

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 557623 - MS (2020/0009339-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : MARTIMIANO DE SOUZA DA LUZ (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ZELIANA LUZIA DELARISSA SABALA - MS005888
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DA IMPETRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Inexiste maltrato ao princípio da colegialidade, pois, consoante disposições do Regimento Interno desta Corte, o relator deve fazer um estudo prévio da viabilidade do *habeas corpus*, podendo, inclusive, decidi-lo monocraticamente (art. 34, XX, do RISTJ). Por outro lado, a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao órgão colegiado por meio do competente agravo regimental, o que supera eventual mácula da decisão singular do relator.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime.

3. No caso, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, pois, não obstante o paciente seja primário, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, pela existência de circunstância judicial desfavorável.

Assim, nos termos do art. 33, § 2º e 3º do Código Penal, o regime semiaberto se mostra mais adequado.

4. De igual modo, a negativação dos antecedentes criminais veda a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44 do Código Penal, uma vez que demonstra que a medida não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a prevenção e repressão do crime.

5. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília, 28 de abril de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca
Relator

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 557.623 - MS (2020/0009339-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MARTIMIANO DE SOUZA DA LUZ (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
ZELIANA LUZIA DELARISSA SABALA - MS005888
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

RELATÓRIO

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

Trata-se de agravo regimental (e-STJ, fls. 377/383), interposto contra decisão de minha relatoria (e-STJ, fls. 363/368), que não conheceu de *habeas corpus* anteriormente impetrado.

Narram os autos que o agravante/paciente foi condenado pelo Juízo de primeiro grau, por infração ao art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal, às penas de 2 anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 10 dias-multa. A pena privativa de liberdade foi substituída por 2 restritivas de direitos (e-STJ, fls. 206/218).

Inconformada, a acusação apelou e o Tribunal *a quo* proveu parcialmente o recurso (e-STJ, fls. 327/335) para majorar as penas aplicadas ao paciente para 2 anos, 3 meses, e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 35 dias-multa. Foi afastada, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade.

Na impetração (e-STJ, fls. 3/10), a defesa sustentou haver constrangimento ilegal na aplicação do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição por restritiva de direitos, uma vez que a pena foi fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, tendo sido negativada apenas 1 circunstância judicial (antecedentes). Acrescentou que o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça e que o recrudesimento do regime, além de desproporcional no caso concreto, não se justifica diante do caos carcerário existente no país.

Superior Tribunal de Justiça

Diante disso, pediu, liminarmente e no mérito, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Indeferido o pedido liminar (e-STJ, fls. 343/344) e, no mérito, não conhecido o *habeas corpus*, neste agravo regimental, argumenta o recorrente a existência de cerceamento da defesa e violação ao princípio da colegialidade em razão do julgamento monocrático pelo relator, uma vez que impediu que a Turma Criminal reconhecesse a presença dos elementos necessários ao abrandamento do regime prisional.

Aduz, ainda, que a existência de uma única circunstância judicial desfavorável não obsta a fixação de regime inicial aberto para o cumprimento da pena. Nesse sentido, apresenta como precedente o AgRg no Aresp 1197067/PE.

Pleiteia, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a a submissão do feito ao órgão colegiado para julgamento.

É o relatório.

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 557.623 - MS (2020/0009339-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : MARTIMIANO DE SOUZA DA LUZ (PRESO)
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ZELIANA LUZIA DELARISSA SABALA - MS005888
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO CONHECEU DA IMPETRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Inexiste maltrato ao princípio da colegialidade, pois, consoante disposições do Regimento Interno desta Corte, o relator deve fazer um estudo prévio da viabilidade do *habeas corpus*, podendo, inclusive, decidi-lo monocraticamente (art. 34, XX, do RISTJ). Por outro lado, a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao órgão colegiado por meio do competente agravo regimental, o que supera eventual mácula da decisão singular do relator.

2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre a gravidade concreta do crime.

3. No caso, não há se falar em ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, pois, não obstante o paciente seja primário, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, pela existência de circunstância judicial desfavorável. Assim, nos termos do art. 33, § 2º e 3º do Código Penal, o regime semiaberto se mostra mais adequado.

4. De igual modo, a negatização dos antecedentes criminais veda a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44 do Código Penal, uma vez que demonstra que a medida não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a prevenção e repressão do

Superior Tribunal de Justiça

crime.

5. Agravo regimental não provido.

VOTO

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

O recurso não merece prosperar, afinal, inexistente maltrato ao princípio da colegialidade, pois, consoante disposições do Regimento Interno desta Corte, o relator deve fazer um estudo prévio da viabilidade do *habeas corpus*, podendo, inclusive, decidi-lo monocraticamente (art. 34, XX, do RISTJ). Por outro lado, a parte possui mecanismos processuais de submeter a controvérsia ao órgão colegiado por meio do competente agravo regimental, o que supera eventual mácula da decisão singular do relator.

Registre-se, ainda, que a previsão regimental não implica cerceamento ao direito de defesa, por eventual supressão do direito de o patrono da parte realizar sustentação oral, muito menos quando se deseja exercer tal faculdade em sede de agravo regimental, a teor do art. 159 do RISTJ (*ut*, AgRg no HC n. 173.398/SC, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 25/8/2015).

Quanto ao mérito, o agravante não traz argumentos capazes de infirmar os fundamentos constantes da decisão agravada, proferida em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Conforme relatado anteriormente, buscava o impetrante o abrandamento do regime inicial e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Sabe-se que o regime de cumprimento de pena mais gravoso até pode ser estabelecido, mas, para tanto, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

Superior Tribunal de Justiça

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.

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

No entanto, no caso dos autos, apesar de o montante da pena (**2 anos, 3 meses, e 15 dias de reclusão**) comportar, em princípio, o **regime inicial aberto**, verifico que a pena-base não foi fixada no mínimo legal em razão dos maus antecedentes do paciente, circunstância esta que justifica o recrudesimento do regime, inexistindo, portanto, coação ilegal a ser sanada por esta Corte.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. FURTO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. CONDENAÇÃO POR PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE AFASTADA. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. 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. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. 3. Conforme o recente entendimento deste Tribunal, "em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que aquelas previstas atualmente, o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência" (REsp 1.672.654/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 30/08/2018).

4. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo

quantum de reprimenda imposta ao réu. Porém, tratando-se de réu reincidente, condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, mas que ostenta maus antecedentes, o que implicou fixação da básica acima do piso legal, deve ser reconhecida a proporcionalidade do regime prisional semiaberto.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda para 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime prisional semiaberto, mais o pagamento de 13 dias-multa.

(HC 478.773/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019)

Em relação à substituição da reprimenda, segundo o art. 44 do CP, as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade, quando: (i) aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (ii) o réu não for reincidente em crime doloso; (iii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No presente caso, embora estabelecida a pena definitiva menor que 4 anos, sendo primário o acusado, a presença de circunstância judicial negativa (antecedentes) veda a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44 do Código Penal, uma vez que demonstra que a medida não se mostra socialmente recomendável, nem suficiente para a prevenção e repressão do crime.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. TRÊS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. SÚMULA N. 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ARGUMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE

DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL - CP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. Cumpre salientar que a dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico. No caso dos autos, considerando o mínimo e o máximo da pena do delito de furto qualificado, de 2 a 8 anos de reclusão, e levando-se em conta os maus antecedentes do réu, decorrentes de três condenações transitadas em julgado, justificam a exasperação em 1/4, mostrando-se razoável majorá-la em 6 meses. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que "a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, quando utilizada para fundamentar a condenação" (HC n. 337.662/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2016).

4. As penas-base foram fixadas acima do mínimo legal, tendo em vista a valoração negativa dos antecedentes de ambos os agentes. Não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

5. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, uma vez que os pacientes tiveram as penas-base fixadas acima do mínimo legal em razão da valoração negativa dos antecedentes, o que justifica a vedação à substituição da pena, tendo em vista a ausência dos requisitos previstos no art. 44, inciso III, do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente TIAGO RAMOS NERIS para 2 anos de reclusão e 9 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório. (HC 437.107/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 16/04/2019)

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL.

AUSÊNCIA. AÇÃO CRIMINOSA CAPTURADA PELAS CÂMERAS DO SISTEMA DE SEGURANÇA E CORROBORADA PELO DEPOIMENTO DA VÍTIMA EM JUÍZO. MATERIALIDADE COMPROVADA. PRECEDENTES. RECONHECIMENTO DO FURTO PRIVILEGIADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CARCERÁRIA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, para reconhecimento da qualificadora do rompimento do obstáculo, é imprescindível a realização de exame pericial, sendo possível a sua substituição por outros meios probatórios somente se o delito não deixar vestígios, se esses tiverem desaparecido ou, ainda, se as circunstâncias do crime não permitirem a confecção do laudo.

2. Em diversos julgados, firmou-se também o entendimento de que, excepcionalmente, pode-se reconhecer a possibilidade de suprimento da prova pericial por outro meio de prova (filmagem), notadamente quando a autenticidade desse meio não tiver restado impugnada pela defesa (REsp n. 1.583.088/MG, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 18/10/2017).

3. Não apreciada pelas instâncias ordinárias a questão da incidência do § 2º do art. 155 do Código Penal, o seu exame implicaria inadmissível supressão de instância.

4. O reconhecimento dos maus antecedentes do paciente afasta a possibilidade de substituição da pena carcerária por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada. (HC 385.184/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 30/10/2018)

Ante o exposto, pelas próprias razões do *decisum* impugnado, acima reiteradas, **nego provimento** ao agravo regimental.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

AgRg no HC 557.623 / MS

PROCESSO ELETRÔNICO

MATÉRIA CRIMINAL

Número Registro: 2020/000933-97

Número de Origem:

00011819320148120015 11819320148120015 312014

Sessão Virtual de 22/04/2020 a 28/04/2020

Relator do AgRg

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ZELIANA LUZIA DELARISSA SABALA - MS005888

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

PACIENTE : MARTIMIANO DE SOUZA DA LUZ (PRESO)

INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ASSUNTO : FURTO QUALIFICADO CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTO
QUALIFICADO DIREITO PENAL - FURTO QUALIFICADO CRIMES CONTRA O
PATRIMÔNIO - FURTO QUALIFICADO

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARTIMIANO DE SOUZA DA LUZ (PRESO)

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

ZELIANA LUZIA DELARISSA SABALA - MS005888

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

TERMO

A QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ribeiro Dantas.

Brasília, 29 de abril de 2020