



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.644 - SP (2015/0163866-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **ANDRE EDUARDO HEINIG**
ADVOGADO : **ANDRE EDUARDO HEINIG - SC028532**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDRE RODRIGUES DA SILVA**

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE MAUS ANTECEDENTES. OFENSA À SÚMULA N. 444/STJ. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. ACUSADO REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– 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.

– A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

– Inexiste ofensa à Súmula n. 444/STJ, uma vez que a exasperação da pena-base operou-se com lastro em condenações definitivas (uma por receptação e duas por porte de arma), e não em processos em andamento, como sustentou o impetrante, tendo, ainda, respeitado o primado da proporcionalidade, devendo ser mantida, em obediência à discricionariedade do julgador.

– 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- 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.*

– Hipótese em que, apesar de a pena final do paciente ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o paciente possuir circunstância judicial desfavorável impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal, devendo ser mantido o regime fechado estabelecido na sentença. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido.

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), 06 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.644 - SP (2015/0163866-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ANDRE EDUARDO HEINIG
ADVOGADO : ANDRE EDUARDO HEINIG - SC028532
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE RODRIGUES DA SILVA

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo do recurso próprio, impetrado em favor de ANDRE RODRIGUES DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0001151-82.2010.8.26.0282).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso III, do Código Penal (fls. 7/16).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para redimensionar as pena do paciente para 3 anos e 6 meses de reclusão e 17 dias-multa, mantido o regime prisional fechado (fls. 17/28).

No presente *mandamus* (fls. 1/6), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois a exasperação da pena-base operou-se com lastro em processo em andamento, em evidente afronta à Súmula n. 444/ST. Prossegue defendendo que o paciente, condenado à pena não superior a 4 anos, faz *jus* ao regime prisional semiaberto, nos termos da Súmula n. 269/STJ.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que a pena do paciente seja reduzida e alterado o regime prisional.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 36/49.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela denegação da ordem, caso conhecida (fls. 54/63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.644 - SP (2015/0163866-0)

VOTO

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

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora o impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a redução da pena-base para o mínimo legal e a concessão do regime inicial semiaberto em favor do paciente.

No caso, o sentenciante, após as considerações acerca da materialidade e autoria do tipo previsto no art. 155, § 4º, inciso III, do Código Penal, estabeleceu as penas com lastro na seguinte fundamentação (fl. 15):

Na primeira fase, atendendo ao artigo 59 do Código Penal, verifico que o réu possui maus antecedentes, posto que já condenado definitivamente pela prática de crime de receptação e porte de arma, este último em duas oportunidades distintas (fls. 17, 19 e 21 do apenso de FA). Logo, fixo a pena-base acima do mínimo legal, a saber: 5 (cinco) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Vislumbro, na segunda fase, a circunstância agravante do inciso I



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do artigo 61 do Código Penal reincidência (fls. 20 do apenso de FA) e aumento a pena em 1/6, perfazendo a reprimenda total de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 58 (cinquenta e oito) dias-multa.

Na terceira fase, não há causas de aumento ou diminuição, razão pela qual torno definitiva a pena anteriormente fixada.

O Tribunal de origem, ao dar provimento parcial ao apelo defensivo, reduziu a pena-base nos seguintes moldes (fl. 27):

De rigor, portanto, a condenação, as penas comportam reparo, restando reduzidas para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão (pena-base + 1/2 (um meio) pelos maus antecedentes (fls. 17, 19 e 21 do apenso) + 1/6 (um sexto) pela reincidência (fl. 20 do apenso) e 17 (dezesete) dias-multa.

A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

Pela leitura dos excertos acima transcritos, verifica-se que o sentenciante destacou que pesam contra o paciente três condenações definitivas: uma pelo delito de receptação e duas, pelo de porte de arma. Em decorrência, estabeleceu a pena-base em 5 anos de reclusão. Contudo, o Tribunal local, embora tenha mantido a valoração desfavorável dos antecedentes do acusado, reduziu a pena-base para 3 anos de reclusão, por considerar tal patamar mais proporcional e adequado à repressão do delito em comento.

Assim, verifica-se que inexistiu a alegada ofensa à Súmula n. 444/STJ, uma vez que a exasperação da pena-base operou-se com lastro em condenações definitivas, e não em processos em andamento, como sustentou o impetrante, tendo, ainda, respeitado o primado da proporcionalidade, devendo ser mantida, em obediência à discricionariedade do julgador.

Quanto ao regime de cumprimento, a jurisprudência deste Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ou na reincidência.

Foi elaborado, então, o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *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.*

A defesa requer a alteração do regime fechado para o semiaberto, destacando, para tanto, o disposto no enunciado n. 269 da Súmula do STJ, segundo o qual: *É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.*

No caso, o acórdão recorrido manteve o regime mais gravoso, com lastro na seguinte fundamentação (fls. 27/28):

O regime de cumprimento de pena deve ser o fechado uma vez que, como bem consignado na r. sentença a quo, “a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos e a fixação do regime inicial semiaberto não foram suficientes para evitar que o acusado voltasse a delinquir (fls 7, 19/21 do apenso de FA) (...)” (fl. 294), em consonância com o disposto no art. 33 §3º, do Código Penal.

Pela leitura do excerto retromencionado, observa-se que o regime fechado, mais gravoso do que pena de 3 anos de reclusão comporta, foi fixado com base na reincidência do paciente, além da presença de circunstância judicial desfavorável, qual seja, os maus antecedentes, afastando, assim, a possibilidade do regime intermediário, permitido apenas aos reincidentes, pela Súmula n. 269/STJ, *se favoráveis as circunstâncias judiciais*, situação inócua na espécie.

Portanto, apesar de a pena final do paciente ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o paciente possuir circunstância judicial desfavorável, a qual afastou a pena-base do mínimo legal, impede o reconhecimento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegado constrangimento ilegal, devendo ser mantido o regime fechado estabelecido na sentença.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL FECHADO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269 DO STJ. INAPLICABILIDADE.

(...)

6. Nos termos da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais." (Súmula 269 do STJ).

7. In casu, não se aplica o referido entendimento, pois a situação é diversa, porquanto o acusado, além de reincidente, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis. Assim, embora a pena seja inferior a 4 (quatro) anos, não há óbice à fixação do regime fechado.

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 218.381/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 15/09/2015) - grifei.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTES CONTUMAZES NA PRÁTICA DE CRIMES PATRIMONIAIS. RELEVÂNCIA DA CONDUTA NA ESFERA PENAL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA DEVIDAMENTE FIXADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

(...)

- O regime fechado foi estabelecido com base na reincidência e na indicação da existência circunstância judicial desfavorável em razão dos maus antecedentes, que foi, inclusive, utilizada para a exasperação da pena-base no patamar de 1/6, e que impede a incidência, ao caso, do Enunciado n. 269 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Habeas Corpus não conhecido. (HC 313.880/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 29/04/2015) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0163866-0

HC 329.644 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00011518220108260282 11518220108260282

EM MESA

JULGADO: 06/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANDRE EDUARDO HEINIG
ADVOGADO : ANDRE EDUARDO HEINIG - SC028532
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDRE RODRIGUES 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.