HABEAS CORPUS Nº 494.319 - RJ (2019/0048387-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	:	GABRIEL XAVIER LIMA (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de GABRIEL XAVIER LIMA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, nos autos da apelação criminal n. 0037696-79.2016.8.19.0204.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 64 (sessenta e quatro) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal (fls. 17-21).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

> *"EMENTA –APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2.º, II DO CÓDIGO PENAL). APELANTE QUE, NO ESTABELECIMENTO CO- MERCIAL LOCALIZADO NO BAIRRO DE BAN- GU, NESTA CIDADE, EM COMUNHÃO DE AÇÕES E DESÍGNIOS COM OUTRO CRIMINOSO DE IDENTIDADE NÃO RECONHECIDA, MEDIANTE GRAVE AMEAÇA, EXERCIDA COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO (PISTOLA) CONTRA JOÊ- NISE, SUBTRAIU PARA SI UM APARELHO CE- LULAR DA MARCA MOTOROLA E 15 PEÇAS DE ROUPA. PRETENSÃO DEFENSIVA À ABSOLVIÇÃO POR INSUFICÊNCIA DE PROVAS QUE SE NEGA, ES-*

PECIALMENTE PELO RECONHECIMENTO E RELATO DETALHADO DA VÍTIMA, RESULTAN- DO NA CERTEZA DA AUTORIA E DO CRIME. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA PREJUDICADO, POIS NÃO RECO- NHECIDA NA SENTENÇA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA INVIÁVEL. RE- PRIMENDA JÁ FIXADA NO MÍNIMO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO QUE NÃO SE CONCEDE, POR SER O REGIME FECHADO MAIS ADEQUADO AOS OBJETIVOS REPRESSIVO/PREVENTIVO DA PENA, NA HIPÓ- TESE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTI- TUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO" (fls. 37-38).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fixado do regime fechado, uma vez que ocorreu apenas e tão somente com fundamento na gravidade abstrata do crime, em desacordo com o enunciado da Súmula nº 440 desta Corte Superior.

Requer, **liminarmente**, a concessão da ordem para que seja fixado do regime inicial **semiaberto** para cumprimento da pena.

É o breve relatório.

Decido.

Inicialmente, insta consignar que 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 pertinente (**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).

Portanto, não se admite mais a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Entretanto, no caso de flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, a jurisprudência recomenda a concessão da ordem de ofício.

Cotejando os autos, nos limites da cognição **in limine**, não permite a constatação de indícios suficientes para a configuração do **fumus boni iuris**, não restando configurada, **de plano**, a flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência, devendo a **quaestio**, portanto, ser apreciada pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.

Denego, pois, a liminar.

Solicitem-se, **com urgência e via telegrama**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. e I.

Brasília (DF), 19 de fevereiro de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator