



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.553 - SP (2015/0194728-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO EDUARDO RIBEIRO (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. SÚMULA/STJ N. 269. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO 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. Na imposição do regime prisional, "devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena" (HC 266.114/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015).
3. Hipótese na qual a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, porém, a reprimenda foi exasperada em 1/3 na segunda fase da dosimetria, considerando a reincidência do réu, tendo sido fixado o regime prisional inicialmente fechado.
4. A Súmula/STJ n. 269 reconhece ser "admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto sanção corporal, salvo se por outro motivo o paciente estiver cumprindo pena em meio mais gravoso.

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 de *habeas corpus* e conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.553 - SP (2015/0194728-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO EDUARDO RIBEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **GUSTAVO EDUARDO RIBEIRO**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 180, *caput*, do Código Penal.

Da sentença, a Defensoria Pública interpôs apelação perante o Colegiado *a quo*, que lhe negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. Receptação. Recurso defensivo a absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente pleiteia a desclassificação da conduta para o delito de receptação culposa, o reconhecimento da inconstitucionalidade da reincidência e a fixação de regime inicial semiaberto. Conjunto probatório robusto a ensejar a condenação. Dolo evidenciado. Penas e regime adequados. Recurso improvido" (e-STJ, fl. 28).

Inconformada com o acórdão, impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: a) "*o d. sentenciante monocrático fixou a pena base da receptação no mínimo legal, por entender inteiramente favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, acrescida de 1/3 (um terço) em razão da agravante da reincidência. Por fim, fixou o regime prisional inicial fechado por entender que o regime intermediário seria insuficiente para prevenção e reprovação do crime*"; b) "*a opinião do julgador acerca da gravidade in abstracto do delito não é suficiente para legitimar a opção por regime mais rigoroso, quando o art. 33 do Estatuto Repressivo indica solução mais branda*"; c) a decisão é contrária à doutrina e à jurisprudência dominantes, pois o regime fechado foi estabelecido em desacordo com as diretrizes do Código Penal e da jurisprudência das Cortes Superiores, consolidada na Súmula 269/STJ ("*É admissível a adoção de regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*"), na Súmula 718/STF ("*A opinião do julgador sobre a gravidade in abstracto do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada*" (e-STJ, fls. 1-5).

Ao final, requereu a concessão da ordem, para que seja fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Pleito de liminar deferido, para garantir ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito da impetração em regime semiaberto, caso não estivesse descontando pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em meio mais severo por outro motivo (e-STJ, fls. 40-43).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 59-63).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.553 - SP (2015/0194728-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO EDUARDO RIBEIRO (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCENTE. SÚMULA/STJ N. 269. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. ORDEM NÃO CONHECIDA E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO 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. Na imposição do regime prisional, "devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena" (HC 266.114/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015).
3. Hipótese na qual a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, porém, a reprimenda foi exasperada em 1/3 na segunda fase da dosimetria, considerando a reincidência do réu, tendo sido fixado o regime prisional inicialmente fechado.
4. A Súmula/STJ n. 269 reconhece ser "admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".
5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto sanção corporal, salvo se por outro motivo o paciente estiver cumprindo pena em meio mais gravoso.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

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

Está inscrito na sentença e no acórdão impugnado, respectivamente:

"Na dosagem da pena, verifico que os antecedentes do réu geram reincidência. Logo, para que não haja *bis in idem*, serão consideradas entre



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

as circunstâncias legais. Não há informações sobre a conduta social, nem personalidade do acusado. O juízo de reprovação que recai sobre ele, consideradas circunstâncias e consequências de sua conduta, é regular para o tipo.

Assim sendo, fixo a pena base no mínimo previsto pelo artigo 180, caput, do Código Penal.

O acusado é reincidente em razão de duas condenações por roubo qualificado (fl. 3, 8 e 9 do apenso). Por conseguinte, com base no art. 61, I, CP, considerando que os graves crimes anteriores demonstram que o acusado persevera na senda criminoso, exibindo intenso desvalor pela propriedade, direito fundamental que constitui a dignidade humana, a qual deve ser garantida pelo direito nacional, como exigido pela Constituição Federal, acresço a pena de um terço e a estabeleço definitivamente, à míngua de causas de aumento e de diminuição, e um ano e quatro meses de reclusão e treze dias-multa.

[...]

A reincidência, pelos graves crimes de roubo qualificado, impede a concessão de benefícios e impõe o regime fechado para o início de cumprimento da pena. O regime semiaberto seria insuficiente para a reprovação e prevenção" (e-STJ, fls. 06-14 – grifou-se).

"O regime fechado é o único adequado, em face do princípio da suficiência penal, por tratar-se de crime grave que incentiva a prática de delitos patrimoniais, bem como em razão da reincidência" (e-STJ, fls. 27-32 grifou-se).

Como é cediço, na imposição do regime prisional, "devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena" (HC 266.114/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015)

In casu, verifica-se que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal, porém, a reprimenda foi exasperada em 1/3 na segunda fase da dosimetria, considerando a reincidência do réu.

Com efeito, o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente não constitui fundamentação idônea a permitir a fixação de regime mais gravoso para o desconto da reprimenda, se desvinculada de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa.

Todavia, tratando-se de réu reincidente, em pese ter sido condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e imposta pena-base no piso legal, a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", do Estatuto Repressor Penal, deve ser estabelecido regime prisional semiaberto.

Ainda, a Súmula/STJ n. 269 reconhece ser "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:

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO NA FORMA TENTADA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO INFERIOR A QUATRO ANOS. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDENTE. ENUNCIADO Nº 269/STJ. REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INICIAL SEMIABERTO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/201; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

IV - **Na hipótese, a quantidade da pena aplicada, 2 (dois) anos de reclusão, é inferior a 4 (quatro) anos, a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, contudo foi reconhecida a agravante da reincidência, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial semiaberto.**

V - **"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" (En. 269/STJ).**

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, somente, para confirmar a liminar anteriormente deferida, a fim de que seja fixado o regime semiaberto para início de cumprimento de pena pelo paciente.

(HC 331.335/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 01/12/2015, grifou-se)

Em verdade, da análise do decreto condenatório, verifica-se que o réu ostentava três condenações transitadas em julgado quando da nova prática delitiva, o que, nos termos do entendimento desta Quinta Turma, poderia ter ensejado a majoração da pena-base à título de maus antecedentes, conduta social ou, ainda, personalidade. Contudo, o Magistrado de 1º grau não logrou valorar as duas outras condenações na primeira fase da dosimetria e estabeleceu a pena-base no patamar mínimo, limitando-se a reconhecer a incidência da agravante da reincidência, o que denota a impossibilidade de manutenção do regime fechado.

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver cumprindo pena em regime mais gravoso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0194728-9

HC 332.553 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00052852020128260562 01823227120128260000 1823227120128260000 20120000571788
20150000380040 52852020128260562 5620120120052857

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : TÂNIA CRISTINA OLIVEIRA DOS SANTOS - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GUSTAVO EDUARDO RIBEIRO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.