



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.453 - SP (2015/0222462-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : HENRIQUE FERRO
ADVOGADO : HENRIQUE FERRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NERZA TEREZINHA DOS SANTOS PAIVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS SUPOSTAMENTE DESFAVORÁVEIS NÃO PONDERADAS NA DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA UTILIZADA APENAS NA SEGUNDA FASE. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. REGIME PRISIONAL. PACIENTE REINCIDENTE, COM PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E CONDENADA À PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS 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. "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ) e "A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial" (Súmula 241/STJ).

3. No caso, diversamente do alegado, a sentença mantida pela Corte local fixou a pena-base no mínimo legal previsto para o crime imputado à paciente, de forma que nenhum registro criminal foi utilizado na primeira fase, tampouco a reincidência foi utilizada em mais de uma etapa da dosimetria.

4. Não obstante as circunstâncias judiciais sejam favoráveis à paciente, que foi condenada à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência subsiste como fundamento autônomo e suficiente para o estabelecimento do regime inicial semiaberto, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal e da Súmula 269/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *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 unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.453 - SP (2015/0222462-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : HENRIQUE FERRO
ADVOGADO : HENRIQUE FERRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : NERZA TEREZINHA DOS SANTOS PAIVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de NERZA TEREZINHA DOS SANTOS PAIVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0028178-57.2012.8.26.0577).

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso IV, c/c 14, inciso II, ambos do Código Penal (e-STJ fls. 8/16).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 17/26), em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 155, § 4º, INCISO IV, C.C. ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA E OCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL - INADMISSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TESES SUBSIDIÁRIAS AFASTADAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. PENAS E REGIMES BEM FUNDAMENTADOS. RECURSOS DESPROVIDOS.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/7), o impetrante sustenta que a paciente sofre constrangimento ilegal, pois a Corte local manteve sentença que: *a)* considerou "outros registros com o mundo típico" para exasperar a pena-base, vulnerando o enunciado da Súmula 444/STJ, além de sopesar a reincidência na primeira e segunda fases da dosimetria da pena, em contrariedade à Súmula 241/STJ; e *b)* fixou o regime semiaberto apenas em razão da reincidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena e a fixação de regime prisional mais brando.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 53/54).

O agravo regimental interposto contra a decisão proferida em sede liminar não foi conhecido (e-STJ fls. 108/113).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 71/105 e 118/142.

O Ministério Público Federal, com vista dos autos, apenas declarou-se ciente do acórdão proferido no agravo regimental (e-STJ fl. 150). Com nova vista dos autos para parecer, limitou-se a ratificar a anterior manifestação (e-STJ fl. 158).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 335.453 - SP (2015/0222462-3)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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).

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 n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, 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 na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, com ponderação da reincidência na primeira e segunda fase da dosimetria, além da manutenção do regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à apontada ilegalidade na exasperação da pena-base, discorrendo o impetrante que o Juízo de primeiro grau teria utilizado inquéritos policiais ou ações penais em curso na primeira fase da dosimetria, além de ponderar a reincidência na primeira e segunda fases, incumbe transcrever os enunciados das Súmulas 444 e 241/STJ, respectivamente:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

No caso, entretanto, diversamente do alegado, a sentença fixou a pena-base no mínimo legal previsto para o crime imputado à paciente – art. 155, § 4º, do Código Penal –, de forma que nenhum registro criminal foi utilizado na primeira fase, tampouco a reincidência foi utilizada em mais de uma etapa da dosimetria, conforme segue (e-STJ fls. 13/14):

A ré Nerza é reincidente específica [autos n. 311/2008 (fl. 112)], já recebeu o benefício da suspensão condicional do processo [autos n. 1916/200-A (fl. 104)] e possui outros registros com o mundo típico (fls. 106/108/122), dentre eles com condenação por furto em 1991 [autos n. 216/1991 - furto (fl. 121)].

[...]

A título de registro, anote-se que considerado o tempo decorrido em relação a duas das condenações - uma de Nerza em 1991 e outra de Zenilda em 1986, ou seja, mais de 20 anos depois -, estas não serão consideradas na fixação da penal.

Em relação à ré Nerza, em atenção ao art. 59 e art. 60, do Código Penal, fixo a pena-base em 2 anos de reclusão e 10 dias-multa; aumento-a em 1/6 pela reincidência, totalizando 2 anos e 4 meses de reclusão e 11 dias-multa [...].

No ponto, segue a fundamentação exarada pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 24):

Na primeira fase, as penas das apelantes foram aplicadas no mínimo legal de 02 (dois) anos de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, em atenção ao art. 59, do Código Penal.

Na segunda, tendo em vista a reincidência da corré NERZA TEREZINHA, correto o aumento da pena em 1/6, o que restou em 02



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa. Já em relação à ZENILDA, a pena permaneceu inalterada nesta fase.

Assim, fixada no mínimo legal, não há falar em indevida exasperação da pena-base.

No que toca ao regime prisional, segue a fundamentação constante da sentença condenatória (e-STJ fl. 14):

Fixo o regime inicial semiaberto para o início de cumprimento da pena porque suficiente e adequado à prevenção e reprovação da conduta da ré, atentando-se para a reincidência e maus antecedentes. Vale dizer, a multiplicidade de crimes contra o patrimônio indica personalidade voltada à prática de crimes desta natureza e, por conseguinte, concreta situação de perigo e dano à sociedade jenseense.

Na mesma esteira, consignou a Corte local (e-STJ fl. 25):

In casu, o regime semiaberto fixado para NERZA TEREZINHA não comporta modificação. A ré é reincidente e as circunstâncias judiciais desfavoráveis impedem regime mais brando.

Assim, não obstante as circunstâncias judiciais sejam favoráveis à paciente, que foi condenada à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência subsiste como fundamento autônomo e suficiente para o estabelecimento do regime inicial semiaberto, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, alínea *b*, do Código Penal e no enunciado da Súmula 269/STJ, *in verbis*: "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Portanto, também em relação ao regime prisional, o acórdão proferido na origem não comporta reparo.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0222462-3

HC 335.453 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00281785720128260577 20140000290330 281785720128260577

EM MESA

JULGADO: 15/12/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: HENRIQUE FERRO
ADVOGADO	: HENRIQUE FERRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: NERZA TEREZINHA DOS SANTOS PAIVA
CORRÉU	: ZENILDA ALVES DOS 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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.