



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.140 - SP (2016/0219212-0)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - SP235675
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARAMIS VINICIUS TENORIO DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO (ART. 157, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO COM BASE NA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 269/STJ. CONSTRANGIMENTO NÃO EVIDENCIADO.

1. Nos termos do enunciado sumular 269 desta Corte Superior, é adequada a imposição do modo semiaberto para o início da execução da reprimenda ao condenado reincidente, cuja pena tenha sido definitivamente fixada em patamar igual ou inferior a 04 (quatro) anos de reclusão e as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.

2. Inexiste constrangimento ilegal quando as instâncias ordinárias, ao fixarem o regime intermediário para o início de resgate da sanção reclusiva, atuaram nos moldes preconizados pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

3. Ressalta-se que a condenação anterior, em razão do cometimento do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, possui o condão de ocasionar o previsto no art. 61, inciso I do CP (reincidência) e, conseqüentemente, obstaculizar a imposição de regime inicial menos gravoso, face a ausência de atendimento dos quesitos legais.

DETRAÇÃO PENAL. CÔMPUTO DO TEMPO DA PRISÃO PROVISÓRIA PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. ART. 387, § 2º, DO CPP. QUESTÃO NÃO DISCUTIDA NO ARESTO COMBATIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Não há como se conhecer do *mandamus* no ponto em que pretende a consideração do tempo de prisão cautelar na fixação do regime inicial, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, visto que a questão não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator, sob pena de indevida supressão de instância.

2. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.140 - SP (2016/0219212-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RODRIGO CÉSAR JERONYMO - SP235675
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ARAMIS VINICIUS TENORIO DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ARAMIS VINICIUS TENORIO DA SILVA contra acórdão proferido pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0021443-02.2013.8.26.0309, mantendo a condenação à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso na sanção do art. 157, *caput*, do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que deveria ser abrandado o regime prisional, haja vista circunstâncias pessoais e o caso concreto, sendo que a existência de condenação anterior transitada em julgado pelo crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas não poderia embasar a imposição do modo mais gravoso.

Alega que o tempo de prisão cautelar deveria ser levada em consideração para a escolha do regime inicial de pena, nos termos do artigo 387 do Código de Processo Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja mitigado o regime prisional para o aberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.140 - SP (2016/0219212-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA DA TURMA RECURSAL. TESE DEFENSIVA NÃO ENFRENTADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

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. A tese da defesa de nulidade dos atos praticados pela Turma Recursal, em face da sua incompetência para conhecer e julgar a apelação, não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede o conhecimento da questão por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 64.784/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 157, *caput*, do Código Penal, porque:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] no dia 25.09.13 , por volta das 12:30 horas , na Avenida Presbítero Manoel Antônio Dias numerai 1302 , Parque Residencial Jundiáí, nesta, o denunciado subtraiu para ele, mediante grave ameaça, R\$ 150,00, tudo pertencente ao estabelecimento comercial da vítima Jucelia Galdino de Moura Demetino. (e-STJ fl. 15)

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

No que concerne ao regime inicial, nota-se que o magistrado singular fixou o modo intermediário, nos seguintes termos:

O acusado iniciará o cumprimento da pena segregativa imposta em regime semiaberto.

Por não preenchidos os requisitos dos artigos 44 e 77 do Código Penal não faz ele jus à suspensão condicional das penas ou de sua substituição por outras restritivas de direitos.

Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade (regime semiaberto), considere a situação do acusado (com antecedentes criminais) e as circunstâncias do crime (cometido sem o emprego de armas de fogo), o que possibilita a fixação do regime intermediário. (e-STJ fl. 21)

A Corte Estadual, ao negar provimento do recurso defensivo, manteve o modo intermediário, *verbis*:

O regime aberto não é de obrigatória fixação " tampouco consiste direito subjetivo do réu nas penas de 4 anos de reclusão. A escolha do regime adequado também deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto, por expressa previsão do artigo 33, § 3º, do Código Penal. (e-STJ fl. 27)

Da leitura dos excertos supra, não se verifica coação a ser sanada por este Tribunal Superior, pois, não obstante a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da sanção final em patamar igual a 4 (quatro) anos, ausente a ilegalidade arguida, porquanto o paciente é reincidente na prática delitiva, circunstância que obsta o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abrandamento do modo prisional para o aberto, em consonância com o art. 33 do CP.

Outrossim, dispõe a Súmula 269/STJ: *"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."*

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PACIENTE CONDENADO À PENALIDADE CORPORAL DE 1 ANO E 2 MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS E ACUSADO REINCIDENTE ESPECÍFICO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. REGIME INTERMEDIÁRIO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENALIDADE CORPORAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula n.

440/STJ.

- **Por outro lado, segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.**

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para, confirmando a liminar deferida, alterar o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto.

(HC 363.892/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 04/10/2016)

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. PENALIDADE INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA.

REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENALIDADE PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL. NÃO CONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. Nos termos do artigo 33 do Código Penal e do teor da Súmula 269 desta Corte, fixada a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial semiaberto é apropriada, diante da reincidência do paciente.

[...]

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 357.303/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 14/06/2016)

Ademais, ainda que a reincidência se dê por condenação anterior em razão do cometimento do delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06, ressalta-se que esta possui o condão de gerar o instituto previsto no art. 61, inciso I do CP e, conseqüentemente, impedir a fixação do regime de cumprimento de pena menos gravoso, face a ausência de atendimento dos requisitos legais, ao contrário do defendido na impetração.

A propósito, colaciona-se:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA CARACTERIZADA. PRECEDENTES. PEDIDOS DE FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREJUDICADOS.

[...] 4. Consoante reiterados precedentes desta Corte, a condenação anterior e definitiva pelo crime de posse de drogas para uso próprio (art. 28, caput, da Lei de Drogas), enseja a caracterização de reincidência, porquanto, com a vigência da Lei n. 11.343/2006, não houve abolitio criminis, mas mera despenalização da conduta.

Precedentes.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 350.317/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 12/09/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. CONFIGURAÇÃO DA REINCIDÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

§ 4º, DA LEI 11.343/2006. NÃO APLICAÇÃO. PACIENTE REINCENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

- Esta Corte Superior entende que não houve a descriminalização do porte de drogas para uso próprio com a entrada da Lei n. 11.343/2006, mas apenas a despenalização, haja vista a previsão de medidas alternativas para o acusado. Dessa forma, a condenação pelo crime do supracitado artigo é circunstância apta a autorizar a majoração da pena, tanto pela incidência da agravante da reincidência, bem como para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. [...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. - No caso, o regime fechado, mais gravoso que a pena de 7 anos comporta, foi estabelecido nos moldes do art. 33, § 2º, do Código Penal, tendo em vista que o paciente é reincidente.

- Habeas corpus não conhecido.

(HC 360.818/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

Nesse contexto, verifica-se que a decisão impugnada, de modo fundamentado, deliberou acerca da impossibilidade da mitigação do regime inicial para o aberto, não havendo falar em ilegalidade a ser sanada por este Tribunal Superior.

No que diz respeito à detração penal, observa-se que a Corte estadual não dirimiu referida matéria, quando do julgamento da apelação, o que torna inviável sua análise diretamente por este Sodalício para não incidir na indevida supressão de instância.

Nesse viés:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO APÓS O DELITO EM ANÁLISE. REGIME INICIAL FECHADO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA (ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP). SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONHECIDO.

[...]

- O Tribunal a quo não apreciou a questão referente à detração da pena (art. 387, § 2º, do CPP). Dessa forma, é inviável a análise da referida matéria diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 329.783/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do writ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0219212-0

HC 368.140 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0021443022013 00214430220138260309 20160000126953 21443022013
214430220138260309

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: RODRIGO CÉSAR JERONYMO - SP235675
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ARAMIS VINICIUS TENORIO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

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