



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.674 - SP (2016/0306522-3)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : DANIEL VITOR ZANDERICO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL VITOR ZANDERICO - SP369055
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDIR DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA INFERIOR À 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ART. 33, § 3º E ART. 44, INCISO III, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. É pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual 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 Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo. No mesmo sentido, são os enunciados n. 440 da Súmula desta Corte e n. 718 e 719 da Súmula do 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 e a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos, nos termos do que dispõe o art. 33, § 3º e art. 44, inciso III, ambos do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440/STJ e n. 718/STF.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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), 27 de junho de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.674 - SP (2016/0306522-3)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DANIEL VITOR ZANDERICO E OUTRO
ADVOGADO : DANIEL VITOR ZANDERICO - SP369055
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VALDIR DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de VALDIR DA SILVA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação n. 0002184-90.2010.8.26.0417.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 155, § 4º, incisos II e IV, do Código Penal (furto duplamente qualificado).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena para 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, mantendo o regime prisional semiaberto, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PENAS RECALCULADAS E REGIME PRISIONAL MANTIDO. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DEFENSIVO (fl. 271).

Daí o presente *writ*, no qual a defesa sustenta que o regime semiaberto foi mantido pela Corte estadual sem fundamentação idônea, pois a pena foi inferior a 4 anos, o paciente é primário e possui residência fixa.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 324/325).

Estando devidamente instruído o feito, as informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 332/338).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.674 - SP (2016/0306522-3)

VOTO

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

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Passo à análise das alegações expostas na inicial tão somente para verificar se existe flagrante constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem de ofício.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena por restritiva de direitos.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito de furto qualificado, sob os seguintes fundamentos:

Tanto o réu Valdir quanto o réu Givaldo possuem maus antecedentes, demonstrando personalidade desviada para o crime. Além disso, utilizo uma das qualificadoras como circunstância do delito para elevar a pena base acima do mínimo. Desta forma, fixo-a em 04 (quatro) anos de reclusão e (20) vinte dias-multa, para cada réu. Afastadas quaisquer outras agravantes, atenuantes, causas de aumento ou outras de diminuição da pena, torno-a definitiva no mesmo tanto.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e também incabível a aplicação de surxis.

O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto.

O valor do dia-multa será de um trigésimo do maior salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, atualizado na forma do artigo 49. parágrafo 2º, do Código Penal.

Por se encontrarem soltos e não haver motivos para suas segregações cautelares, concedo-lhes o direito de apelar em liberdade (fls. 201/202).

Em apelação, a Corte estadual deu parcial provimento ao recurso defensivo, reduzindo a pena para 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, mantida a sentença nos demais fundamentos, conforme se verifica:

Diante deste quadro probatório, correta a condenação do APELANTE pela prática de furto qualificado.

Sua negativa restou isolada do harmônico e seguro conjunto probatório, razão pela qual, não pode ser crida como verdadeira.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em sede de crime de furto é pacífico o entendimento jurisprudencial sobre a inversão do ônus da prova quando ocorre a apreensão da res furtiva em poder do agente, competindo a este o oferecimento de justificativa convincente para a legalidade da referida posse, o que não se verificou nos presentes autos.

A qualificadora da parceria restou evidenciada nos autos e fica mantida.

No mesmo sentido, a qualificadora do rompimento de obstáculo foi atestada no laudo pericial de fls. 11/13.

As penas merecem reparos.

Os aumentos havidos sobre as bases detêm a devida fundamentação constitucional para tanto, mas os seus percentuais devem ser reduzidos da metade (1/2) para um sexto (1/6), totalizando aquelas dois anos, oito meses e vinte dias de reclusão e quitação de doze diárias básicas.

O regime prisional semiaberto é o adequado à espécie.

Assim, dá-se provimento parcial ao recurso de VALDIR DA SILVA para reduzir suas penas a DOIS (02) ANOS, OITO (08) MESES E VINTE (20) DIAS DE RECLUSÃO e recolhimento de DOZE (12) DIAS-MULTA mínimos, confirmando-se a r. sentença recorrida em todos os seus demais termos (fls. 318/319).

Sobre o tema, firmou-se neste Tribunal 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 Código Penal – CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do col. STF, *verbis*:

Súmula 440/STJ: "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 718/STF: "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 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Na hipótese dos autos, a pena-base foi majorada em razão da valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, tendo o Tribunal *a quo* reduzido o *quantum* do aumento (1/2 para 1/6), mantido, no entanto, o regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessa forma, não se encontra evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime, pois, embora o *quantum* da pena (art. 33, § 2º, "c", do CP) permita, em tese, a fixação do regime aberto, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do CP) utilizada para majorar a pena-base acima do mínimo legal, justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso o semiaberto, bem como justifica a vedação à substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 3º, e art. 44, inciso III, ambos do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440/STJ e n. 718/STF.

A propósito, confirmam-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO E FURTO QUALIFICADO TENTADO EM CONTINUIDADE DELITIVA. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Firmou-se neste Tribunal 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 Código Penal - CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

3. Embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi estabelecido exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, acrescido ao fato de se tratar de paciente reincidente, não havendo falar, portanto, em flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso.

Writ não conhecido (HC 359.473/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 28/11/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS NÃO CONHECIDO.

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.

2. Os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça refutam a imposição do regime mais gravoso quando fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito.

3. Da leitura dos autos, verifica-se que houve fundamentação concreta para se fixar o regime mais gravoso que a pena comporta, não havendo constrangimento ilegal a ser sanado.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 376.226/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/02/2017).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA FIXADA EM 3 ANOS E PRIMARIEDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.

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 é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Hipótese em que o Juiz sentenciante concluiu pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, elevando a pena-base do paciente em 2 anos, o que não demonstra ser desarrazoado ou desproporcional, levando-se em consideração o preceito secundário do tipo penal (1 a 4 anos).

3. Como bem asseverou o Tribunal de origem, "o crime de receptação, ainda que não cometido com violência e grave ameaça, fomenta, em tese, a prática de outros delitos tão ou mais graves, como o roubo, por exemplo, o que provoca, com frequência alarmante, intranquilidade para o seio da comunidade". Assim, em virtude de os bens receptados serem de alto valor (carga e caminhão), justificado está o aumento da pena-base.

4. Pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos inviabilizado, diante do não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, III, do Código Penal, e da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis reconhecidas na sentença.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Considerando o quantum de pena aplicada (3 anos) e a primariedade do paciente, o que por certo indicaria a fixação do regime aberto, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis demonstra a necessidade de um maior rigor na imposição do regime prisional.

Assim, deve ser fixado o regime semiaberto para o início da expiação da reprimenda, nos termos do contido nos arts. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda (HC 315.519/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 03/09/2015).

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. AGRADO 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. 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).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0306522-3

HC 379.674 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00021849020108260417 1442010 20150000226085 21849020108260417

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DANIEL VITOR ZANDERICO E OUTRO
ADVOGADO	: DANIEL VITOR ZANDERICO - SP369055
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VALDIR DA SILVA
CORRÉU	: GIVALDO AQUINO TEIXEIRA

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.