



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.639 - SP (2015/0295220-6)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE AUGUSTO DE ARAUJO
PACIENTE : IGOR FERNANDES CORREA

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Hipótese em que, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, foi estabelecido o regime intermediário com base nos antecedentes criminais não transitados em julgado e na gravidade em abstrato do delito, circunstâncias incapazes de servir como lastro jurídico para fixação do regime inicial mais gravoso.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para cumprimento da pena dos pacientes.

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2016 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.639 - SP (2015/0295220-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JOSÉ AUGUSTO DE ARAUJO e de IGOR FERNANDES CORREA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que os pacientes foram condenados, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, III e IV, do Código Penal, cada um à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa (e-STJ fls. 8/16).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual foi negado provimento (e-STJ fls. 17/21).

No presente *writ*, a Defensoria alega que os pacientes sofrem constrangimento ilegal, porque a fixação do regime inicial semiaberto com supedâneo apenas na gravidade abstrata do delito não constitui fundamento idôneo.

Cita o teor das Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

A liminar foi deferida, para determinar que os pacientes fossem colocados no regime aberto (e-STJ fls. 24/25).

As informações encontram-se às e-STJ fls. 36/64 e 69/86.

Em parecer, o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem e revogação da liminar (e-STJ fls. 87/92).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.639 - SP (2015/0295220-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

O magistrado de primeira instância fixou o regime semiaberto com base em antecedentes criminais não transitados em julgado e na gravidade em abstrato do delito (e-STJ fl. 14):

Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (regime semiaberto), considere a situação dos acusados (com antecedentes criminais) e as circunstâncias do crime (cometido com emprego de chave falsa), o que recomenda a imposição do regime intermediário.

O Tribunal de origem ratificou a fundamentação adotada pela sentença (e-STJ fl. 21):

Em arremate, considerando que as Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF não possuem caráter vinculante e que o legislador deixou bem claro que a regência carcerária não é mero consectário do quantum da reprimenda (CP, art. 33, § 3º), estando, portanto, sujeita ao preenchimento dos pressupostos do artigo 59, combinado com o seu inciso III, do mesmo código, força é convir que o regime inicial semiaberto era mesmo o único adequado na hipótese de descumprimento e conversão, pois os recorrentes revelaram personalidade deturpada, sobretudo diante das informações que constam do apenso de antecedentes, tanto que já foram presos em flagrante em razão da prática de delito patrimonial (fls. 9 e 10), certo, ainda, que IGOR foi agraciado com a suspensão condicional do processo e teve o benefício revogado.

No caso, todavia, constata-se que os pacientes são tecnicamente primários e que a pena-base foi fixada no mínimo legal, haja vista a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes desta Corte Superior:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE FECHADO. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 n.

109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n.

117.268/SP; Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra 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 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.

III - Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo manteve a decisão da magistrada de 1ª instância, que fixou o regime fechado para o início do cumprimento da pena, em cumprimento ao disposto no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 e aduzindo a gravidade em abstrato do delito.

IV - O Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n. 111.840/ES, reconheceu a inconstitucionalidade, de forma incidental, do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais obrigatório o regime inicial fechado para os crimes hediondos.

V - Do mesmo modo, o Enunciado 440, da Súmula do STJ afirma que "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".

VI - In casu, da análise dos fundamentos expostos pelas instâncias ordinárias, quando da realização da dosimetria da pena, verifica-se que as circunstâncias judiciais do paciente foram avaliadas de modo inteiramente favorável, bem como que se trata de indivíduo tecnicamente primário, razão pela qual o regime que melhor atende sua situação, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, é o aberto.

VII - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, considerou inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012), e permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecentes, desde que preenchidos requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

VIII - In casu, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, com a pena-base fixada no mínimo legal, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, e, com a redução em um terço, em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, à luz do art. 44 do Código Penal, também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, nos termos do § 2º, do mencionado artigo do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em duas restritivas de direito, consoante estabelece o art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

(HC 295.497/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 27/11/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. VALORAÇÃO DE AÇÃO PENAL EM CURSO PARA RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que inquéritos e ações penais em curso não podem ensejar o aumento da pena, na primeira ou na segunda fase da dosimetria, em respeito ao princípio da não culpabilidade.

2. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia, com registro de trânsito em julgado somente para a acusação, caracteriza flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.

3. O paciente, tecnicamente primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, deverá, desde o princípio, cumpri-la em regime inicial aberto, pois favoráveis as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para afastar a reincidência e redimensionar a pena final do paciente, a ser cumprida no regime inicial aberto.

(HC 241.473/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014)

Assim, fixo o regime aberto para o início do desconto da reprimenda imposta aos pacientes, visto serem réus tecnicamente primários, cujas penas-bases foram fixadas no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, sendo as penas definitivas iguais ou inferiores a 4 anos de reclusão.

À vista do exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO a ordem, de ofício, para, confirmando a liminar de e-STJ fls. 24/25, reformar o acórdão da origem no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena dos pacientes, que passa a ser o aberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0295220-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 341.639 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00255127720138260309 20150000693677 255127720138260309

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RODRIGO CÉSAR JERONYMO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSE AUGUSTO DE ARAUJO
PACIENTE	: IGOR FERNANDES CORREA

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.