



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.401 - SP (2016/0107205-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALUISIO IUNES MONTI ROGGERI RE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID FERNANDO FERNANDES

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. Precedentes.

2. Contudo, 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.

FURTO QUALIFICADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA REPRIMENDA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Na hipótese, o Tribunal de origem fundamentou de forma inidônea a alteração do regime inicial para o semiaberto. Assim, tendo a reprimenda sido estabelecida em 2 (dois) anos de reclusão, evidenciada está a desproporcionalidade desse sistema prisional mais severo que o previsto no art. 33 do Código Penal.

2. Cabível, portanto, o restabelecimento da sentença no ponto em que fixou o modo inicial aberto, haja vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a quantidade de pena aplicada.

REPRIMENDA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. COAÇÃO ILEGAL CONFIGURADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito é possível quando preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. *In casu*, atendidos os pressupostos legalmente exigidos, mostra-se viável o restabelecimento do édito condenatório que converteu a sanção reclusiva por duas restritivas de direitos.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de restabelecer a sentença no ponto em que fixou o regime inicial aberto e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.401 - SP (2016/0107205-9)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALUISIO IUNES MONTI ROGERI RE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DAVID FERNANDO FERNANDES

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de DAVID FERNANDO FERNANDES contra acórdão proferido pela 3ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento da Apelação n. 0064400-09.2013.8.26.0506, negou provimento ao recurso defensivo e proveu o ministerial para fixar o regime inicial semiaberto e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantendo, no mais, a sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão, e multa, pela prática do crime do art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o fundamento utilizado para fixar o regime inicial semiaberto seria inidôneo, já que embasado na gravidade abstrata do delito cometido, ressaltando que, dada a quantidade de reprimenda totalizada, a primariedade do paciente e a favorabilidade das circunstâncias judiciais, seria cabível o aberto, sob pena de violação aos Enunciados Sumulares nº 718 e 719 do STF e 440 do STJ e nos termos do art. 33 do CP.

Defende que seria possível a conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

Requer a concessão sumária da ordem constitucional para suspender a expedição do mandado de prisão, determinada no acórdão impugnado. No mérito, pugna pelo restabelecimento do regime aberto e da substituição da reprimenda.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.401 - SP (2016/0107205-9)

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:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

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 2 (dois) anos de reclusão, e 10 dias-multa, em regime inicial aberto, a qual foi convertida em duas restritivas de direitos, pela prática do crime do art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, porque:

Consta do incluso inquérito policial nº 2.075/13 que, no dia 22 de outubro de 2013, por volta das 19:30 horas, na rua Amador Bueno nº 1.298, região central, nesta cidade e comarca de Ribeirão Preto, DAVID FERNANDO FERNANDES e RAMIRO MARQUES DA SILVA, melhor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualificados às fls. 19/23 e 35/38, respectivamente, agindo em concurso e com identidade de propósitos criminosos, subtraíram, para si, mediante rompimento de obstáculo, da empresa-vítima "Optica Santa Cruz", uma caixa contendo oito de óculos de sol, marcas diversas (Guess, Paloma Picasso, Oxydo, Blue Bay, Revlon e Vip), bem como um aparelho televisor de Led "AOC", bens avaliados em R\$ 3.647,00, conforme laudo acostado à fl. 62. (e-STJ fl. 12)

Inconformados, a defesa e o Ministério Público interpuseram apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso defensivo e proveu o ministerial para fixar o regime inicial semiaberto e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mantendo, no mais, a sentença condenatória.

No que concerne ao regime inicial de cumprimento da pena, verifica-se que o Colegiado alterou o modo prisional para o semiaberto com base na presença de circunstância judicial desfavorável, nos seguintes termos:

*Destarte, quanto ao regime de cumprimento da corporal inerente a David, observando que o "montante" da pena, por si só, não basta para ensejar a solução branda vista na sentença, **depara-se com a circunstância judicial desfavorável** antes salientada (personalidade desvirtuada e inclinada à prática de delitos, com comportamento social altamente reprovável), a exigir a imposição do retiro intermediário, tal como pleiteado pelo Ministério Público. (e-STJ fl. 69)*

Todavia, inidônea a fundamentação apresentada, porquanto, da análise dos autos, vê-se, ao contrário do asseverado, que a pena-base restou fixada no mínimo legalmente previsto, em razão da favorabilidade das circunstâncias judiciais, conforme o seguinte excerto do édito condenatório, *verbis*:

Na dosagem da reprimenda, atenta aos antecedentes, à culpabilidade e as demais diretrizes do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base dos acusados em dois (02) anos de reclusão e dez (10) dias-multa, tendo em vista o preceito sancionador do artigo 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal. (e-STJ fl. 57)

Assim, fixada a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e considerando-se a favorabilidade dos quesitos do art. 59 do Código Penal, verifica-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o restabelecimento da sentença que estabeleceu o modo inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do CP.

Nesse diapasão, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OFENSA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

4. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa da conduta social do paciente. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça. De rigor, o decote no incremento sancionatório.

5. **Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é adequado o estabelecimento do regime inicial mais brando, tendo em vista que a pena definitiva é inferior a 4 anos, as circunstâncias judiciais são favoráveis, bem como pelo fato de o paciente não ser reincidente.**

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, estabelecido o regime inicial aberto.

(HC 348.374/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/03/2016, DJe 16/03/2016)

Quanto à substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, verifica-se que o Tribunal de origem, para motivar a negativa, valeu-se do mesmo fundamento utilizado para manter o regime prisional mais gravoso, *verbis*:

Pelos mesmos motivos, incogitável a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, benesse que enseja incentivo à criminalidade, além de acarretar odioso sentimento de impunidade, isso sem se ignorar óbice legal expresso (artigo 44, III, do Código Penal). (e-STJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fl. 70).

Contudo, diante da alteração do modo inicial de execução da pena para o aberto e, tendo em vista a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a pena total aplicada, deve a ordem ser concedida de ofício a fim de, igualmente, restabelecer o édito condenatório no ponto em que converteu a sanção reclusiva em duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual período ao da condenação e uma pena de multa, no valor de dez (10) dias-multa, a serem somados aos dez (10) dias-multa da sanção originária (e-STJ fl. 58).

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de restabelecer a sentença que fixou o regime inicial aberto e substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0107205-9

HC 354.401 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00644000920138260506 20752013 644000920138260506

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ALUISIO IUNES MONTI ROGGERI RE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: DAVID FERNANDO FERNANDES
CORRÉU	: RAMIRO MARQUES 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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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