



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.148 - SP (2012/0018509-4)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - DEFENSOR
PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KENY SILAS FERNANDES ESCOLA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. 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 "C", E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 718/STF, 719/STF e 440/STJ. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o *decisum* que impõe regime de cumprimento mais severo do que prevê a lei requer motivação respaldada em elementos concretos, não sendo suficiente a gravidade em abstrato do delito. Súmulas nº 718 e nº 719 do STF.

4. 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.

5. *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, alínea "c", do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer do pedido e em conceder *Habeas Corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de novembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministro Campos Marques
(Desembargador Convocado do TJ/PR)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.148 - SP (2012/0018509-4)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - DEFENSOR
PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KENY SILAS FERNANDES ESCOLA

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de KENY SILAS FERNANDES ESCOLA, sob a alegação que ele sofre constrangimento ilegal, pois o Tribunal de Justiça de São Paulo reduziu a pena-base ao mínimo legal, mantendo o regime semiaberto.

Narram os autos que o paciente foi condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, a serem descontados inicialmente em regime semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal.

Aduz a ilustrada Defensoria Pública, em síntese, que, embora tenha sido fixada a pena-base no mínimo legal, foi imposto ao paciente o regime inicial mais rigoroso para o cumprimento da reprimenda, o que afronta a Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Em razão disso, postula a concessão da ordem a fim de que seja determinado o regime menos gravoso como inicial para o cumprimento da pena.

Pedido liminar indeferido (fls. 46/47).

Informações prestadas (fls. 57/83).

Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem (fls. 87/89).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.148 - SP (2012/0018509-4)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - DEFENSOR
PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KENY SILAS FERNANDES ESCOLA
EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. RECENTE ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO. 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 "C", E § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 718/STF, 719/STF e 440/STJ. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

3. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que o *decisum* que impõe regime de cumprimento mais severo do que prevê a lei requer motivação respaldada em elementos concretos, não sendo suficiente a gravidade em abstrato do delito. Súmulas nº 718 e nº 719 do STF.

4. 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.

5. *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, alínea "c", do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 232.148 - SP (2012/0018509-4)

RELATOR : MINISTRO CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PR)
IMPETRANTE : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - DEFENSOR
PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : KENY SILAS FERNANDES ESCOLA

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO CAMPOS MARQUES
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR) (RELATOR):

De início, é importante destacar que o *habeas corpus*, conforme reiterada jurisprudência desta Corte, presta-se a sanar coação ou ameaça ao direito de locomoção, sendo restrito às hipóteses de ilegalidade evidente, incontroversa, relativa a matéria de direito, cuja constatação independa de qualquer análise probatória.

Buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, e aos artigos 30 a 32, ambos da Lei nº 8.038/90, a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Essa orientação foi aplicada pela Primeira Turma da Corte Suprema, no julgamento do HC nº 109.956/PR, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e do HC nº 114.550/AC, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Destaco, ainda, o HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber:

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 heróico. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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.

O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Colenda Corte, passou também a restringir as hipóteses de cabimento do *habeas corpus*, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição do recurso cabível.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. TESES NÃO ALEGADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória, sendo de rigor a observância do devido processo legal,

3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 131970, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgamento realizado em 28/8/12, DJe 5/9/12)

No entanto, considerando que este remédio constitucional foi impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, a fim de evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se examine a possibilidade de eventual concessão de *habeas corpus* de ofício.

O objeto deste *mandamus* refere-se ao pleito pela reforma do regime inicial imposto ao paciente.

A ele assiste razão.

O Supremo Tribunal Federal cristalizou a orientação, por meio da edição de súmulas, segundo a qual, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, impossível estipular regime inicial diverso da previsão legal, com base na gravidade genérica do delito.

Neste sentido, a inteligência das Súmulas 718 e 719, do STF:

SÚMULA Nº 718

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

SÚMULA Nº 719

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Para ilustrar, o seguinte precedente da Corte Máxima:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. SÚMULA 691 DO STF. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS AO PACIENTE. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. INCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A matéria discutida na impetração não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, seu conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal implicaria em supressão de instância.

II - A jurisprudência pacífica desta Corte é no sentido da impossibilidade da fixação de regime prisional mais gravoso, quando a sentença condenatória é desprovida de fundamentação ou motivada na gravidade em abstrato do crime. Incidência das Súmulas 718 e 719 do STF.

III - É ilegal a fixação de regime fechado quando a pena é fixada em patamar inferior a quatro anos, e inexistirem circunstâncias judiciais desfavoráveis contra o paciente ou fatos concretos a justificar a decisão.

IV - Habeas Corpus não conhecido.

V - Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena imposta aos pacientes.

(HC 103737, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 29/06/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-04 PP-00828)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acompanhando a orientação da Excelsa Corte, este Sodalício também firmou jurisprudência, por meio de súmula, no sentido de ser inadmissível a aplicação do regime inicial mais gravoso, quando fixada a pena-base no mínimo legal, diante da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Confira-se:

Súmula 440: "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".

No caso concreto, ao julgar a apelação defensiva, o Tribunal de origem reduziu a pena-base para mínimo cominado, por não identificar condições desfavoráveis previstas no art. 59 do Código Penal. No entanto, manteve o regime inicial semiaberto estipulado na sentença, lastreando o *decisum*, tão somente, em virtude da gravidade abstrata do delito, como extrai-se (fls. 35/38):

Breve reparo, contudo, deve ser feito no tocante à dosimetria da pena, embora sem reflexo na reprimenda final.

A pena-base deve retornar ao mínimo legal, dada a ausência de antecedentes criminais documentalmente comprovados nos autos.

Cabe esclarecer que a certidão de fls. 56 não pode ser considerada como antecedente, uma vez que se refere a processo ainda em andamento.

(...)

E, no caso, o regime mais adequado para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao apelante seria o fechado, já que foi condenado por crime de roubo, infração penal repugnante que, por suas circunstâncias e consequências, desassega a sociedade e causa traumas profundos em suas vítimas.

(...)

Todavia, dada a resignação do Ministério Público com a imposição do regime semiaberto para o início da expiação da pena, nada resta a ser feito.

Tratando-se, então, de condenação pelo delito de roubo, sem o reconhecimento de nenhum elemento judicial tido como negativo, com a pena-base fixada no mínimo legal, não tinha cabimento o argumento de respectivo regime de cumprimento da reprimenda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste sentido, confira-se.

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÍNIMA. EXCLUSÃO DE UMA DAS MAJORANTES. FALTA DE INTERESSE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Se as instâncias ordinárias reconheceram a existência de mais de uma causa de aumento de pena no delito de roubo, mas efetivaram o incremento da reprimenda na fração mínima de 1/3 (um terço), não há interesse na discussão acerca da configuração de apenas uma das majorantes - no caso, a relativa ao emprego de arma de fogo -, uma vez que sua eventual exclusão não produzirá nenhum reflexo no quantum da pena ou no regime inicial de cumprimento. Precedentes da Quinta Turma desta Corte.

2. Uma vez estabelecida a pena-base do Paciente, réu primário, no mínimo legal, porque ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é cabível infligir regime prisional mais gravoso. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação das Súmulas n.º 440 do Superior Tribunal de Justiça e n.os 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, concedida a ordem para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 154.895/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011 - grifo nosso)

Assim, seguindo o entendimento dos Tribunais Superiores, o regime inicial de cumprimento da pena, objeto do presente *mandamus*, deve ser o aberto, tendo por base o art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, sendo patente que o ato impugnado, ao infligir regime inicial mais gravoso, de forma genérica, importou em constrangimento ilegal ao paciente, devendo ser cessado.

Ante o exposto, tendo em vista os argumentos inicialmente expendidos, não conheço do *habeas corpus*. Concedo, de ofício, a ordem para, em conformidade com o art. 33, § 2º, "c", do Código Penal, fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0018509-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 232.148 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13822009 50090703480 703487820098260050

EM MESA

JULGADO: 20/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : KENY SILAS FERNANDES ESCOLA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE), Laurita Vaz, Jorge Mussi e Marco Aurélio Bellizze votaram com o Sr. Ministro Relator.