



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.041 - SP (2015/0298720-9)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO AUGUSTO T M LEAL DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO FRANCO

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. USO DE DOCUMENTO FALSO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 2º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP, COM A REDAÇÃO DA LEI N. 12.736/12. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES NOS AUTOS. ANÁLISE PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, 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.

- Aplicável ao caso o Enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, segundo o qual é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado à pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

- Não obstante a ausência de requerimento explícito da defesa quanto à matéria, não poderia me furtar à análise do entendimento do magistrado que não aplicou a detração prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, por considerar flagrante a ilegalidade perpetrada nesse ponto.

- A meu ver, não pode o magistrado sentenciante deixar de aplicar o comando do referido dispositivo, com base na gravidade abstrata do delito, tendo em vista que inexistente previsão para tal discricionariedade e por contrariar a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça.

- No entanto, à vista da ausência, nos autos, de elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto, determinando ao Juízo das Execuções que examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do paciente permite a fixação de regime mais brando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO ERICSON MARANHO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.041 - SP (2015/0298720-9)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : RODRIGO AUGUSTO T M LEAL DA SILVA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : EDUARDO FRANCO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de EDUARDO FRANCO contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 3032080-22.2013.8.26.0224).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 304, c/c 297, *caput*, do Código Penal.

Em grau de apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mantendo os demais termos da sentença.

No presente *writ*, a impetrante alega ser cabível a fixação de regime inicialmente semiaberto, invocando o enunciado n. 269 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, em liminar e no mérito, a fixação de regime inicial menos gravoso.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 59/60).

Informações prestadas às fls. 66/122 e 130/151.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* e, sucessivamente, pela denegação da ordem (fls. 124/129).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.041 - SP (2015/0298720-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, nada impede que, de ofício, se constate a existência de manifesta ilegalidade que implique ofensa à liberdade de locomoção do paciente (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Passo, portanto, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

No caso, pretende a Defensoria Pública Estadual que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda, em razão da ausência de fundamentação idônea para o estabelecimento de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, §2º, "b", do Código Penal.

Compulsando os autos, verifica-se que o regime inicial fechado foi fixado na sentença e mantido pelo acórdão, nos seguintes termos:

Cumprirá a pena inicialmente em regime fechado, não podendo apelar em liberdade, considerando já ser totalmente avesso às normas legais e de comportamento, exigível atuação estatal mais severa, na tentativa de dissuadi-lo da prática de iguais e novos atentados. O artigo 387, parágrafo segundo, do CPP, não pode ser visto como norma cogente ou racionalmente necessária, devendo ser analisado à vista da verdadeira situação trazida a julgamento Na hipótese sob lentes, o crime é grave e ofende aos interesses da fé pública, de modo que fixado regime mais brando considerando o tempo de custódia cautelar implicaria em desprestígio à justiça criminal (sentença - fl. 27).

E não há se admitir a substituição da carcerária por restritivas de direitos, porque, evidentemente, o apelante não preenche os requisitos do artigo 44, II, do Código Penal, em razão do regime prisional fechado que lhe foi imposto, cuja alteração também não se cogita, por ser o único suficiente e adequado para a reprovação e prevenção da prática de novos delitos, pois, como sabido, a determinação do regime prisional não é mero consectário do montante da pena, ex vi do disposto nos artigos 33, §3º, e 59 do Código Penal, sem olvidar que as Súmulas 269 e 440 do STJ, e 718 e 719, do STF, não possuem caráter vinculante, e, ainda, que a interpretação do § 2º, do art. 33, letras b e c do Código Penal, conduzem à convicção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o réu reincidente deve cumprir a pena em regime inicial fechado. Precedentes do STJ (STJ, Resp. 77.373, rei. WILLIAM PATTERSON, 6ª Turma, j. 27.2.1996) (acórdão - fl. 49).

Em que pese ser o paciente reincidente, verifica-se que o total das penas fixadas foi de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, ou seja, é inferior a 4 anos, e considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis, é possível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no Enunciado n. 269 da Súmula do STJ, segundo a qual:

É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Nesse sentido, confirmam-se o seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS . CONDENAÇÃO ANTERIOR A PENA DE MULTA. REINCIDÊNCIA. OCORRÊNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO ALÉM DO FATOR DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO. RAZOABILIDADE. SÚMULA 269 STJ. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

1. O cometimento de novo delito acarreta o reconhecimento da agravante da reincidência em virtude do anteriormente praticado, inexistindo qualquer distinção acerca do tipo de crime perpetrado ou de pena aplicada, nos termos do artigo 63 do Código Penal.

2. A mens legis da norma consiste em apenar de uma forma mais gravosa aquela que apresenta uma tendência à prática delitiva, mesmo que de pequena expressão o crime ou a pena.

3. Imposta pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e favoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser aplicado o regime semiaberto ao acusado reincidente. Súmula n.º 269 do STJ.

4. Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente (HC n. 235481/SP, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 28/5/2012.).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269 DO STJ.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal 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" (Súmula 269 do STJ).

3. In casu, o paciente foi condenado a 1 ano e 2 meses de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado para o seu cumprimento, com base na reincidência específica, o que viola o disposto na Súmula 269 do STJ.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar, estabelecer ao paciente o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.

(HC 323.587/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03. 1. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. TIPO PENAL AUTÔNOMO. ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. IRRELEVÂNCIA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. NÃO INFLUÊNCIA. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULA 269 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a caracterização do crime previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, é irrelevante ser a arma de fogo de uso permitido ou de uso restrito, bastando que o sinal identificador esteja suprimido ou danificado. Precedentes.

2. A teor do entendimento consolidado no enunciado n.º 269 da Súmula desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 04 (quatro) anos, quando consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais.

3. Ordem concedida em parte, acolhido o parecer ministerial e ratificada a liminar, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena - Ação Penal nº 050.07.018011-3, da Terceira Vara Criminal da comarca de São Paulo.

(HC 172.544/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/5/2011, DJe 8/6/2011)

Dessa forma, imperiosa a reforma da decisão atacada, com base na Súmula n. 269/STJ, para determinar a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento de pena.

Do mesmo modo, não obstante a ausência de requerimento explícito da defesa quanto à matéria, não poderia me furtar à análise do entendimento do magistrado que não aplicou a detração prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, por considerar flagrante a ilegalidade perpetrada nesse ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao fixar o regime, o juiz monocrático consignou (fl. 27):

O artigo 387, parágrafo segundo, do CPP, não pode ser visto como norma cogente ou racionalmente necessária, devendo ser analisado à vista da verdadeira situação trazida a julgamento. Na hipótese sob lentes, o crime é grave e ofende aos interesses da fé pública, de modo que fixado regime mais brando considerando o tempo de custódia cautelar implicaria em desprestígio à justiça criminal.

O Tribunal de Justiça estadual, por sua vez, assim se manifestou acerca da matéria (fl. 49):

Por fim, embora não se desconheça o teor do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, não há se cogitar de sua aplicação imediata nesta seara, vale dizer, sem elementos concretos a respeito da existência (ou não) de outras condenações em desfavor do acusado, do comportamento deste no cárcere e do efetivo lapso que permaneceu preso, a recomendar a prudência e o bom senso que a questão relacionada à detração penal seja analisada por primeiro pelo juízo das execuções, evitando-se, ainda, supressão de instância e violação ao duplo grau de jurisdição.

O art. 387, § 2º, do CPP é taxativo ao estabelecer que:

O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

Dessa forma, não pode o magistrado sentenciante deixar de aplicar o comando do referido dispositivo, com base na gravidade abstrata do delito, tendo em vista que inexistente previsão para tal discricionariedade e por contrariar a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENOR. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO DO QUE O LEGALMENTE PERMITIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MODUS OPERANDI QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE. **NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO § 2.º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N.º 12.736/12. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ORIENTAÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N.º 1.117.073/PR. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada para a exasperação da pena-base demonstra tão-somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

4. Contudo, o estabelecimento do regime prisional deve observar os termos do § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, segundo o qual "[o] tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade".

5. Conforme entendimento sedimentado na Súmula n.º 611, do Supremo Tribunal Federal, transitada em julgado a condenação, cabe ao Juízo das Execuções proceder à fixação do regime prisional adequado.

6. *"É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior."* (REsp 1.117.073/PR, 3.ª Seção, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU de 29/06/2012; sem grifos no original.)

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do Paciente permite, na hipótese, a fixação de regime mais brando (HC n. 286824/SP, Relatora Min Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 27/05/2014).

No entanto, à vista da ausência, nestes autos, de elementos suficientes à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*. Todavia, concedo ordem de ofício para fixar o regime inicial semiaberto, bem como para determinar que o Juízo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das Execuções examine, com base no § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do paciente permite a fixação de regime mais brando.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0298720-9

HC 342.041 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20112013 20150000404154 30320802220138260224

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO AUGUSTO T M LEAL DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : EDUARDO FRANCO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Uso de documento falso

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.