



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.372 - SP (2016/0215989-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MILENA JACKELINE REIS - DEFENSORA PÚBLICA - PR041084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO TORQUATO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA PREVENTIVA APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONTUMÁCIA DELITIVA. *MODUS OPERANDI*. RISCO À ORDEM PÚBLICA CONFIGURADO. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 269/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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

2. A custódia preventiva do paciente, apesar de se referir a delito cometido sem violência ou grave ameaça, está devidamente justificada na reiteração delitiva e no *modus operandi* do delito, circunstâncias que evidenciam o risco à ordem pública. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão, se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

4. Na hipótese, apesar de o paciente ser reincidente, o que atrairia a aplicação do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o que afasta o referido enunciado sumular e constitui fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso.

5. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.372 - SP (2016/0215989-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MILENA JACKELINE REIS - DEFENSORA PÚBLICA - PR041084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO TORQUATO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNO TORQUATO DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do HC n. 2101871-83.2016.8.26.0000.

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática da conduta descrita no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, às penas de 2 anos e 11 meses de reclusão, no regime inicial fechado, e 14 dias-multa.

Irresignada, a defesa impetrou *writ* perante a Corte estadual, o qual teve a ordem denegada, conforme acórdão de fls. 68/71.

Na presente oportunidade, a impetrante alega, em síntese, constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar, ao argumento de que o acórdão impugnado apresentou fundamentação *de forma genérica e desligada do caso concreto* (fl. 3), especialmente se considerado que o paciente foi condenado pela prática de delito de furto, o qual não envolve violência ou grave ameaça, de forma que não restou demonstrada a necessidade de manutenção da custódia para a garantia de ordem pública ou à aplicação da lei penal. Ressalta que o paciente está preso desde setembro de 2015.

Insurge-se, ademais, contra a aplicação do regime inicial fechado, sustentando que *o regime inicial aberto seria o mais adequado ao caso em exame. Isso porque como a pena imposta ao apelante foi inferior a quatro anos de reclusão, deveria ter sido observada a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, que autoriza*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressamente a imposição de regime mais brando que o fechado a réu reincidente (fl. 5).

Por fim, aponta que deve incidir no caso o disposto no art. 387, § 2º, do CPP, tendo em vista a necessidade de se descontar o tempo de custódia preventiva à qual o paciente foi submetido.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, o apelo em liberdade e a fixação de regime aberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 83/84).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 101/103).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 367.372 - SP (2016/0215989-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. 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 impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade o reconhecimento de constrangimento ilegal na manutenção da custódia cautelar, bem como na fixação do regime inicial fechado, ainda que o *quantum* da pena tenha ficado em patamar inferior a 4 anos.

Inicialmente, a Corte *a quo* não se pronunciou sobre o tema versado no presente writ – aplicação ao caso do disposto no art. 387, § 2º do CP – uma vez que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

questão será oportunamente analisada no julgamento de recurso próprio, conforme enfatizado pelo Tribunal local.

Diante disso, esta Corte fica impedida de manifestar-se diretamente acerca da questão, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA E LESÃO CORPORAL. NULIDADES. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE DA CITAÇÃO. VÍCIO SANADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESNECESSIDADE. LAUDO PERICIAL REALIZADO COM BASE EM EXAME PARTICULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - "A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação" (CC n. 100.654/MG, Terceira Seção, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 13/5/2009).

II - No que se refere à nulidade da citação, o juízo de origem reconheceu o equívoco em relação à realização da citação por hora certa, anulando o ato e determinando a citação por edital, não se constatando prejuízo para a defesa.

III - Ao juiz é dado decretar a prisão preventiva, inclusive de ofício, quando no curso do processo, consoante se depreende da leitura do art. 311, do Código de Processo Penal, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal pela ausência de intimação da defesa.

IV - Quanto à nulidade do laudo pericial, realizado com base em exame particular, não houve pronunciamento sobre o tema por parte do eg. Tribunal a quo, de modo que não é possível ao Superior Tribunal de Justiça conhecer pela vez primeira de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, sob pena de indevida supressão de instância. Recurso ordinário desprovido (RHC 51303/BA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 09/12/2014, DJe 18/12/2014).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO MAJORADO. PRISÃO CAUTELAR. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. TÍTULO PRISIONAL AUTÔNOMO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 52/STJ. 4. NULIDADE PROCESSUAL E EXTENSÃO DE BENEFÍCIO. TESES NÃO ENFRENTADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. Nos termos da jurisprudência deste Tribunal Superior, a superveniência de sentença condenatória inaugura nova realidade processual, em que convencido o juiz da materialidade dos fatos e da autoria, havendo, dessa forma, inequivocamente, novos elementos a justificar a custódia cautelar, que não foram objeto de insurgência da presente irresignação, tampouco submetidos ao crivo do Tribunal de origem, impedindo, assim, o exame da questão por esta Corte, sob pena de incorrer em vedada supressão de instância. Ademais, o art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 11.719/2008, determina expressamente que o Juiz sentenciante motive a manutenção ou imposição da prisão preventiva na sentença condenatória.

3. Proferida sentença condenatória fica superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, nos termos do enunciado n. 52 da Súmula desta Corte.

4. Constatado que os argumentos ventilados na exordial - nulidade processual e extensão de benefício penal - não foram enfrentados pelo Tribunal de origem, fica esta Corte impedida de examinar a questão, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 288885/MG, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, Julgado em 20/03/2014, DJe 04/04/2014).

No Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NULIDADE PROCESSUAL. NEGATIVA DE AUTORIA. NECESSIDADE DE EXAME DOS FATOS E PROVAS DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. DEFICIÊNCIA DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. FLAGRANTE FORJADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Há óbice ao conhecimento de habeas corpus impetrado contra decisão monocrática de Ministra Relatora do Superior Tribunal de Justiça, em que negado seguimento ao recurso especial interposto naquela Corte, cuja jurisdição não se esgotou. Precedentes.

2. O habeas corpus não se presta ao exame e à valoração aprofundada das provas, de todo inviável nele reavaliar o conjunto probatório que levou à condenação criminal.

3. Participação ativa do advogado, conforme legalmente determinado, e ausência de prova de prejuízo concreto ao paciente, a afastar a tese de deficiência de defesa técnica ensejadora da pretendida nulidade processual, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

4. Inviável a apreciação por este Supremo Tribunal Federal, em sede de habeas corpus, de matéria não apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Habeas corpus extinto sem resolução de mérito (HC 120655, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 10/6/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-7-2014 PUBLIC 1º-8-2014).

Assim, o tema não foi analisado pela Corte local, o que impede sua apreciação por esta Corte, sob pena de configurar indevida supressão de instância, consoante dispõe o art. 105, II, da Constituição Federal. A questão foi remetida à análise pela Corte Estadual quando do julgamento da apelação, cujo efeito devolutivo amplo permite apreciar a adequação do regime inicial fixado na sentença.

Diante disso, uma vez interposto o recurso de apelação, não se verifica, quanto ao ponto, flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão de ordem de *habeas corpus* de ofício, para que a autoridade indicada como coatora julgue o mérito do remédio constitucional ali impetrado.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR. NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO PRÉVIO WRIT. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Em momento algum a matéria articulada no mandamus originário foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que lhe negou seguimento, circunstância que impede a manifestação desta Corte Superior de Justiça, sob pena de operar em indevida supressão de instância.

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA CONCOMITANTE COM A IMPETRAÇÃO DE HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAIS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos e ações cabíveis, como ocorre in casu, já que o agravante interpôs recurso de apelação e, concomitantemente, impetrou prévio writ.

2. Tendo-se em conta que a matéria suscitada no mandamus impetrado na origem será objeto de discussão e análise pela Corte Estadual no julgamento da apelação, dotada de efeito devolutivo amplo, por uma questão de economia e celeridade processuais o caso concreto não comporta a concessão da ordem de ofício para que a autoridade indicada como coatora julgue o mérito do remédio constitucional ali aforado.

3. Agravo regimental não provido (AgRg no RHC 47.078/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 10/09/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. 1. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PLEITO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. INTERPOSIÇÃO CONCORRENTE DE RECURSO DE APELAÇÃO PELA DEFESA.

MANDAMUS ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NESTA CORTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE PRÉVIO EXAME DA MATÉRIA PELO TRIBUNAL A QUO. 2. WRIT IMPETRADO NA ORIGEM CONTRA SENTENÇA CONDENATÓRIA E CONCOMITANTE A RECURSO DE APELAÇÃO. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE RACIONALIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS. 3. RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPROVIDO.

1. As questões relativas à dosimetria da reprimenda, ao regime inicial de cumprimento e à possibilidade da substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos não podem ser examinadas neste Tribunal se no de origem os temas não foram apreciados, sob pena de indevida supressão de um dos graus de jurisdição, salvo ilegalidade flagrante ou de decisão teratológica.

2. Esta Colenda Corte de Justiça tem orientação no sentido de que, em hipóteses como a que aqui se discute, é inadequado deduzir habeas corpus "quando da sua impetração, já havia sentença condenatória, submetida ao crivo do Tribunal de origem, por meio de apelação" (HC nº 278.146/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 20.11.13).

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RHC 35.244/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 12/02/2014).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE AGENTE INFILTRADO. DISCUSSÃO ACERCA DA LICITUDE DAS PROVAS. APELAÇÃO PENDENTE DE JULGAMENTO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O recurso de apelação detém efeito devolutivo amplo, cujo âmbito de cognição permite que o tribunal ad quem examine, com profundidade, todo o conjunto probatório colhido durante a instrução criminal. Assim, em princípio, a apelação é a via processual adequada para a impugnação de sentença condenatória recorrível, pois é esse recurso que devolve ao tribunal o conhecimento amplo de toda a matéria dos autos, permitindo a reapreciação de fatos e de provas.

2. O Tribunal de origem deixou de conhecer do habeas corpus lá impetrado, não só porque o writ era substitutivo de recurso próprio (no caso, de apelação), mas também porque, ao analisar o tema trazido na inicial da impetração, não evidenciou a ocorrência de nenhuma ilegalidade manifesta a ensejar a concessão de habeas corpus, de ofício.

3. Não há, no ato aqui impugnado, teratologia ou error in judicando que justifiquem a concessão, ex officio, da ordem de habeas corpus, sobretudo porque, à primeira vista, a condenação do recorrente pelo crime de associação para o tráfico transnacional de drogas encontra-se alicerçada também em outros elementos de prova colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

4. Ainda que a sentença condenatória, no que se refere ao crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

associação para o tráfico de drogas, esteja apoiada em provas remetidas pelo Departamento Central de Investigação e Ação Penal de Portugal - as quais foram obtidas por intermédio de infiltração de um agente de nacionalidade portuguesa no País (com pseudônimo de Antonio) -, não se pode olvidar que a análise, por este Superior Tribunal, da alegada ilicitude dessas provas relacionadas à medida cautelar de infiltração, enquanto pendente de julgamento o recurso de apelação pela Corte regional, implica, efetivamente, ostensiva supressão de instância.

5. Recurso em habeas corpus não provido.

(RHC 47.188/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 30/03/2015)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. APELAÇÃO PENDENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA.

1. Pendente o julgamento da apelação, resta inviabilizado o exame do habeas corpus quanto ao ponto devolvido naquele recurso ao Tribunal a quo.

2. Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão cautelar, evidenciada na considerável quantidade da substância apreendida [2,520 gramas de crack] e o grau de organização da associação criminosa, não há que se falar em ilegalidade.

3. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegado (HC 209.046/CE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 04/03/2015).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INDEVIDA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DO CONTEÚDO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. TEMAS NÃO ENFRENTADOS NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NEGATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MANUTENÇÃO DA MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. RESGUARDO A ORDEM PÚBLICA. RECURSO ORDINÁRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.

1. Os temas referentes às supostas ilegalidades decorrentes da indevida majoração da pena-base, da não aplicação do disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal - detração -, da fixação do regime prisional fechado com violação aos enunciados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

das súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e ao verbete sumular n. 269 desta Corte, bem como da utilização das interceptações telefônicas como meio de prova sem que tenha sido encartada aos autos sua degravação integral, não foram apreciados pelo Tribunal a quo, que reputou inadequado o manejo do habeas corpus como sucedâneo recursal, ante a existência de recurso apelação pendente de julgamento, o que impede sua cognição por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Não é ilegal a manutenção do encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, especialmente em elementos extraídos da conduta perpetrada pelo acusado, demonstrando a necessidade da prisão para garantia da ordem pública.

3. In casu, o recorrente seria renitente na prática delitiva, tendo em vista que enquanto se encontrava preso provisoriamente pelo delito de tráfico de drogas, teria se utilizado do estabelecimento prisional, passando orientações para sua amásia, razão pela qual seria necessária a manutenção de sua prisão preventiva para o resguardo da ordem pública.

4. Recurso ordinário parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido (RHC 46.812/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 19/02/2015).

No tocante à manutenção da custódia cautelar após a prolação da sentença condenatória, verifica-se que o Juízo de 1º grau remeteu-se aos fundamentos do decreto constritivo, o qual ressaltou, de forma fundamentada, a necessidade de manutenção da prisão cautelar, tendo em vista a contumácia do paciente na prática de crimes e o *modus operandi* do delito, circunstâncias que foram, inclusive, sopesadas na dosimetria da pena. Assim, confirmam-se os fundamentos apresentados pela decisão de fls. 37/38:

A decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva merece ser mantida conforme fundamentação esclarecedora ali explicitada.

Muito embora o crime de furto qualificado não ostente gravidade genérica profunda, já que não envolve risco à incolumidade física da vítima, é certo que as circunstâncias concretas verificadas indicam que o réu envolve-se em práticas criminosas de maneira contumaz, adotando postura extremamente ousada, a tornar a segregação provisória como a medida cautelar mais adequada, não havendo outra das medidas previstas na Lei n. 12.403/11 que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mostre pertinente.

Além de reincidente, salta aos olhos a ousadia apontada na denúncia, pois ao que tudo indica o réu observou com antecedência a movimentação na residência da vítima, e aproveitou-se de circunstância favorável de maneira extremamente oportunista, invadindo uma casa com rompimento de obstáculo, causando temor e desassossego.

A custódia do paciente, desta forma, apesar de se referir a delito cometido sem violência ou grave ameaça, está devidamente justificada na reiteração delitiva e no *modus operandi* do delito, circunstâncias que evidenciam o risco à ordem pública. A corroborar tal entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. TENTATIVA. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME CARCERÁRIO. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELA CORTE DE ORIGEM. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TESES A SEREM OBJETO DE EXAME EM SEDE DE APELO DEFENSIVO. PRISÃO PREVENTIVA. MANTENÇA DA CUSTÓDIA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO. MODUS OPERANDI DELITIVO. REITERAÇÃO DELITIVA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 1. O Superior Tribunal de Justiça não admite que o habeas corpus seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.*
- 2. No que tange à dosimetria da pena e a fixação do regime carcerário, a Corte de origem não adentrou ao mérito do mandamus ali impetrado reputando ser inadequado o manejo do habeas corpus como sucedâneo recursal, ante a existência de recurso próprio, qual seja, apelação, que restou concomitantemente interposto pela defesa.*
- 3. Obsta-se a cognição das matérias por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância, não sendo o caso de se determinar a apreciação das teses defensivas em sede de prévio remédio heroico, pois a matéria será objeto de discussão e análise pelo Tribunal a quo por ocasião do julgamento do apelo defensivo, dotado de efeito devolutivo amplo, não havendo falar em constrangimento ilegal a ser sanado por esta via.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. A necessidade da custódia cautelar restou demonstrada, com esboço em dados concretos dos autos, conforme recomenda a jurisprudência desta Corte, estando o decisum proferido na origem fundamentado no modus operandi do crime e na reiteração delitiva, a evidenciar, portanto, risco para ordem pública.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 358.472/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 17/10/2016).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU REINCIDENTE. RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito e da periculosidade do agente, evidenciada por dados da sua vida pregressa, notadamente por ter sido condenado, com sentença transitada em julgado, por furto e roubo qualificados (plurireincidente) e possuir passagens criminais por tráfico ilícito de entorpecentes, corrupção de menores, receptação e porte ilegal de armas. Assim, fica evidenciado ser a prisão preventiva indispensável para conter a reiteração na prática de crimes e garantir a ordem pública.

4. Mostra-se indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, quando evidenciada a sua insuficiência para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acautelar a ordem pública.

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 362.390/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 30/09/2016).

Quanto ao regime fechado, este deve ser mantido tal como determinado pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis e o paciente é reincidente, não sendo aplicado ao caso o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte Superior. Ao ensejo:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. WRIT NÃO CONHECIDO.

- O STJ, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- **É cabível a adoção do regime prisional fechado aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 anos se desfavoráveis as circunstâncias judiciais. Inaplicabilidade do Enunciado n. 269 da Súmula do STJ.**

- *Habeas corpus não conhecido* (HC 312.055/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 09/10/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. FURTO SIMPLES. PACIENTE REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO DE 2 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Nos termos do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Na espécie, a despeito de a reprimenda final ser inferior a 4 (quatro) anos, o paciente é reincidente e a pena-base foi estabelecida acima do piso legal, em razão da avaliação negativa de circunstâncias judiciais, não havendo, portanto, constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 318.059/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 13/05/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO TENTADO E FALSA IDENTIDADE. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PACIENTE REINCIDENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. ART. 387, § 2º, DO CPP. DETRAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. REGIME MAIS GRAVOSO COM BASE NA REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA DESFAVORÁVEL. IRRELEVÂNCIA DO EVENTUAL APROVEITAMENTO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e na reincidência. Enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

3. Na mesma esteira, a jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

4. Verifica-se, inicialmente, que o paciente é reincidente, o que atrairia a aplicação do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte e a fixação do regime inicial semiaberto. Entretanto, no caso dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o que afasta o referido enunciado sumular e representa fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso.

5. No que toca à pretendida aplicação da norma prevista no § 2º do art. 387 do Código de Processo Civil, é possível identificar que os fundamentos utilizados pelo Tribunal local não são idôneos, na medida em que simplesmente remetem para a execução penal a análise da detração, mediante a alegada necessidade de aferição do elemento subjetivo, próprio da progressão de regime, o que contraria o exposto comando normativo e a jurisprudência desta Corte.

6. O cômputo da prisão provisória para efeito de fixar o regime inicial, conforme o comando do § 2º do art. 387 do CPP, demanda análise objetiva sobre a eventual redução da pena para patamar mais brando, dentre as balizas previstas no § 2º do art. 33 do Código Penal.

7. No caso, a pena já se encontrava em patamar não superior a 4 anos de reclusão, sendo fixado o regime inicial fechado em virtude da reincidência e existência de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a efetiva detração de eventual pena cumprida de forma provisória seria irrelevante.

8. Habeas corpus não conhecido (HC 363.440/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus.

É o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0215989-8

HC 367.372 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00068456420158260050 00068456420158260635 20160000409688
21018718320168260000 68456420158260050 68456420158260635

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MILENA JACKELINE REIS - DEFENSORA PÚBLICA - PR041084
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : BRUNO TORQUATO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.