



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.944 - SP (2016/0255359-1)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : HENRIQUE FERRO
ADVOGADO : HENRIQUE FERRO - SP041262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE DE ALMEIDA MARQUES JUNIOR

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULA 440/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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 mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. As referidas súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*, porquanto o regime fechado foi imposto sem motivação idônea, devendo ser respeitado o regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. *In casu*, as instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, faz jus ao regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".

5. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". Em outras palavras, voltou-se a admitir o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente, se, por outro motivo, não estiver em regime mais severo.

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.944 - SP (2016/0255359-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : HENRIQUE FERRO
ADVOGADO : HENRIQUE FERRO - SP041262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE DE ALMEIDA MARQUES JUNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **HENRIQUE DE ALMEIDA MARQUES JUNIOR**, cuja autoridade coatora é o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta nos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 13 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal.

O Colegiado de origem negou provimento ao apelo defensivo, nos seguintes termos:

“Roubo – Apreensão da res em poder do acusado – Inversão do ônus probatório – Entendimento A apreensão da res em poder do acusado acarreta a inversão do ônus probatório, competindo-lhe a apresentação de justificativa inequívoca para a posse do bem.

Roubo circunstanciado Concurso de agentes - Conjunto probatório desfavorável ao réu lastrado em declarações coerentes da vítima que confirma a pluralidade de ofensores - Reconhecimento Reconhece-se a causa de aumento do concurso de agentes prevista no art. 157, § 2º, II, do CP, se, ao longo da instrução, a prova oral apontar terem os fatos sido praticados por mais de uma pessoa, mesmo porque tal situação resta decisiva no que concerne ao elemento de intimidação da vítima no plano real.

Pena - Crime comum praticado mediante violência ou grave ameaça - Roubo circunstanciado - Regime prisional fechado para início do cumprimento de pena- Entendimento Em se tratando de roubo circunstanciado pela ocorrência de quaisquer das hipóteses relacionadas no incisos do § 2º do art. 157, do CP, a opção pelo regime fechado mostra-se como sendo a mais adequada, independentemente do *quantum* da pena aplicada, uma vez tratar-se de delito que denota maior ousadia e periculosidade por parte do agente no exercício da violência ou da grave ameaça, razão pela qual causa considerável abalo no corpo social, e se apresenta na atualidade como grande fonte de inquietação.” (e-STJ, fl. 18).

O impetrante alega haver constrangimento ilegal na manutenção do regime mais gravoso de cumprimento da pena, bem como na determinação de expedição de mandado de prisão antes do trânsito em julgado da sentença.

Ao final, requer a concessão da ordem, para que seja fixado o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto e seja expedido mandado de prisão apenas após o trânsito em julgado da condenação.

Requerimento de tutela provisório indeferido (e-STJ, fl. 35).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício, tão somente para estabelecer o regime prisional semiaberto (e-STJ, fls. 76-82).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 372.944 - SP (2016/0255359-1)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : HENRIQUE FERRO
ADVOGADO : HENRIQUE FERRO - SP041262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE DE ALMEIDA MARQUES JUNIOR

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULA 440/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. De acordo com a Súmula 440/STJ, "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 mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

3. As referidas súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*, porquanto o regime fechado foi imposto sem motivação idônea, devendo ser respeitado o regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. *In casu*, as instâncias ordinárias consideraram favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, faz jus ao regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".

5. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente, se, por outro motivo, não estiver em regime mais severo.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Para analisar o capítulo relativo à fixação do regime inicial de cumprimento, faz-se necessário expor excerto da sentença condenatória:

"Considerando que o crime de roubo é delito complexo de maior gravidade, que atinge simultaneamente o patrimônio, a liberdade individual e a integridade física da vítima, o regime prisional mais adequado para o cumprimento da pena, e suficiente para a reprimenda do caso *sub judice*, é mesmo o fechado." (e-STJ, fl. 14).

De acordo com a Súmula 440/STJ, "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 mesmo sentido, a Súmula 718/STF esclarece que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada", enunciado que é complementado pelo da Súmula 719/STF, segundo a qual "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

Assim, as referidas súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*, porquanto o regime fechado foi imposto sem motivação idônea, devendo ser respeitado o regime legal dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal. *In casu*, as instâncias ordinárias consideraram **favoráveis** as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, por isso, **a pena-base foi fixada no mínimo legal**. Como o paciente é primário e a sanção corporal foi fixada em 5 anos e 6 meses de reclusão, faz ele jus ao regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Por fim, a impetrante insurge-se contra a determinação de imediata expedição de mandado de prisão contra o paciente, para início de cumprimento de sua pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal".

Da mesma forma, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento da Rcl



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do HC 126.292/SP, "a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena". O referido julgado recebeu a seguinte ementa:

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE MAGISTRADO DE 1º GRAU QUE DETERMINOU A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE *HABEAS CORPUS* DESTA CORTE QUE GARANTIRA AO RÉU O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E QUE TRANSITOU EM JULGADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA (HC 126292/SP). INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À COISA JULGADA. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não existe descumprimento de acórdão desta Corte, tampouco ofensa à coisa julgada, se a ordem concedida em *habeas corpus*, autorizando ao réu recorrer em liberdade, teve por fundamento o fato de que o Tribunal de Justiça, em recurso exclusivo da defesa, efetuara uma *reformatio in pejus*, agravando a situação do réu, ao determinar a prisão preventiva do réu, em decisão desfundamentada, enquanto que a decisão apontada como coatora, do julgador de 1º grau, determinou a execução provisória da pena, com amparo no novo e superveniente entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

2. A execução provisória da pena não se confunde com o instituto da prisão cautelar. A primeira não ocorre com simples mandado de prisão. Exige-se, no mínimo, a expedição de Guia de Recolhimento para cumprimento da pena privativa de liberdade, a ser efetivada pelo Juízo da Execução Penal, consoante se depreende da Resolução n. 113/2010, com a redação dada pela Resolução n. 180/2013, do Conselho Nacional de Justiça.

3. Ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 126292/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, revendo sua posição anterior, passou a entender que o início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, dado que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

4. Reclamação improcedente." (Rcl 30.193/SP, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 11/5/2016).

Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo**, porém, a ordem, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente, se, por outro motivo, não estiver em regime mais severo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0255359-1

HC 372.944 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00260067420148260577 20160000669895 260067420148260577 9802014

EM MESA

JULGADO: 17/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : HENRIQUE FERRO
ADVOGADO : HENRIQUE FERRO - SP041262
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : HENRIQUE DE ALMEIDA MARQUES JUNIOR

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 do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.