



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 571.800 - SC (2020/0082973-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RODRIGO MARTINS CAVALCANTE AMORIM - AL010734
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIO AVILA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA PELA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA DO **MANDAMUS**. REGIME SEMIABERTO. DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (MAUS ANTECEDENTES). E REINCIDÊNCIA. REGIME FECHADO. ADEQUADO. SÚMULA 269/STJ. INAPLICABILIDADE. **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "*[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita*" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - Considerada a estreita proximidade de consumação do delito, a escolha do patamar de diminuição está em consonância com a jurisprudência desta Corte que "*adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição*" (HC n. 298.249/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 17/4/2018).

IV - Alterar a fração correspondente à tentativa demandaria o reexame do *iter criminis* percorrido pelo agente, procedimento vedado na via do **habeas corpus**. Nesse sentido: HC n. 426.444/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 7/3/2018.

V - Sendo a paciente **reincidente e portadora de circunstâncias judiciais**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis (maus antecedentes), o regime **fechado** mostra-se o mais adequado, ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não sendo aplicável a **Súmula n. 269/STJ**: *"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"*.

VI - A incidência da Súmula n. 269/STJ pressupõe que **todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis**, o que não ocorre na espécie.

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de junho de 2020(Data do Julgamento)

Ministro FELIX FISCHER

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 571.800 - SC (2020/0082973-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RODRIGO MARTINS CAVALCANTE AMORIM - AL010734
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIO AVILA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de FABIO AVILA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, nos autos da apelação criminal n. 0007755-90.2015.8.24.0039.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 01(um) ano e 3 (três) meses de reclusão em regime fechado, e ao pagamento de 5 (cinco) dias-multa, por infração ao disposto no art. 155, § 4º, inciso III, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (fls. 225-235).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, consoante voto condutor do v. acórdão de fls. 308-330.

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fração utilizada pela tentativa, bem como na fixação do regime mais gravoso.

Requer, **liminarmente e no mérito**, a concessão da ordem para suspender o trâmite do processo de origem a fim de obstar o trânsito em julgado e, ao final, que seja aplicado o redutor máximo de 2/3 pela tentativa e fixado o regime semiaberto para início de cumprimento da pena.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 333-334.

Informações prestadas às fls. 391-393 e 397-399.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, à fl. 404, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer sem ementa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 571.800 - SC (2020/0082973-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RODRIGO MARTINS CAVALCANTE AMORIM - AL010734
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIO AVILA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. ROUBO QUALIFICADO
TENTADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE
REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA PELA
TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE.
REVOLVIMENTO DO CONJUNTO
PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA ESTREITA VIA
DO **MANDAMUS**. REGIME SEMIABERTO.
DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS
JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (MAUS
ANTECEDENTES). E REINCIDÊNCIA. REGIME
FECHADO. ADEQUADO. SÚMULA 269/STJ.
INAPLICABILIDADE. **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esteves Lima, DJU de 11/4/2005).

III - Considerada a estreita proximidade de consumação do delito, a escolha do patamar de diminuição está em consonância com a jurisprudência desta Corte que *"adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição"* (HC n. 298.249/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 17/4/2018).

IV - Alterar a fração correspondente à tentativa demandaria o reexame do *iter criminis* percorrido pelo agente, procedimento vedado na via do *habeas corpus*. Nesse sentido: HC n. 426.444/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 7/3/2018.

V - Sendo a paciente **reincidente e portadora de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes)**, o regime **fechado** mostra-se o mais adequado, ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não sendo aplicável a **Súmula n. 269/STJ**: *"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"*.

VI - A incidência da Súmula n. 269/STJ pressupõe que **todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis**, o que não ocorre na espécie.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Para a adequada delimitação das questões, colaciono, a seguir, excerto do v. acórdão impugnado, no ponto:

"Do reconhecimento da tentativa em seu grau máximo de 2/3 Por derradeiro, busca a defesa a redução da pena em razão da tentativa no patamar máximo de 2/3, salientando que a redução deve sopesar o fato de que o ora apelante sequer usufruiu da posse de qualquer objeto de propriedade da vítima, não se podendo afirmar que ele tenha de fato ingressado no imóvel, ressaltando que o que restou evidenciado nos autos é que ele, ao ouvir o alarme sonoro, desistiu de prosseguir nos atos executórios.

No caso, a execução do delito foi interrompida muito próxima a consumação, uma vez que o agente já havia adentrado no escritório de advocacia da vítima, não tendo concluído o intento criminoso em razão de o alarme de segurança ter disparado e porque fora avistado saindo de dentro do local pela testemunha Karine Córdova Branco (depoimento de fl. 4).

Desta feita, ao contrário do que aduz a douta defesa, tenho que o patamar de redução de 1/2 fora adequadamente lançado pelo sentenciante, considerando a extensão iter criminis percorrido pelo acusado.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça

De ofício: alteração do regime inicial para o resgate da reprimenda Em seu judicioso parecer, o nobre Procurador de Justiça opinou pela alteração, de ofício, do regime inicial para o resgate da pena, ao argumento de que a pena imposta em face do recorrente não suplantou o patamar de 4 (quatro) anos, de modo que faz jus a regime menos severo semiaberto posto que se reincidente não fosse, caber-lhe-ia o regime de menor peso, qual seja, o aberto.

No caso, há que se considerar que além da reincidência, o Magistrado sopesou o fato de o acusado possuir circunstância judicial desfavorável maus antecedentes fatores que impedem a fixação de regime mais brando, ainda que o quantum de pena aplicado seja inferior a quatro anos" (fls. 316-317, grifei).

A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima**, DJU de 11/4/2005).

De início, quanto à causa de diminuição da pena pela tentativa, verifica-se que foi aplicada a fração de 1/2 ao fundamento de que *"o agente já havia adentrado no escritório de advocacia da vítima, não tendo concluído o intento criminoso em razão de o alarme de segurança ter disparado e porque fora avistado saindo de dentro do local pela testemunha Karine Córdova Branco"*.

Considerada a estreita proximidade de consumação do delito, a escolha do patamar de diminuição está em consonância com a jurisprudência desta Corte que *"adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o iter criminis percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição"* (HC n. 298.249/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 17/4/2018).

Nesse aspecto, alterar a fração correspondente à tentativa demandaria o reexame do *iter criminis* percorrido pelo agente, procedimento vedado na via do *habeas corpus*. Nesse sentido: HC n. 426.444/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 7/3/2018.

No tocante ao regime prisional, verifica-se no trecho acima transcrito que o Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado, após fundamentar que milita em desfavor do paciente circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes) e reincidência que, por sua vez, desautoriza a aplicação da Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça.

Desse modo, sendo a paciente **reincidente** e **portadora de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes)**, o regime **fechado** mostra-se o mais adequado, ainda que a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não sendo aplicável a **Súmula n. 269/STJ**: *"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"*.

Ressalte-se que a incidência da Súmula n. 269/STJ pressupõe que **todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis**, o que não ocorre na espécie. Nesse sentido os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes julgados desta Corte Superior:

"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 REINCENTE 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.

[...]

- 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.

- 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" (HC n. 329.644/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 14/10/2016 - grifo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nosso).

"PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ASPECTOS INERENTES AO TIPO PENAL VIOLADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO ABSTRATA. IMPOSSIBILIDADE. PENA INTERMEDIÁRIA. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES DIVERSAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. REGIME FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REINCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO. DETRAÇÃO. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Inexiste bis in idem se a pena-base do paciente foi aumentada por força dos maus antecedentes, fazendo-se referência a determinadas condenações, e, na segunda fase, incidiu a agravante da reincidência em decorrência de outra condenação diversa.

5. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente" (HC n. 359.871/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 10/10/2016 - grifo nosso).

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. SÚMULA N. 269 DO STJ. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

3. É válida a imposição do regime inicial fechado ao réu reincidente que teve a circunstância judicial considerada desfavorável,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo quando condenado a pena inferior a 4 anos. Súmula n. 269 do STJ.

4. *Agravo regimental não provido*" (AgInt no HC n. 323.418/ES, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 21/6/2016 - grifo nosso).

Desse modo, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2020/0082973-9

HC 571.800 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00077559020158240039 77559020158240039

EM MESA

JULGADO: 16/06/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. LUCIANO MARIZ MAIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA RODRIGO MARTINS CAVALCANTE AMORIM - AL010734
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: FABIO AVILA (PRESO)
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.