



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.145 - SP (2014/0159267-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : KATYANA ZEDNIK CARNEIRO
ADVOGADO : KATYANA ZEDNIK CARNEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOSE CONSTANCIO DA SILVA FILHO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL. SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

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 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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. Ministra **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. Ministra **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 - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao Paciente, condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos, mas que, não obstante, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis (**Precedente**).

IV - O pleito referente à detração não foi examinado na origem. Assim, sua análise consistiria indevida supressão de instância.

Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.145 - SP (2014/0159267-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O retrospecto foi devidamente delineado pelo i. representante do **Parquet, verbis:**

"Trata-se de Habeas Corpus, sem pedido de medida liminar, impetrado em favor de JOSÉ CONSTÂNCIO DA SILVA FILHO, contra acórdão da 14ª Câmara de Direito Criminal do Estado de São Paulo, que concedeu parcial provimento à Apelação Criminal nº 0003090- 95.2011.8.26.0045.

Extrai-se dos autos que, no dia 04/09/2012, o MM. Juízo de Direito da Comarca de Santa Isabel/SP condenou o paciente como incurso nos artigos 155, §4º, incisos I e IV, por três vezes, nos moldes do art. 71, todos do Código Penal, às penas de 3(três) anos e 4(quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 33(trinta e três) dias-multa, no mínimo legal, fixada a indenização às vítimas e determinada a expedição de alvará de soltura.

Contra a decisão, a defesa interpôs Apelação, cujo provimento foi parcialmente concedido pelo Tribunal a quo, no dia 05/09/2013, para reduzir as penas do paciente para 2(dois) anos e 6(seis) meses de reclusão em regime semiaberto e 12(doze) dias-multa, afastada a estipulação de indenização em favor das vítimas e mantida, no mais, a sentença. Esse aresto transitou em julgado.

No dia 17/12/2013, foi expedido mandado de prisão em desfavor do paciente, porém não há registro de seu cumprimento.

No dia 04/07/2014, foi impetrado o presente writ, no qual se sustenta constrangimento ilegal com base nas seguintes teses: a) o réu é primário e teria cumprido mais da metade de sua pena no regime semiaberto, não se justificando a fixação do regime intermediário, na forma dos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º e no artigo 59, do Código Penal; b) necessidade de abatimento do tempo da prisão cautelar na pena cumprida, a teor do artigo 387, § 2º, CPP e fixação do regime aberto.

A medida liminar foi indeferida - fls. 78 do e-STJ.

Informações prestadas às fls. 40-61.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento da ordem em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE PESSOAS EM CONTINUIDADE DELITIVA. PENA- BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DO REGIME. ABATIMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA E DO RESPECTIVO PERÍODO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.

- Parecer pelo não conhecimento do writ; caso conhecido, pela denegação da ordem".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 298.145 - SP (2014/0159267-7)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL. SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

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 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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. Ministra **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. Ministra **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 - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao Paciente, condenado a pena inferior a 04 (quatro) anos, mas que, não obstante, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis (**Precedente**).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - O pleito referente à detração não foi examinado na origem. Assim, sua análise consistiria indevida supressão de instância.

Ordem não conhecida.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra **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. Ministra **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. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

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.

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

O regime prisional semiaberto fixado na sentença e mantido em Segundo Grau é impugnado neste **writ**.

Depreende-se dos autos que ao se realizar a **dosimetria da pena** na r.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença condenatória, procedeu-se à exasperação da pena-base em razão da existência de duas qualificadoras do crime de furto: concurso de agentes e o rompimento de obstáculo (fl.46). Com relação ao regime prisional estabeleceu-se que *"a pena deve ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, pois as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao agente, conforme determina o artigo 33, parágrafo terceiro, do Código Penal"*.

O eg. Tribunal de origem, em sede de recurso de apelação, reduziu a pena mas manteve o regime prisional (fls. 54-56):

"Para os réus José e Alex, estabeleceram-se as penas-base acima do mínimo legal, apontando-se a presença de duas qualificadoras para justificar a exacerbação.

De fato, justifica-se haja uma exacerbação: bastando uma das qualificadoras à adequação típica, a outra deve ser considerada como circunstância judicial desfavorável, a justificar aumento.

A desconsideração da incidência de múltiplas qualificadoras e a consequente não exacerbação da pena-base se mostraria injusta, pois igualaria situações profundamente diversas: apenar-se-ia com o mesmo rigor o crime em que apenas incide uma qualificadora e aquele em que várias delas se fazem presentes.

Por isso, é correta a consideração de uma qualificadora como determinante da adequação típica da conduta e as demais como circunstâncias que exacerbam a pena-base a ser aplicada.

[...]

No caso, justifica, ainda, particular exacerbação o fato de serem três os agentes, de tratar-se de furtos em residências e os arrombamentos terem-se dado com o emprego de ferramentas levadas aos locais para perpetrá-los.

Todavia, o quantum do aumento mostrou-se excessivo, já que estipulado em ½ acima do piso, para a pena privativa de liberdade, e três vezes superior ao mínimo, para a multa.

Estabeleço a pena-base, assim, em 2 anos e 6 meses de reclusão, e 12 dias-multa.

Em segunda fase, por conta da confissão, reduzo a sanção em 1/6, obtendo 2 anos e 1 mês de reclusão, e 10 dias-multa.

Na derradeira etapa, tendo em vista que foram três os crimes perpetrados, opero aumento de 1/5, obtendo a pena, definitiva, de 2 anos e 6 meses de reclusão e 12 dias-multa.

Diversamente do que pretende a Defesa, tendo ocorrido mais de dois crimes, o aumento pela continuidade não pode situar-se no mínimo.

Para o réu Leandro, pela mesma razão já exposta quanto aos corréus, estabeleço a pena-base em 2 anos e 6 meses de reclusão, e 12 dias-multa.

Em segunda etapa, compenso a agravante da reincidência com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confissão, mantendo inalterada a pena.

Por fim, pela continuidade, imponho aumento de 1/5, do qual resulta a reprimenda de 3 anos de reclusão e 14 dias- multa.

A reincidência, quanto a Leandro, e a ponderação desfavorável das circunstâncias judiciais, quanto a todos, determinam a manutenção do regime fechado para o primeiro, e do regime semiaberto para os demais".

Portanto, verifica-se que o regime semiaberto foi fixado e, posteriormente mantido pelo eg. Tribunal **a quo** em virtude do **quantum** final da pena (2 anos e 6 meses de reclusão) e da **existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, que autorizam de forma legítima a exasperação da pena base.

Conforme orientação firmada no âmbito desta Corte: "... em havendo o concurso de agentes e o rompimento de obstáculo, é possível que uma circunstância seja utilizada para tipificar a conduta, como furto qualificado, e a outra empregada na dosimetria da sanção, a fim de se considerar como desfavorável circunstância judicial, acrescendo, assim, a pena- base." (HC n. 234.191/RS, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Dessarte, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, como o paciente **não** é reincidente e foi condenado a **pena inferior a 04 (quatro) anos**, mas ostenta **circunstâncias judiciais desfavoráveis**, deve iniciar o cumprimento da reprimenda em **regime semiaberto**.

Neste sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4.º, III, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO DEFINITIVA NA DATA DA SENTENÇA. CRIME ANTERIOR AOS FATOS EM APURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. (3) PENA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

3. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, estabelecida a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, é adequada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante de circunstância judicial desfavorável.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão" (HC n. 287.079/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 13/10/2014).

Com relação ao pedido referente a aplicação da detração penal, constata-se que tal questão não foi tratada na sentença nem no acórdão objurgado. Assim, seu exame consistira, neste momento, indevida supressão de instância. Dessa forma, o pleito deve ser formulado perante a Vara de Execuções Penais.

Ante o exposto, não conheço do writ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0159267-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 298.145 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00030909520118260045 30909520118260045

EM MESA

JULGADO: 04/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: KATYANA ZEDNIK CARNEIRO
ADVOGADO	: KATYANA ZEDNIK CARNEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOSE CONSTANCIO DA SILVA FILHO
CORRÉU	: LEANDRO JÚLIO DA SILVA
CORRÉU	: ALEX SANDRO DA COSTA 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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.