



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.505 - SP (2013/0197480-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. REGIME SEMIABERTO FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 440/STJ. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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 fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal, configurando ilegalidade manifesta a imposição do regime mais gravoso com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

– Na esteira de tal entendimento, foi editada a Súmula n. 440 do STJ que dispõe: *"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 espécie, observa-se que, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao Paciente e da fixação da pena-base no mínimo legal (4 anos de reclusão), o regime inicial semiaberto foi fixado com base apenas na gravidade abstrata do delito, consubstanciando, dessa forma, patente ilegalidade a ser sanada, de ofício, por esta via.

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

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 17 de dezembro de 2013(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.505 - SP (2013/0197480-0)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ALESSANDRO SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ALESSANDRO SANTOS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se autos que o Paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 10 dias-multa.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, buscando a desclassificação da infração para o crime de furto, reconhecimento do delito em sua modalidade tentada e a fixação de regime menos gravoso.

O Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO. ROUBO SIMPLES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS E REGIME PRISIONAL MANTIDOS. IMPROVIMENTO DO APELO." (fl.27)

No presente *writ*, sustenta-se, em síntese, que a escolha de cumprimento da pena se deu unicamente com base na gravidade em abstrato do delito, o que configura constrangimento ilegal.

Requer-se, por fim, "*seja fixado o regime aberto para o restante do cumprimento da reprimenda*" (fl. 6)

Liminar indeferida à fl. 39.

Informações prestadas às fls. 50-59.

O Ministério Público Federal, no parecer de fls. 62-68, manifestou-se pelo não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento do *writ*, concedendo-se a ordem, de ofício, para que seja fixado o regime aberto.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.505 - SP (2013/0197480-0)

VOTO

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

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, 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, confira-se:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[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, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente writ por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido na impetração ante a possibilidade de existência de flagrante constrangimento que justifique a concessão de *habeas corpus* de ofício.

Dessume-se da acurada leitura dos autos que a Defesa busca o estabelecimento de regime menos gravoso.

O MM. Magistrado singular, ao realizar a individualização da pena, consignou que:

"[...]"

5.- Passo a fixar a pena, enquadrando a conduta do réu no tipo penal do artigo 157, caput, do Código Penal.

Atento às circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, tendo em vista que o réu não possui antecedentes criminais conhecidos (fls. 03 do apenso de antecedentes), **fixo a pena-base no mínimo legal em quatro anos de reclusão e pagamento de dez dias-multa.**

Não existem agravantes a serem consideradas. Reconheço a atenuante da confissão espontânea, deixando de aplicá-la uma vez que a pena já foi fixada no mínimo legal (Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça).

Não existem causas de aumento ou diminuição de pena.

O artigo 33, § 2o, letra "c" do Código Penal diz que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime aberto". Em que pesem respeitáveis opiniões em contrário, entendo que esta letra da lei não veda a fixação do regime mais rigoroso, caso as condições do artigo 59 do Código Penal apontem neste sentido.

Tendo em conta as circunstâncias que envolveram o delito, que foi praticado com grave ameaça à pessoa, bem como suas conseqüências, consistentes no temor incutido nas vítimas e a intranquilidade social que o roubo gera, sendo o regime fechado por demais severo e o aberto brando em demasia, especialmente quando não se conta com Casa de Albergado ou estabelecimento similar nesta Comarca, impõe-se seja eleito o regime intermediário, ou seja, o réu deverá cumprir a pena inicialmente em regime semi-aberto.

Cada dia-multa corresponderá a um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado, nos termos do art. 49, § 2o,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código Penal, porquanto dos autos não constam elementos no sentido de que possa o réu suportar maior valor.

6.- Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação penal para condenar **ALESSANDRO SANTOS**, R.G. nº 46.879.013 ou 61.915.317-9, como incurso no artigo 157, caput do Código Penal, a **QUATRO ANOS DE RECLUSÃO em regime inicial semi-aberto e à pena pecuniária de DEZ DIAS-MULTA, no valor mínimo legal.**

[...] " (fl. 16, grifos acrescidos)

O Tribunal a quo, por sua vez, destacou que:

"[...]

As penas foram fixadas nos seus mínimos legais e devem ser mantidas, o mesmo ocorrendo com relação ao regime de cumprimento da carcerária.

No caso em pauta, o regime prisional intermediário é o adequado à espécie e atende aos critérios de reprovação e prevenção da pena, razão pela qual, não pode ser acolhido o pedido de abrandamento para o regime aberto.

Assim, nega-se provimento ao recurso do APTE., confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus termos.

[...]" (fl. 32)

É consabido que a fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c art. 59 do Código Penal, configurando ilegalidade manifesta a imposição do regime mais gravoso com base unicamente na gravidade abstrata do delito.

Na esteira de tal entendimento, foi editada a Súmula n. 440 do STJ que dispõe: *"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:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TENTATIVA DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. AGRAVAMENTO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DESPROPORCIONALIDADE. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REGIME ABERTO. CABIMENTO. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido habeas corpus "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o writ, para substituir recurso ordinário constitucional, em Habeas corpus julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, a, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do habeas corpus, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, c, e II, a, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de habeas corpus substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal que não merece conhecimento, seja concedido habeas corpus, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou decisão teratológica.

V. Ao paciente, primário, foi fixada, pela sentença condenatória, pena-base no mínimo legal - 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa -, já que todas as circunstâncias judiciais são-lhe favoráveis. Na segunda fase da dosimetria, foi aplicada a causa de aumento, referente ao emprego de arma (faca), tendo sido aumentada a pena em 1/3 (um terço), resultando em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dias-multa. Por fim, foi-lhe reduzida a pena, pela tentativa, na fração de 1/2 (metade), resultando a pena definitiva em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 06 (seis) dias-multa.

VI. Nesse contexto, diante do quantum da pena (art. 33, § 2º, c, CP), da fixação da pena-base em seu patamar mínimo, das circunstâncias favoráveis ao réu, de sua primariedade e da ausência de fundamentação apta a alterar o regime legal de cumprimento da pena, deve ser a ordem concedida, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, em favor do paciente, para, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, impor regime prisional aberto, para o cumprimento de pena privativa de liberdade.

VII. Segundo jurisprudência do STJ, fixado o regime inicial aberto, para o cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta ao réu, a negativa do direito de recorrer em liberdade constitui flagrante constrangimento ilegal, por mantido o acusado encarcerado, em situação mais gravosa do que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aquela determinada pela condenação. Nesse sentido: HC 131.150/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 14/10/2011; HC 216.429/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe de 21/03/2012.

VIII. Habeas corpus não conhecido.

IX. Ordem concedida, de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente e para permitir que aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação, salvo se por outro motivo deva permanecer preso.

(HC 254.069/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/2013, DJe 1º.7.2013).

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 DESTES 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.

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. Ministro Jorge Mussi, DJe de 15.8.2012).

Na espécie, observa-se que, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao Paciente e da fixação da pena-base no mínimo legal (4 anos de reclusão), o regime inicial semiaberto foi fixado com base apenas na gravidade abstrata do delito, consubstanciando, dessa forma, patente ilegalidade a ser sanada, de ofício, por esta via.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*. No entanto, concedo a ordem 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 SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0197480-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.505 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0011052232012826 11052232012826 2522012

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALESSANDRO SANTOS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.