÃO EM REGIME INICIAL ABERTO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR EM REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Conquanto a sentença condenatória constitua novo título a embasar a manutenção do cárcere e inexista apreciação do Tribunal de origem acerca da superveniente sentença, não resta configurada hipótese de supressão de instância, porquanto limitou-se o juízo sentenciante a manter a custódia, vale dizer, indeferiu a liberdade do Paciente, sem agregar fundamentos novos.

2. Fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda, a negativa do apelo em liberdade constitui constrangimento ilegal, porquanto não pode o acusado aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória.

Precedentes desta Corte.

3. Recurso provido para revogar a custódia preventiva imposta ao Recorrente, assegurando-lhe o direito de cumprir a pena no regime aberto, que lhe foi imposto na sentença condenatória, mediante condições a serem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecidas pelo Juízo das Execuções." (RHC 29.446/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de DJe 06/04/2011.)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *writ*. Porém, CONCEDO a ordem de *habeas corpus* de ofício para assegurar ao Paciente o direito de aguardar o julgamento do recurso de apelação em regime semiaberto, aplicando-se, desde já, as respectivas regras.

Encaminhem-se cópias do presente voto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo de Direito da 2.^a Vara Distrital de Campo Limpo Paulista da Comarca de Jundiaí/SP.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0220841-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 218.617 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 115012011002079 1175599520118260000 207902011

EM MESA

JULGADO: 02/10/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

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 : MARCIA CRISTINA BRAGA CONGILIO THIBERIO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL ZEFERINO DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

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