



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.630 - SP (2012/0115155-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : AMANDA RUIZ BABADOPULOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PEDRO DA SILVA DIAS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO UNICAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

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, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A impetração não pode ser conhecida quanto ao pleito de reforma da dosimetria da pena, tendo em vista que a referida matéria não foi objeto de análise pelo Tribunal *a quo*. Desse modo, não pode esta Corte apreciá-la originariamente, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

4. A pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual se mostra cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

5. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, 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. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.630 - SP (2012/0115155-2)

IMPETRANTE : AMANDA RUIZ BABADOPULOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : LEANDRO PEDRO DA SILVA DIAS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LEANDRO PEDRO DA SILVA DIAS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"ROUBO QUALIFICADO - AUTORIA DELITIVA PROVADA. Suficientes os elementos probatórios a demonstrar a autoria de agentes que subtraíram, mediante grave ameaça e emprego de violência, coisa alheia móvel, de rigor o decreto condenatório pelo roubo qualificado.

ROUBO QUALIFICADO - REGIME CARCERÁRIO MAIS GRAVOSO - CRIME GRAVE - RECURSO PROVIDO. Diante da gravidade do crime e da periculosidade do agente, pode o Juiz impor regime prisional inicialmente mais gravoso, independente do montante da privativa de liberdade e a primariedade do réu, em observância com as circunstâncias presentes no fato delituoso, em conjunto com aquelas previstas no artigo 59, do Código Penal." (fl. 24)

Consta dos autos que o ora Paciente foi condenado pelo Juízo de primeiro grau pela prática do delito descrito no art. 157, § 2.º, inciso II, c.c. o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 3 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade e no pagamento de dois salários mínimos, além do pagamento de 66 dias-multa.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de Apelação perante o Tribunal de Justiça Estado de São Paulo, que foi provido para fixar o regime fechado para início de cumprimento de pena.

Daí o presente *writ*, no qual as Impetrantes insurgem-se contra os critérios utilizados para fixar a pena-base do Paciente, bem como em face do regime inicial fechado.

Requer, assim, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para "*fixar a pena-base no mínimo legal e conceder o regime inicial aberto.*" (fl. 06).

A medida liminar foi indeferida nos termos da decisão de fls. 35/36

As informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 45/46, opinando pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 244.630 - SP (2012/0115155-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO UNICAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DOSIMETRIA DA PENA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

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, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A impetração não pode ser conhecida quanto ao pleito de reforma da dosimetria da pena, tendo em vista que a referida matéria não foi objeto de análise pelo Tribunal *a quo*. Desse modo, não pode esta Corte apreciá-la originariamente, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

4. A pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual se mostra cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

5. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.

6. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].

Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento **que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].
[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do "habeas corpus", **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Na hipótese dos autos, de início, cumpre salientar que não comporta conhecimento a impetração quanto ao pleito de reforma da dosimetria da pena, tendo em vista que a referida matéria não foi objeto de análise pelo Tribunal *a quo*. De fato, a apelação ministerial visava apenas à reforma do regime de cumprimento de pena, sendo que, por esse motivo, a matéria relativa à suposta ilegalidade da dosimetria da pena não foi abordada pela Corte local. Desse modo, não pode esta Corte apreciá-la originariamente, sob pena de incorrer em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indevida supressão de instância.

No mais, quanto ao regime de cumprimento de pena, depreende-se, da leitura das decisões das instâncias ordinárias, que a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual se mostra cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. DESCABIMENTO.

1. *É cabível a fixação de regime semiaberto em razão das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, ligadas a maneira com que foi cometido o delito, ainda que a pena final seja igual ou inferior a quatro anos.*

2. *Hipótese em que o julgador se valeu de elementos idôneos para determinar o regime prisional - crime cometido no período noturno e contra menor de idade - tendo, inclusive, arbitrado a pena-base acima do mínimo legal.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 220.667/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/03/2012.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. [...]

3. *Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentação idônea, correta a estipulação do regime inicial mais gravoso, conforme autorizado pelo § 3º do art. 33 do Código Penal.*

4. *Ordem denegada.*" (HC 96.379/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. ROUBO. TENTATIVA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SÚMULA 269/STJ. AFASTAMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. - 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. - Embora a pena tenha sido inferior a 4 (quatro) anos, a presença de circunstância judicial desfavorável - maus-antecedentes - autoriza a imposição do regime inicial fechado, afastando a incidência do enunciado n. 269 da Súmula do STJ que preceitua que somente "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais." (HC 209.722/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marilza Maynard, DJe de 03/04/2013)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

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, 1.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.^a Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, 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. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Contudo, no caso, as penas-base dos Pacientes foram fixadas acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão pela qual se mostra cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

5. Quanto ao Paciente JÚLIO CÉSAR BUCK OTTONI, além da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, mostra-se adequada a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicação do regime inicial fechado diante do quantum de pena total estabelecido (superior a 08 anos). Exegese do art. 33, § 2.º, alínea a, do Código Penal.

6. *Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício.*

7. *Ordem de habeas corpus não conhecida.*" (HC 254.323/ES, Quinta Turma, Rel. Min Laurita Vaz, DJe de 25/11/2013)

Assim, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0115155-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 244.630 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 162006 250992620108260000 50051031639 990100250990

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AMANDA RUIZ BABADOPULOS - DEFENSORA PÚBLICA E OUTRO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : LEANDRO PEDRO DA SILVA DIAS

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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.