



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.054 - SP (2016/0324918-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR - SP127872
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO ANTONIO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ART. 33, § 3º, DO CÓDIGO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. A fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do CP ou de outro dado concreto que demonstre a gravidade exacerbada do delito. Inteligência das Súmulas n. 440/STJ, n. 718/STF e n. 719/STF.

Embora o *quantum* de pena permita (art. 33, § 2º, "c", do CP), em tese, a fixação do regime aberto, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente os maus antecedentes do apenado, utilizados para majorar a pena-base acima do mínimo legal (art. 59 do CP), justifica a imposição de regime prisional intermediário.

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 09 de março de 2017(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.054 - SP (2016/0324918-4)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RENATO ISNARD KHAIR - SP127872
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FABIANO ANTONIO DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de FABIANO ANTONIO DOS SANTOS, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n. 0005343-90.2015.8.26.0635).

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, I e II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, às penas de 1 ano e 3 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto e multa e ao pagamento da reparação dos danos, negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 8/15).

Em apelação, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso defensivo, apenas para afastar a condenação à reparação dos danos. O acórdão ficou assim ementado:

FURTO QUALIFICADO TENTADO - Configuração. Materialidade e autoria demonstradas. Declarações da vítima e depoimento do policial militar em harmonia com o conjunto probatório - Crime praticado mediante escalada e rompimento de obstáculo à subtração da coisa - Condenação mantida - Penas fixadas com critério - Redução pelo conatus. Coeficiente intermediário adequado diante do iter criminis - Regime inicial semiaberto - Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito (CP, artigo 44, III) - Indenização pela reparação dos danos à vítima afastada. Ausência de pedido expresso e instauração do 'devido processo legal' no momento próprio - Apelo provido parcialmente para afastar a indenização (fl. 17).

Daí a presente impetração, na qual se alega a existência de constrangimento ilegal na fixação do regime prisional semiaberto, interposto indevidamente na gravidade abstrata do delito perpetrado.

Assevera cabível, no caso, o regime aberto, invocando as Súmulas n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

718/STF, n. 719 do Supremo Tribunal Federal – STF e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Pugna, assim, em liminar e no mérito, pela fixação de regime inicial aberto para o desconto da reprimenda imposta ao paciente.

Indeferida a liminar (fls. 25/26) e prestadas as informações solicitadas (fls. 41/42, 63/64, 99 e 100), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da ordem ou por sua denegação (fls. 104/110).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 382.054 - SP (2016/0324918-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, no presente *writ*, a fixação do regime prisional aberto ao paciente.

O Juízo de primeiro grau, ao condenar o paciente, dosou sua pena e fixou o regime prisional inicialmente semiaberto nos seguintes termos:

Doso as penas.

1ª fase

Sopesados os critérios estabelecidos nos artigos 59 e 60 do Código Penal, culpabilidade do réu, intensa, pois tem maus antecedentes, por pelo menos 3 delitos - apenso de folha de antecedentes e certidões -; sua personalidade, perigosa de maneira mediana, ao praticar crime sem grave ameaça ou violência; os motivos, circunstâncias e consequências do crime, aproveitar-se dos bens existentes no escritório; para a correta reprovação e prevenção delitiva. fixo a pena-base 1/4 acima do mínimo, em dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de doze (12) dias-multa.

2ª fase

Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes.

3ª fase

Pela tentativa, com redução de 1/2. chega-se a um (1) ano e três (3) meses de reclusão e seis (6) dias-multa.

Inexistem outras causas de diminuição e de aumento.

Pena final

A pena acima é definitiva, pois mais nada a altera.

Regime

O regime inicial da pena privativa da liberdade será o semiaberto.

Não se pode perder de vista a Súmula 719 do STF: "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

O delito é grave, pelos malefícios causados na sociedade, de outro lado, o réu praticou delito sem grave ameaça e violência, o que, proporcionalmente a outros delitos, é de menor potencial ofensivo, roubo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e tráfico, exemplificativamente.

A Súmula 718 do STF ensina: "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".

Assim, para a correta individualização da pena, com tratamento diferenciado do criminoso mais violento, o acusado pode, de início, ficar num regime menos severo, para, gradativamente, voltar à convivência em sociedade de maneira harmônica.

Na Súmula 269 do STJ enuncia-se: "é admissível a adoção do regime prisional semi- aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

No regime escolhido ele fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar (art. 35, parágrafo 1º, do Código Penal). O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior (art. 35, parágrafo 2º, do mesmo diploma legal).

Em regime inicial intermediário, ainda, poderá refletir sobre a erronia de sua conduta, ao mesmo tempo, é repreendido do ato que realizou, previne-se que não o faça mais e outros delitos, por fim, efetiva-se sua integração social (fls. 13/14).

Este Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP ou em outra situação que demonstre efetivamente a gravidade exacerbada do delito.

Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

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 (Súmula 440/STJ).

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 (Súmula 718/STF).

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea (Súmula 719/STF).

No caso dos autos, verifico que, embora o *quantum* de pena (art. 33, § 2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"c", do CP) permita, em tese, a fixação do regime aberto, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente os maus antecedentes do apenado, utilizados para majorar a pena-base acima do mínimo legal (art. 59 do CP), justifica a imposição de regime prisional intermediário.

Confiram-se os julgados colecionados desta Quinta Turma:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS NÃO INERENTES AO TIPO PENAL. REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 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 dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Não configura constrangimento ilegal a exasperação da pena-base justificada pelas circunstâncias do crime, que extrapolam os elementos inerentes ao tipo penal e revelam maior desvalor da ação.

- O quantum da pena (1 ano e 2 meses de reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, a fixação do regime de cumprimento de pena no regime semiaberto se mostra adequada para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido (HC 354.124/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO. REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. WRIT NÃO CONHECIDO E HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do Código Penal, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu, sem que se possa falar em malferimento das Súmulas 718 e 719 do STF, bem como da Súmula 440 do STJ. Entrementes, tratando-se de réu primário e estabelecida pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, cumpre reconhecer que ele faz jus ao regime semiaberto de cumprimento da pena.

4. O art. 44 do CP estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se "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 caso em análise, o Tribunal de origem asseverou não ser admissível a concessão do benefício, máxime em razão dos antecedentes do réu, sem que possa inferir arbitrariedade em tal conclusão.

5. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, tão somente para estabelecer o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao réu, salvo se, por outro motivo, ele estiver descontando pena em meio mais gravoso (HC 363.066/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 23/11/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO SIMPLES. REGIME PRISIONAL. PACIENTE PRIMÁRIO, COM CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA, CONDENADO À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Tratando-se de réu primário, condenado à pena não superior a 4 anos de reclusão, com ponderação negativa dos maus antecedentes, tanto que a pena-base foi mantida em patamar superior ao mínimo legal, revela-se adequado o estabelecimento do regime inicial semiaberto, com amparo no art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal. Precedentes.

2. *Agravo regimental improvido* (AgRg no REsp 1560840/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/05/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. REGIME INICIAL. CONSECUTÓRIO LÓGICO DA DOSIMETRIA DA PENA. ART. 33, §§ 2º E 3º E ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. **CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL NA FIXAÇÃO DO REGIME. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO.**

I - A fixação do regime inicial obedece às regras previstas no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e, ao fazê-lo, deve o julgador atrelar as circunstâncias judiciais reconhecidas na primeira fase ao estabelecimento do cárcere. Tal procedimento, portanto, é legal e não configura bis in idem.

II - No caso, considerando a existência de circunstância judicial desfavorável configurada nos antecedentes, bem como a pena aplicada, inferior a 4 anos, o regime inicial cabível é o semiaberto.

Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1566589/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/09/2016).

Justificada a fixação do regime intermediário ao acusado, não há que se falar em flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0324918-4

HC 382.054 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00053439020158260635 20160000747198 53439020158260635

EM MESA

JULGADO: 09/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

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	: RENATO ISNARD KHAIR - SP127872
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FABIANO ANTONIO DOS SANTOS

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.