



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.355 - SP (2011/0294108-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : VALDIR APARECIDO FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ HUMBERTO RIBEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTARES DO TIPO PENAL E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF, E 440 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

– O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio. 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. Ministra Laurita Vaz, DJe de 19.9.2012.

– As elementares do próprio tipo penal e a gravidade abstrata do delito não são fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais rigoroso (Súmulas n. 718 e n. 719 do STF e n. 440 do STJ).

– Na espécie, considerando o *quantum* de pena aplicada – 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão –, a pena-base fixada no mínimo legal e as circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente, o regime semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena reclusiva.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva.

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, 04 de abril de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.355 - SP (2011/0294108-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : VALDIR APARECIDO FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ HUMBERTO RIBEIRO (PRESO)

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 benefício de JOSÉ HUMBERTO RIBEIRO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento aos apelos da acusação e defesa, mantida a condenação do paciente por infração ao art. 157, § 2º, I e II, do CP, à pena de reclusão de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, em regime fechado. Eis a ementa do julgado:

Apelação Criminal Roubo duplamente qualificado. Tese defensiva acerca da absolvição por insuficiência de provas. Inadmissibilidade. Materialidade e autoria comprovadas. Teses subsidiárias afastadas. Apelo ministerial buscando a condenação do réu por corrupção de menores. Impossibilidade. Recursos desprovidos (fl. 87).

Sustenta o impetrante constrangimento ilegal uma vez que fixado regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena reclusiva, com base apenas na gravidade abstrata do delito, em afronta ao enunciado da Súmula n. 440 desta Corte. Postula a concessão da ordem para que seja fixado o regime semiaberto.

Liminar indeferida.

Informações prestadas.

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 227.355 - SP (2011/0294108-9)

VOTO

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

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, em observância ao princípio da ampla defesa e diante da plausibilidade jurídica da tese levantada pela defesa, passo a analisar a presente impetração.

O juiz de primeiro grau, ao fixar o regime prisional fechado, assim se manifestou: "*justifico o regime e a falta de possibilidade de recurso em liberdade a) pela*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza do delito; b) pela gravidade da ação delituosa; c) pela violência e grave ameaça; d) pela pena aplicada e e) pela custódia na instrução" (fl. 43).

A Corte de origem, por sua vez, considerou "o regime prisional adequado para crime violento como o roubo qualificado, mormente quando há concurso de agentes e emprego de arma de fogo, é o fechado porque o agente revela intensa periculosidade e a população vive em constante pânico por esse motivo" (fl. 92).

De uma leitura dos trechos acima transcritos, verifico não haver qualquer fundamentação válida para a imposição de regime mais rigoroso.

Os argumentos trazidos pelas instâncias ordinárias são elementares do próprio tipo penal. Ademais, nos termos do enunciado da Súmula n. 440 desta Corte, e ns. 718 e 719 do STF, a gravidade abstrata do delito não justifica a fixação de regime prisional diverso do legal. Desse modo, se a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e estão ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apenado, considerando o *quantum* da pena aplicada - 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão - o regime adequado para o início do cumprimento da pena é o semiaberto.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PRETENSÃO DE REGIME INICIAL MAIS BRANDO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS PRESENTES. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA "B", E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 718/STF, 719/STF e 440/STJ. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o *decisum* que impõe regime de cumprimento mais severo do que prevê a lei requer motivação respaldada em elementos concretos, não sendo suficiente a gravidade em abstrato do delito. Súmulas nº 718 e nº 719 do STF.

2. Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 440, pacificando a orientação de que fixada a pena-base no mínimo, inadmissível o estabelecimento de regime inicial diverso do permissivo legal, em razão do *quantum* da reprimenda.

3. *In casu*, na primeira fase, as vias ordinárias estabeleceram a pena no mínimo legal, sem que se constituísse motivação idônea para a fixação de regime diverso do previsto no art. 33, § 2º do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena. (HC 242.797/SP, Rel. Min. Campos Marques – Desembargador convocado do TJPR, DJe de 9.11.2012).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4.º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. CULPABILIDADE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL TIDA POR DESFAVORÁVEL. REGIME PRISIONAL. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, PARA DIMINUIR A PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL E PARA FIXAR COMO REGIME PRISIONAL INICIAL O ABERTO.

[...]

5. "Fixada a pena em seu mínimo legal, inferior a 4 (quatro) anos, não sendo caso de reincidência, e não havendo circunstância judicial desfavorável [...], não há falar em adoção do regime inicial semi-aberto, se o próprio paradigma legal permite a adoção do regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c e § 3º c/c art. 59, CP)" (STF, HC 83.613/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 30/04/2004). Inteligência do entendimento sedimentado nas Súmulas n.º 718 e n.º 719, do Supremo Tribunal Federal, e Súmula n.º 440, desta Corte.

6. Ordem de habeas corpus concedida para diminuir a pena-base ao mínimo legal e para estabelecer regime prisional menos gravoso, pelo o que fica a reprimenda fixada em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial aberto, cujas condições serão estabelecidas pelo Juízo das Execuções. (HC 203.326/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 16.11.2012).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto como o inicial para o cumprimento da pena reclusiva.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0294108-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 227.355 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11012009 2432009 2838987820108260000 4040120090045864 990102838986
990103489284

EM MESA

JULGADO: 04/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : VALDIR APARECIDO FERREIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSÉ HUMBERTO RIBEIRO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Privativa de Liberdade - Progressão de Regime

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.