



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.238 - SP (2012/0211235-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARINA GIANGIACOMO BONILHA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO DOS SANTOS RODRIGUES

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. REINCIDÊNCIA AFASTADA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO CONCEDIDO.

– 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, Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, 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.

– Constatada a existência de flagrante constrangimento ilegal a que está submetido o paciente, pois a condenação utilizada para caracterizar a reincidência não havia transitado em julgado, conforme demonstrado na Certidão de Objeto e Pé juntada aos autos.

– Verificado que a pena-base foi estabelecida no seu mínimo legal e considerando a quantidade de pena aplicada – 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão –, assim como a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, pois não cabe a fixação de regime mais gravoso apenas com base na gravidade abstrata do delito, nos termos das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena de liberdade, confirmando a liminar anteriormente deferida.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, 06 de dezembro de 2012(data do julgamento).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.238 - SP (2012/0211235-5)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARINA GIANGIACOMO BONILHA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO DOS SANTOS RODRIGUES

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Cuida-se de *Habeas Corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em benefício de EDUARDO DOS SANTOS RODRIGUES contra acórdão proferido pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, a uma pena de reclusão de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses, em regime fechado, mais pagamento de multa.

Irresignada, a defesa apelou. Em sessão de julgamento realizada em 9/8/2012, o e. Tribunal *a quo*, à unanimidade, negou provimento ao recurso.

No presente *writ*, a defesa busca que seja afastada a agravante da reincidência, eis que a condenação utilizada não havia transitado em julgado, e, conseqüentemente, seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem e, se conhecido, pela sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.238 - SP (2012/0211235-5)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (RELATORA):

Inicialmente, verifico a inadequação da via eleita.

Segundo dispõe o art. 105 da Constituição Federal, compete ao Superior Tribunal de Justiça tão-somente julgar, originariamente, o *habeas corpus* quando o coator ou paciente for os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

No entanto, possivelmente com a intenção de proteger o cidadão contra abusos e arbitrariedades do Estado, o cabimento do *habeas corpus* foi sendo, paulatinamente, ampliado pela jurisprudência, passando a substituir outros recursos constitucionais.

Assim, notadamente por se tratar de um remédio heróico despidido de quaisquer requisitos processuais, a impetração do *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário e do recurso especial passou a ser a regra.

Ocorre que, recentemente, o e. 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 ordinário. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012).

Assim, seguindo esta nova orientação da e. Suprema Corte, verifico que, *in casu*, trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, razão pela qual deixo de conhecer o presente *writ*.

Todavia, verifica-se a existência de flagrante constrangimento ilegal a que está submetido o paciente, pois a condenação utilizada para caracterizar a reincidência não havia transitado em julgado, conforme demonstrado na Certidão de Objeto e Pé de fl. 25.

Dessa forma, constatado que a pena-base foi estabelecida no seu mínimo legal e considerando a quantidade de pena aplicada – 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão –, assim como a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, pois não cabe a fixação de regime mais gravoso com base na gravidade abstrata do delito, nos termos das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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 da impetração, mas concedo *habeas corpus*, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta na ação penal de que aqui se cuida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0211235-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 256.238 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1532011 50110081633 81633320118260050

EM MESA

JULGADO: 06/12/2012

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. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARINA GIANGIACOMO BONILHA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO DOS SANTOS RODRIGUES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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.