



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.696 - SP (2014/0330765-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DANILO ROBSON DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON BORGES BRANDÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. RECEPÇÃO. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 440 DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Tratando-se de paciente, primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é cabível o regime inicial aberto, consoante dispõe o art. 33, § 2º, *a* e § 3º, do Código Penal. Precedentes.

3. No caso, a despeito de o paciente ter sido condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão, as instâncias ordinárias fixaram o regime inicial semiaberto sem apresentar fundamentação concreta, atraindo, assim, a aplicação do enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

4. O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é concedido quando atendidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal.

5. Na espécie, o paciente atende às exigências legais, porquanto é primário, com todas as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis na sentença e foi condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos por crime cometido sem violência ou grave ameaça.

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção imposta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao paciente, nos autos da Ação Penal n. 0087857-52.2011.8.26.0050, da 7ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, bem ainda, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito a ser estabelecida pelo Juiz das Execuções Criminais.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.696 - SP (2014/0330765-7)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DANILO ROBSON DE LIMA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON BORGES BRANDÃO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JEFFERSON BORGES BRANDÃO em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática da conduta descrita no art. 180 do Código Penal, à pena de 1 (um) ano de reclusão, no regime inicial semiaberto e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo legal.

A defesa recorreu da decisão postulando a absolvição do réu, por ausência de provas para a condenação. Subsidiariamente, pediu a aplicação do princípio da insignificância. O Tribunal revisor, contudo, negou provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a condenação.

O impetrante, alega, em síntese, que o regime inicial foi estabelecido sem fundamentação adequada, violando o disposto nos enunciados 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto a pena imposta ao paciente foi no valor mínimo. Argumenta que o paciente é primário e, diante da quantidade da sanção aplicada, faz jus ao regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Afirma, ainda, que o condenado têm direito ao benefício da substituição da pena, porquanto preenche os requisitos legais previstos no art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente, para estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção. No mérito, busca a confirmação da medida liminar, bem como a conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 48/49).

As informações foram dispensadas e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem para fixar o regime inicial aberto, em parecer com a seguinte ementa (e-STJ fl. 57):

HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PENAL. REGIME INICIAL. REGIME MAIS GRAVOSO. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO.

1. O Tribunal de Justiça, considerando as condições pessoais favoráveis do réu, fixou a pena no patamar mínimo previsto em lei. Contudo, não apresentou fundamentos suficientes a justificar a fixação de regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, limitando-se a afirmar que “em razão da gravidade da conduta perpetrada pelo réu, que, sem dúvida nenhuma, tem incentivado a prática de furtos e roubos de veículos automotores, a fixação do regime prisional semiaberto era o mínimo que se podia esperar.” (e-STJ fl. 34).

2. Esta Corte Superior de Justiça possui jurisprudência no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, conforme Súmula 440/STJ. Precedentes.

- Parecer pela concessão da ordem de habeas corpus.

Em memoriais entregues no meu gabinete, o impetrante reafirma os argumentos apresentados na petição inicial e pede celeridade no julgamento deste *habeas corpus*, visto que o paciente foi preso no dia 30/5/2015 para iniciar o cumprimento da sentença.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.696 - SP (2014/0330765-7)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015)

EMENTA HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC nº 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, jul. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014)

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, em síntese, neste *habeas corpus*, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Segundo consta da sentença, o juiz sentenciante fixou a pena-base do crime de receptação no mínimo legal, 1 (um) ano de reclusão, e, à míngua de outras causas modificativas, tornou-a definitiva. Todavia, fixou o regime inicial semiaberto, apontando os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguintes motivos (e-STJ fl. 21):

Finalmente, observada a diretriz traçada pelo artigo 33, §, do Código penal, há que se estipular, para Jeffesron, o regime inicial semiaberto (pois, em que pese a gravidade concreta do delito em tela, tal agente é tecnicamente primário), [...].

O Tribunal revisor, por sua vez, manteve o regime fixado na sentença aduzindo os seguintes motivos (e-STJ fl. 34):

No que toca a JEFFERSON, observo que a reprimenda foi fixada no mínimo legal, ou seja, 1 ano de reclusão, além do pagamento de 10 dias-multa, no piso. E, em razão da gravidade da conduta perpetrada pelo réu, que, sem dúvida nenhuma, tem incentivado a prática de furtos e roubos de veículos automotores, a fixação do regime prisional semiaberto era o mínimo que se podia esperar.

Efetivamente, os motivos adotados pelas instâncias ordinárias – ser paciente tecnicamente primário e o fato de o delito por ele praticado incentivar a prática de furtos e roubos de veículos automotores – não justificam a fixação do regime inicial intermediário, porquanto não passam de considerações que sequer foram avaliadas pelo julgador para fins de aplicação da sanção.

Assim, a despeito de o paciente ter sido condenado à pena de 1 (um) ano de reclusão, as instâncias fixaram o regime inicial semiaberto sem apresentar fundamentação concreta, atraindo, assim, a aplicação do enunciado n. 440 da Sumula desta Corte: "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".

Portanto, sendo o paciente primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é cabível o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, consoante dispõe o art. 33, § 2º, *a* e § 3º do Código Penal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. RECEPÇÃO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá cumpri-la, desde o início, em regime aberto, conforme preconiza o art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

3. Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44, I a III, do Código Penal, deve ser aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. **Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.** (HC n. 304.801/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO DEMASIADO. SÚMULA 444/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

[...]

V - Redimensionada a pena para o mínimo legal, faz-se necessário readequar o regime prisional inicial para o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Pelas mesmas razões (quantum da pena e existência de circunstâncias judiciais favoráveis) aliado ao fato do crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, autoriza-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ordem não conhecida. Habeas Corpus concedido de ofício para reduzir a pena ao mínimo legal (três anos de reclusão), alterar o regime para o inicial aberto e possibilitar a substituição da pena. (HC n. 281.202/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 18/11/2014)

Quanto à substituição da pena, dispõe o art. 44 do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – 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.

Na espécie, o paciente atende às exigências legais, porquanto é primário, com todas as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis na sentença e foi condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, a saber, 1 (um) ano de reclusão, por crime cometido sem violência ou grave ameaça. Assim, faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, a ser definida pelo Juiz das Execuções Criminais.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, a fim de fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n. 0087857-52.2011.8.26.0050, da 7ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, bem ainda, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito a ser estabelecida pelo Juiz das Execuções Criminais.

E o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0330765-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.696 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00878575120118260050 17362011 20140000297108 878575120118260050

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **DANILO ROBSON DE LIMA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **JEFFERSON BORGES BRANDÃO**
CORRÉU : **WASHINGTON KOITI KIMURA**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA TRIBUNA: DR. **DANILO ROBSON DE LIMA (P/PACTE)**

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.