



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.103 - SP (2017/0036153-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO - SP259026
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MIRELA REZENDE DE MELO FERRARO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO DOMICILIAR. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIA, CONDENADA A PENA QUE NÃO EXCEDE 4 ANOS, COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 269/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. Não há qualquer manifestação das instâncias ordinárias acerca da necessidade de prisão domiciliar em razão da apontada gravidez da paciente, tema versado no presente *writ*, de modo que o Superior Tribunal de Justiça fica impedido de fazê-lo diretamente, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (HC n. 126292, julgado no dia 17 de fevereiro de 2016).

3. No caso, a jurisdição das instâncias ordinárias encontra-se encerrada, porquanto na fase de admissibilidade do recurso especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interposto pelo paciente, sendo possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

4. Em relação ao regime, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

5. No caso, ainda que a paciente seja reincidente, é possível a aplicação do regime intermediário, tendo em vista a quantidade da pena aplicada - 1 ano, 9 meses e 10 dias - e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis. Isso porque, consoante dispõe o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte Superior : "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

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, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.103 - SP (2017/0036153-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO - SP259026
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MIRELA REZENDE DE MELO FERRARO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de MIRELA REZENDE DE MELO FERRARO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0006895-83.2014.8.26.0196.

Consta dos autos que a paciente foi condenada, pelo Juízo singular, às penas de 1 ano, 9 meses e 10 dias de reclusão, em regime fechado, e 9 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, II, do Código Penal (fls. 32/37).

Irresignadas, ambas as partes apelaram. O Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo e proveu parcialmente o recurso ministerial para fixar o dia-multa em 1/4 de salário mínimo, mantidos os demais termos da sentença, conforme acórdão de fls. 66/71 e fl. 60.

A impetrante sustenta, no presente *writ*, a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto a paciente estaria grávida, contando já com 9 meses, apresentando quadro de alto risco e, em *respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado brasileiro constituído em Estado Democrático de Direito, reclama uma solução urgente e eficaz para o caso que ora se traz a juízo, o que só poderá ser alcançado com a concessão, em caráter especial, da prisão domiciliar à requerente*. Diante disso, sustenta que a paciente faz jus à concessão de liberdade provisória ou de prisão domiciliar, nos termos do art. 318, IV, do CPP

Aduz a defesa, ainda, que o regime inicial fechado foi aplicado com fundamentação inidônea, baseado apenas na reincidência da apelante. Aponta ser aplicável ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso o disposto no enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, permitindo-se a fixação de regime inicial aberto.

Diante disso, requer, liminarmente, a concessão da liberdade provisória e, subsidiariamente, da prisão domiciliar. No mérito, requer a fixação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi deferido para assegurar à paciente o direito de aguardar no regime semiaberto o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal opinou, à fl. 96, pela concessão da ordem para que seja fixado o regime intermediário.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 389.103 - SP (2017/0036153-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ 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 do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento do constrangimento ilegal devido à não substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, bem como a fixação do regime mais gravoso.

Inicialmente, após a análise dos autos, verifico que não há qualquer manifestação das instâncias ordinárias acerca da necessidade de prisão domiciliar em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontada gravidez da paciente, tema versado no presente *writ*, de modo que o Superior Tribunal de Justiça fica impedido de fazê-lo diretamente, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

De outro lado, tendo em vista o julgamento do recurso de apelação pelo Tribunal de origem, cumpre salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão do dia 17/2/2016, ao julgar o HC n. 126.292/SP, da relatoria do Ministro Teori Zavascki, DJe 17/5/2016, entendeu que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência. Diante disso, a partir de fevereiro/2016, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o esaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena.

Assim, em compasso com essa nova orientação adotada pelos Tribunais Superiores, confirmada a sentença condenatória em grau de apelação, há um novo título apto a embasar a segregação do paciente, não havendo mais que se falar em prisão preventiva (no mesmo sentido: RHC n. 70.150/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 3/6/2016; HC n. 326.918/RJ, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 7/6/2016; HC n. 315.471/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 7/6/2016 e HC n. 336.356/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 18/5/2016).

Destarte, fica sem objeto o pedido contido na inicial, em que se impugnava os fundamentos da prisão preventiva, de forma que a possibilidade de concessão de prisão domiciliar deve ser endereçada ao Juízo das Execuções, responsável pela execução provisória ou definitiva da pena, conforme o caso, tendo em vista que, segundo informações trazidas às fls. 90/93, *Transitou em julgado para o Ministério Público. Com a baixa dos autos, o Defensor Público foi intimado estando, agora, aguardando o prazo para interposição de recurso ou trânsito em julgado.*

Em relação ao regime, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal ou na reincidência.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *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*. Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

No caso dos autos, observo que as instâncias ordinárias estabeleceram o regime fechado nos seguintes termos:

Reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 16 do C.P. (pois reparado, antes do recebimento da denúncia, parcialmente e de forma ínfima o prejuízo sofrido pela vítima, se comparado ao montante total do que foi subtraído), REDUZO a pena em 1/3, perfazendo ao cumprimento de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e pagamento de 09 (nove) dias-multa, no valor mínimo, iniciando-se o cumprimento da pena corporal no REGIME FECHADO (em face dos péssimos antecedentes da ré, reincidente específica em crimes, todos da mesma espécie, utilizando-se do mesmo modus operandi -abuso de confiança e furto de jóias e dinheiro) — fls. 127/8 e 131-, esta revela que tem personalidade voltada para o crime e, se solta, há probabilidade de que volte a ofender a ordem pública estabelecida e, assim, por ora, revela-se pernicioso seu convívio com a sociedade, devendo cumprir pena em regime mais gravoso, para que possa se adequar às regras do bom convívio social). (Sentença fl. 36)

O regime de pena fixado foi o fechado, diante da reincidência específica da acusada, o que será mantido. (Acórdão fl. 60)

Contudo, verifico que, ainda que a paciente seja reincidente, é possível a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do regime intermediário, tendo em vista a quantidade da pena aplicada - 1 ano, 9 meses e 10 dias - e as circunstâncias judiciais lhe serem favoráveis. Isso porque, consoante dispõe o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte Superior : *é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. REPRIMENDA FIXADA EM 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL. ACUSADO REINCIDENTE. VERBETE SUMULAR N.º 269/STJ. APLICAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. DECISUM ACERTADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Na hipótese, não obstante a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o paciente seja reincidente e a sanção definitiva não tenha ultrapassado 4 anos de reclusão, o regime inicial imposto foi o fechado.

2. Nos termos do Enunciado n.º 269 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais ", justificando, assim, a concessão de habeas corpus de ofício.

3. Ademais, à luz do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, não configura fundamento idôneo para a imposição de regime prisional mais gravoso do que o quantum de pena permite, a indicação da gravidade em abstrato do delito e de elementos ínsitos ao próprio tipo incriminador. Inteligência do Enunciado Sumular n.º 440/STJ 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 381.938/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 22/03/2017).

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0036153-1

HC 389.103 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00068958320146260196 0068958320148260196 68958320146260196 68958320148260196

EM MESA

JULGADO: 04/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ANDRE CADURIN CASTRO - SP259026
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MIRELA REZENDE DE MELO FERRARO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.