



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 929754 - SP (2024/0259978-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FABIO JACYNTHO SORGE - DEFENSOR PÚBLICO - SP247667
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONY ORTEGA DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : LEANDERSON RUPPEL (PRESO)
CORRÉU : JOEL CARLOS DE SOUZA DIAS
CORRÉU : MARIO FRANCISCO DE OLIVEIRA JUNIOR
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCENTE COM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado contra decisão que manteve a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, considerando a reincidência e os maus antecedentes dos réus. A defesa alega que o regime mais gravoso seria desproporcional, pleiteando a aplicação de regime inicial menos severo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é cabível o uso de *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio; e (ii) avaliar se a fixação do regime inicial fechado, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, configura flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O *habeas corpus* não é admitido como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade, que autorizam a concessão da ordem de ofício, conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

4. A fixação do regime inicial para cumprimento da pena deve observar os arts. 33 e 59 do Código Penal, além das Súmulas

440 do STJ e 718 e 719 do STF, que permitem a imposição de regime mais gravoso em casos de reincidência e maus antecedentes.

5. A jurisprudência desta Corte admite a fixação do regime fechado para réus reincidentes e com maus antecedentes, ainda que a pena aplicada seja inferior a 4 anos, desde que fundamentada em elementos concretos como a reincidência e a conduta social desfavorável.

6. No caso concreto, as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado de forma fundamentada, em razão dos maus antecedentes e da reincidência dos réus, afastando a possibilidade de regime menos severo, nos termos do art. 33, § 2º, “a”, do Código Penal, e da Súmula 269 do STJ.

7. Não se verifica flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício, considerando que a fixação do regime fechado está em conformidade com a legislação e a jurisprudência aplicáveis.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.

Brasília, 28 de novembro de 2024.

Ministra Daniela Teixeira
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 929754 - SP (2024/0259978-5)

RELATORA : **MINISTRA DANIELA TEIXEIRA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : FABIO JACYNTHO SORGE - DEFENSOR PÚBLICO - SP247667
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONY ORTEGA DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : LEANDERSON RUPPEL (PRESO)
CORRÉU : JOEL CARLOS DE SOUZA DIAS
CORRÉU : MARIO FRANCISCO DE OLIVEIRA JUNIOR
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCENTE COM MAUS ANTECEDENTES. ADEQUAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

I. CASO EM EXAME

1. *Habeas corpus* impetrado contra decisão que manteve a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena, considerando a reincidência e os maus antecedentes dos réus. A defesa alega que o regime mais gravoso seria desproporcional, pleiteando a aplicação de regime inicial menos severo.

II. QUESTÃO EM DISCUSSÃO

2. Há duas questões em discussão: (i) definir se é cabível o uso de *habeas corpus* como substitutivo de recurso próprio; e (ii) avaliar se a fixação do regime inicial fechado, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, configura flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. O *habeas corpus* não é admitido como substitutivo de recurso próprio, salvo em casos de flagrante ilegalidade, que autorizam a concessão da ordem de ofício, conforme entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

4. A fixação do regime inicial para cumprimento da pena deve observar os arts. 33 e 59 do Código Penal, além das Súmulas

440 do STJ e 718 e 719 do STF, que permitem a imposição de regime mais gravoso em casos de reincidência e maus antecedentes.

5. A jurisprudência desta Corte admite a fixação do regime fechado para réus reincidentes e com maus antecedentes, ainda que a pena aplicada seja inferior a 4 anos, desde que fundamentada em elementos concretos como a reincidência e a conduta social desfavorável.

6. No caso concreto, as instâncias ordinárias fixaram o regime fechado de forma fundamentada, em razão dos maus antecedentes e da reincidência dos réus, afastando a possibilidade de regime menos severo, nos termos do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal, e da Súmula 269 do STJ.

7. Não se verifica flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício, considerando que a fixação do regime fechado está em conformidade com a legislação e a jurisprudência aplicáveis.

IV. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, que negou provimento ao apelo defensivo.

Os pacientes foram condenados como incurso nos artigos 180, *caput*, e 155, § 4º, incisos I e IV, na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal. JONY ORTEGA DE OLIVEIRA restou condenado à pena de 4 anos, 1 mês e 28 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 26 dias-multa, no piso, e LEANDERSON RUPPEL à pena de 4 anos, 6 meses e 25 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 29 dias-multa, no piso.

Foi interposto recurso de apelação pela defesa, mas negado provimento.

A defesa alega, em síntese, que os pacientes fazem jus ao regime semiaberto para o cumprimento da pena, tendo em vista que "era de rigor a consideração do tempo de prisão preventiva suportado pelos pacientes para o reconhecimento da detração penal, estabelecendo-se, desse modo, o regime semiaberto para o cumprimento das penas privativas de liberdade, nos termos do artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal" (e-STJ fl. 12).

Requer, a concessão da ordem para fixar o regime semiaberto.

É o relatório.

VOTO

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição a recurso próprio ou a revisão criminal, situação que impede o conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que se verifica flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal.

Veja-se:

*"O **habeas corpus** não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício" (AgRg no HC n. 895.777/PR, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/4/2024, DJe de 8/4/2024).*

*"De acordo com a jurisprudência do STJ, não é cabível o uso de **habeas corpus** como sucedâneo de revisão criminal, notadamente quando não há indicação de incidência de alguma das hipóteses previstas no art. 621 do CPP. Precedentes" (AgRg no HC n. 864.465/SC, Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/3/2024, DJe de 20/3/2024).*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no mesmo sentido:

*"Do ponto de vista processual, o caso é de **habeas corpus** substitutivo de agravo regimental (cabível na origem). Nessas condições, tendo em vista a jurisprudência da Primeira Turma desta Corte, entendo que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, por inadequação da via eleita (HC 115.659, Rel. Min. Luiz Fux) (...) A orientação jurisprudencial deste Tribunal é no sentido de que o "**habeas corpus** não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado" (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 4. O caso atrai o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe **habeas corpus** para reexaminar os pressupostos de admissibilidade de recurso interposto perante outros Tribunais (HC 146.113-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; e HC 110.420, Rel. Min. Luiz Fux). (...) (HC 225896 AgR, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 17/5/2023).*

O entendimento é de elevada importância, devendo ser utilizado para preservar a real utilidade e eficácia da ação constitucional, qual seja, a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a necessária celeridade no seu julgamento.

A concessão de ofício da ordem, nos termos dos arts. 647-A e 654, § 2º, do Código de Processo Penal, depende da existência de flagrante ilegalidade.

No que tange à alegação da defesa, assim, acertadamente, entendeu o Tribunal de origem (e-STJ fl. 552):

Quanto ao regime para início de cumprimento de pena, diante dos maus antecedentes e da reincidência, não poderiam ter sido os réus beneficiados com regime menos gravoso que o fechado, nos termos

Quanto à fixação do regime prisional, deve ser observado o disposto nos arts. 33 e 59 do Código Penal, bem como as Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

As instâncias ordinárias fixaram o regime fechado em virtude dos maus antecedentes e da reincidência dos pacientes.

Nos termos da Súmula n. 269 desta Corte de Justiça, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Assim, via de regra, o réu reincidente cumpre pena em regime fechado e, excepcionalmente, quando favoráveis as circunstâncias judiciais e a pena for inferior a 4 anos, em regime semiaberto, mas nunca do regime aberto.

Dessa forma, ausente o constrangimento ilegal apontado pela impetrante, sobretudo porque houve o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, a justificar o regime fechado. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DA POSSE. CRIME CONSUMADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME INICIAL. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. MANTIDO O FECHADO. DETRAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Verifica-se que o acórdão impugnado está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, ocorrendo a inversão da posse, mesmo que por curto período e sem que saia da esfera de vigilância da vítima, o crime de furto deve ser considerado consumado.

2. Considerado idôneo o reconhecimento da consumação do delito, obviamente, mostra-se incabível a alegação de crime impossível. Além disso, para o reconhecimento dessa causa de exclusão de tipicidade, assim como da figura tentada, seria necessário o aprofundado reexame da matéria fático-probatória, providência incabível na via eleita.

3. Noutro ponto, embora a reprimenda não tenha ultrapassado 4 anos, os maus antecedentes e a reincidência justificam a fixação do regime inicial fechado.

4. Por fim, verifica-se que o Tribunal a quo não apreciou a questão referente à detração da pena. Assim, é inviável a sua análise diretamente por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 814.070/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 16/10/2023, DJe de 18/10/2023.)

Ademais, irrelevante o desconto da prisão provisória nas hipóteses de fixação do regime prisional mais gravoso com fundamento nos maus antecedentes e na reincidência do réu. A propósito:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DA ESCALADA. PRESENÇA DE PROVA PARA O SEU RECONHECIMENTO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA DECLINADA. PROPORCIONALIDADE DO REAJUSTE. CRIME CONSUMADO. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. No tocante à escalada, verifica-se que a qualificadora foi mantida com fundamento do laudo pericial, cujas conclusões ainda foram corroboradas pelos depoimentos de testemunhas, sendo descabido falar em carência de motivação concreta para a sua incidência. Ademais, maiores considerações acerca do pleito demandariam revolvimento fático-probatório, o que não se admite na via do mandamus.

2. Quanto ao momento consumativo do crime de furto, é assente a adoção da teoria da amotio por esta Corte e pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual o referido crime consuma-se no momento da inversão da posse, tornando-se o agente efetivo possuidor da coisa subtraída, ainda que não seja de forma mansa e pacífica, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

3. No caso, o crime de furto em questão consumou-se, porquanto houve a efetiva inversão da posse, malgrado não tenha sido mansa e pacífica, até a abordagem policial, momento em que a coisa foi devolvida à vítima. Por consectário, não há falar em redução da pena pela tentativa no patamar de 2/3.

4. A jurisprudência desta Corte admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, ficando apenas vedado o bis in idem. Assim, considerando a existência de uma condenação transitada em julgado, que não restou sopesada na segunda etapa do procedimento dosimétrico, não se vislumbra, no ponto, flagrante ilegalidade.

5. Ainda que processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não possam ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (Súmula 444/STJ), o fato de o réu ter cometido novo delito enquanto ainda descontava pena por crimes anteriores denota que ele possui personalidade voltada à prática delitiva, conforme o reconhecido pelas instâncias ordinárias.

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte "o quanto de aumento, decorrente da negativação das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena" (REsp 1.599.138/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/4/2018, DJe 11/5/2018).

7. No caso, considerando o intervalo de apenamento do crime de furto qualificado e a presença de duas vetoriais desabonadoras, não se

vislumbra excesso do incremento da básica, restando claro que o quantum de elevação foi, ao contrário, bastante favorável ao réu.

8. Em que pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tratando-se de réu reincidente e que ostenta maus antecedentes, tendo havido, de igual modo, valoração negativa de sua personalidade, não há se falar em fixação do regime prisional semiaberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33 do CP.

9. Hipótese na qual o regime prisional fechado foi imposto ao ora agravante em razão da reincidência e das vetoriais desabonadoras, e não em decorrência do quantum da pena aplicada, o que impõe reconhecer que a detração penal não importaria em nenhum benefício para o paciente.

10. Agravo desprovido.

(AgRg no HC n. 737.649/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 4/11/2022.)

Pelo exposto, **não conheço** do *habeas corpus* substitutivo e, na análise de ofício, não visualizo elementos capazes de caracterizar flagrante ilegalidade.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA

Número Registro: 2024/0259978-5

HC 929.754 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 15301363220228260228 23482082022 888812022

PAUTA: 26/11/2024

JULGADO: 26/11/2024

Relatora

Exma. Sra. Ministra **DANIELA TEIXEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MESSOD AZULAY NETO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
FABIO JACYNTHO SORGE - DEFENSOR PÚBLICO - SP247667
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONY ORTEGA DE OLIVEIRA (PRESO)
PACIENTE : LEANDERSON RUPPEL (PRESO)
CORRÉU : JOEL CARLOS DE SOUZA DIAS
CORRÉU : MARIO FRANCISCO DE OLIVEIRA JUNIOR
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Ribeiro Dantas e Messod Azulay Neto votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Messod Azulay Neto. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Joel Ilan Paciornik.