



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.138 - SP (2016/0241889-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA APARECIDA DA SILVA
ADVOGADO : MARIA APARECIDA DA SILVA - SP217083
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OLGA ALONSO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. CONCUSSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉ PRIMÁRIA. PENA-BASE ACIMA DO 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. Na hipótese, o acórdão impugnado considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, por isso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Porém, como a paciente é primária e a sanção corporal foi fixada em 4 anos de reclusão, a paciente faz jus ao regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

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 à paciente, se, por outro motivo, não estiver descontando pena 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), 22 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.138 - SP (2016/0241889-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA APARECIDA DA SILVA
ADVOGADO : MARIA APARECIDA DA SILVA - SP217083
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OLGA ALONSO

RELATÓRIO

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

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

Consta nos autos que a paciente, denunciada pela prática do delito previsto no art. 159, *caput*, do Código Penal, foi absolvida pelo juízo singular, com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal (e-STJ, fls. 61-67).

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo interposto pela acusação para condenar a ré à pena de 4 anos de reclusão e ao pagamento de 20 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções do art. 316, *caput*, do CP, tendo julgado prejudicado o recurso defensivo, nos seguintes termos:

"EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO conduta que se amolda em verdade a concussão – *emendatio libelli* – desclassificação cabível – materialidade comprovada pelo auto de reconhecimento fotográfico, autos de reconhecimento pessoal, cópia do pedido de arquivamento e da decisão de arquivamento do inquérito instaurado em face do ofendido Edison, cópia do procedimento administrativo que culminou com a demissão a bem do serviço público dos acusados, bem como pela prova oral colhida durante a instrução – autoria igualmente comprovada – conjunto probatório comprova que os réus mantiveram ilegalmente o ofendido detido na delegacia de polícia e exigiram quantia em dinheiro para sua libertação – provimento parcial ao recurso ministerial – recurso da ré Olga – prejudicado em face da condenação.

PENA – base exasperada em dobro para os três réus em face do exaurimento com recebimento da vantagem indevida, bem como pelo fato do crime ter sido cometido no interior de delegacia de polícia – inexistência de outros elementos modificativos da pena perda dos cargos dos réus, com base no artigo 92, I, 'a', do Código Penal.

REGIME – fechado – alta reprovabilidade demonstrada pelas circunstâncias utilizadas na fixação da pena na primeira fase." (e-STJ, fl. 234).

Neste *writ*, a impetrante alega que: a) "o processo não transitou em julgado, restando pendente de julgamento os embargos declaratórios, que apontou contradição, obscuridade, na proporção da condenação imposta a paciente, sendo garantido à paciente o cumprimento da pena em regime aberto"; b) "considerando o *quantum* da pena, o condenado reincidente não está obrigado a cumprir a pena em regime fechado. O Juiz, ao analisar as condições judiciais do art. 59 do CP, é que avaliará esta necessidade" (e-STJ, fls. 1-14).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado da condenação.

Requerimento de tutela provisória deferido para suspender a execução provisória da pena, até o julgamento final deste *habeas corpus* (e-STJ, fls. 177-178).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão parcial da ordem, de ofício, para que seja determinada a execução provisória da pena tão somente após o esgotamento da instância ordinária (e-STJ, fls. 233-237).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.138 - SP (2016/0241889-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : MARIA APARECIDA DA SILVA
ADVOGADO : MARIA APARECIDA DA SILVA - SP217083
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OLGA ALONSO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. CONCUSSÃO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉ PRIMÁRIA. PENA-BASE ACIMA DO 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. Na hipótese, o acórdão impugnado considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, por isso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Porém, como a paciente é primária e a sanção corporal foi fixada em 4 anos de reclusão, a paciente faz jus ao regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

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 à paciente, se, por outro motivo, não estiver descontando pena 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 do acórdão impugnado:

"O regime a ser aplicado deve ser o fechado em face da alta reprovabilidade, conforme circunstâncias utilizadas na fixação da pena na primeira fase, nos termos do artigo 33, §3º, do Código Penal." (e-STJ, fl. 156).

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. Na hipótese, o acórdão impugnado considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP e, por isso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Porém, como a paciente é primária e a sanção corporal foi fixada em 4 anos de reclusão, a paciente faz 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 30.193/SP, firmou entendimento de que, com a nova orientação da Suprema Corte, nos autos do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, nem 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, efetuará 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.

Na hipótese, tendo havido o esgotamento das instâncias ordinárias após o julgamento dos embargos de declaração defensivos, não há se falar em suspensão da execução provisória da pena.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0241889-0

HC 371.138 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00306116820098260050 050090606112 2016000050030 306116820098260050

EM MESA

JULGADO: 22/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: MARIA APARECIDA DA SILVA
ADVOGADO	: MARIA APARECIDA DA SILVA - SP217083
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: OLGA ALONSO
CORRÉU	: KLEBER CHAGAS NOGUEIRA
CORRÉU	: LUÍS PAULO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Funcionários Públicos Contra a Administração em Geral - Concussão

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.