



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.977 - SP (2012/0269820-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : KATIA LOBO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO LUIS DE CARVALHO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ART. 155, § 4.º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada no acórdão impugnado, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

4. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

5. Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

7. Na hipótese, embora a pena fixada não alcance quatro anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo.

8. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o agente é reincidente, a teor do disposto no inciso II do art. 44 do Código Penal.

9. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.977 - SP (2012/0269820-4)

IMPETRANTE : KATIA LOBO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO LUIS DE CARVALHO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de TIAGO LUIS DE CARVALHO, em face de acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado como incurso no art. 155, § 4.º, incisos III e IV do Código Penal, às penas de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, porque, *"no dia 25 de janeiro de 2004, por volta das 20hs, na Rua Cândido Rodrigues, [...], agindo em concurso e com unidade de desígnios, mediante emprego de chave falsa, subtraíram, para eles, o veículo VW/Gol pertencente a [...], avaliado em R\$ 6.800,00 (seis mil e oitocentos reais)"* (fl. 22).

Alega a Impetrante, em suma, que *"uma única condenação transitada em julgado não pode ser considerada como mau antecedente, e nem mesmo a simples reincidência serve como dados sobre a personalidade do agente"* (fl. 07).

Aduz que *"a existência de condenações anteriores não se presta a fundamentar uma personalidade voltada para o crime, e somente mais de uma condenação com trânsito em julgado estaria apta a exasperar a pena, como não ocorrera in casu"* (fl. 07).

Sustenta que se mostra *"devida a fixação do regime inicial semiaberto ao paciente, pois, não obstante seja reincidente, restou definitivamente condenado à reprimenda inferior a 4 anos de reclusão"* (fl. 13).

Por fim, assevera que é cabível, no caso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 78/79.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 86/124, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 129/132, opinando pelo não conhecimento do *writ*. Porém, acaso superada a preliminar, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 261.977 - SP (2012/0269820-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. ART. 155, § 4.º, INCISOS III E IV, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E NA SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE REINCENTE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE SUPERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou suficientemente fundamentada no acórdão impugnado, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

4. Se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas na fixação da pena-base e de outra no reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese. Precedentes.

5. Segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes.

6. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

7. Na hipótese, embora a pena fixada não alcance quatro anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo.

8. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o agente é reincidente, a teor do disposto no inciso II do art. 44 do Código Penal.

9. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013; RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tenho para mim que a decisão **emanada** do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva **quanto** à utilização do “habeas corpus”, **culminando por frustrar** a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto **desta** impetração, **não conheceu** da ação de “habeas corpus” lá ajuizada, **por haver entendido** tratar-se de “utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais”.

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça **salientou, com apoio** em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, “uma irrefletida banalização e vulgarização do ‘habeas-corpus’”.

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa **das virtualidades jurídicas** de que se acha impregnado **o remédio constitucional** do “habeas corpus” [...].

[...].

Desse modo, **cabe insistir na asserção** de que o “habeas corpus”, em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, **configura** poderoso meio de cessação **do injusto constrangimento que afeta** o direito **de locomoção física** das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o “habeas corpus” **percorreu** em nosso sistema de direito positivo, **e consolidada**, hoje, **a função clássica** que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de writ substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, o Juízo sentenciante fixou a reprimenda do Paciente com base nos seguintes termos, *in verbis*:

"[...]

a) Réu Tiago Luis: desfila maus antecedentes como faz prova a certidão encontrada a fls. 39 do respectivo apenso (condenação por crime de furto qualificado ocorrido em 2/2/01, com sentença passada em julgado em 16/1/2006), além do que é detentor de personalidade desajustada ao convívio social, fatores a justificar o acréscimo na pena-base que, assim e por isso, fixo em 2 [dois] anos e 4 [quatro] meses de reclusão e multa de 11 [onze] dias-multa, à unidade mínima.

Ademais, é o réu reincidente específico a teor das certidões encartadas a fls. 9 [repetida a fls. 38] e 14 [repetida a fls. 44 e 54] do respectivo apenso [condenações infringência aos artigos 12 e 16 da Lei 6.368/76, com sentenças passadas em julgado em 1/10/01 e 25/9/01] contudo tal agravante há de ser neutralizada pela atenuante da confissão espontânea havida na fase inquisitiva.

[as certidões de fls. 19, [repetida a fls. 49], 41, 46 e 48 retratam condenações por fatos posteriores ao aqui examinado, de modo que não serão valoradas à guisa de maus antecedentes].

Diante da reincidência, deverá o réu descontar a pena privativa de liberdade em regime inicial fechado [CP, art. 33, § 2º, 'c']. E por tratar-se de reincidente específico não faz por merecer os benefícios previstos nos artigos 44 e 77 do CP.

[...]

POSTO ISSO e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a presente ação penal para:

1) CONDENAR TIAGO LUIS DE CARVALHO, qualificado a fls. 17, a cumprir, em regime inicial fechado, a pena de 2 [dois] anos e 4 [quatro] meses de reclusão e multa de 11 [onze] dias-multa, cada qual no piso, declarando-o incurso no art. 155, § 4º, incisos III e IV, do Código Penal" (fls. 26/28).

Por sua vez, ao julgar o apelo interposto pela Defesa, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso, mediante os seguintes fundamentos, *ad litteram*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...]

A pena-base foi fixada em 1/6 acima do mínimo legal (2 anos e 4 meses de reclusão, além do pagamento de 11 dias-multa), **em razão dos maus antecedentes do réu**, comprovados a fls. 39 do apenso.

Em seguida e em benefício indevido ao ora apelante, o MM. Juiz compensou a agravante da reincidência (fls. 38, 44 e 54 do apenso) com a atenuante da confissão (no caso, não caberia, porque houve retratação), o que se mantém, em razão da ausência de recurso ministerial nesse sentido. Tal sanção tornou-se definitiva à míngua de outras circunstâncias modificadoras.

Mantém-se, no mais, o regime de cumprimento de pena fixado, tendo em vista a multirreincidência do réu e parâmetros estabelecidos no artigo 33 do CP.

Nestes termos, ratificam-se integralmente os fundamentos adotados pela r. Sentença, os quais são adotados como razão de decidir e incorporados ao presente acórdão, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça" (fls. 46/47).

Pois bem. Assevere-se, inicialmente, que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, em *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, porquanto requer a análise de matéria fático-probatória.

No caso dos autos, observa-se que o Tribunal de origem, não obstante a constatação de algumas impropriedades, manteve o aumento da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal, em razão dos maus antecedentes do Paciente, *quantum* de aumento que se revela proporcional e fundamentado, **em se considerando que a pena abstratamente prevista para o delito em questão é a de reclusão de 02 (dois) a 08 (oito) anos**.

Desse modo, não vejo como, diante da ausência de manifesta ilegalidade, reexaminar a fundamentação apresentada pelo julgador, pois, conforme já mencionado, essa instância especial não é adequada para dizer se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente.

Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DO ÓBICE PARA A PROGRESSÃO DE REGIME. PEDIDO APRECIADO E CONCEDIDO NOS AUTOS DO HC N.º 79.878/MS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE.

1. O pleito de afastamento do óbice para a progressão de regime não merece ser conhecido, por se tratar de reiteração do pedido deduzido no HC n.º 79.878/MS, no qual foi concedida a ordem.

2. A fixação da pena-base acima do mínimo legal restou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

suficientemente fundamentada na sentença penal condenatória, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, inexistindo, portanto, ilegalidade a ser sanada.

3. A despeito de algumas impropriedades na fixação da pena-base, verifica-se que o aumento implementado se revela proporcional e razoável, considerando-se as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito previsto no art. 12 da Lei n.º 6.368/76, que é a de reclusão de 3 (três) a 15 (quinze) anos.

4. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado." (HC 81.795/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 08/03/2010.)

"DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ESTUPRO QUALIFICADO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. (1) PENA-BASE APLICADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO. IDONEIDADE. (2) REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO À PROGRESSÃO DE REGIME. PRECEDENTES.

1. A fixação da pena-base é operação lógico-formal, que se submete, dogmaticamente, aos comandos dos arts. 59 e 68 do Código Penal. Não pode o magistrado, baseado apenas em seu sentir, sob pena de se quebrantar, ainda, o art. 93, IX, da Constituição da República, incrementar a pena.

2. Na hipótese, não se mostra desproporcional a fixação da pena-base com o acréscimo de um quarto, tendo em conta que, das circunstâncias do art. 59, militam em desfavor do acusado o comportamento da vítima, as conseqüências do delito e a culpabilidade exacerbada. O estupro qualificado, que tem pena mínima de oito anos, teve-a alçada a dez anos; já o homicídio qualificado, de doze foi a quinze anos.

3. Diante da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não se justifica o estabelecimento do regime integralmente fechado, mormente com o advento da Lei 11.464/07.

4. Ordem concedida, em parte, apenas para modificar o regime de integral para inicialmente fechado." (HC 52.937/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/09/2008.)

Cumpre anotar que, se o réu ostenta mais de uma condenação definitiva, não há ilegalidade na utilização de uma delas para a exasperação da pena-base e de outra para o reconhecimento da reincidência, com acréscimo na segunda fase do cálculo penal. O que não se admite, sob pena de *bis in idem*, é a valoração de um mesmo fato em momentos diversos da aplicação da pena, circunstância esta não evidenciada na hipótese.

Nesse sentido, confira-se a lição de GUILHERME DE SOUZA NUCCI, *in* Individualização da Pena, RT, 2005, p. 200, *in verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"[...] Entretanto, nada impede que o agente possua várias condenações anteriores, sendo lícito ao magistrado considerar uma delas para efeito de gerar reincidência e as demais, como maus antecedentes. Inexiste, nessa hipótese, bis in idem, pois são elementos geradores diversos.

Lembremos que o registro de vários antecedentes criminais conduz à crença de que o agente possui personalidade desajustada aos regramentos impostos pelo direito, motivo pelo qual devem ser levados em consideração para a aplicação da pena."

No mesmo diapasão, veja-se os seguintes julgados:

"HABEAS CORPUS. ARTS. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL E 15, DA LEI N.º 10.826/03. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E SEGUNDA FASE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ART. 15 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO, PARA O DELITO DO ART. 132 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ESPECIALIDADE DA LEI N.º 10.826/03 QUE DEVE PREPONDERAR. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. 'Não configura bis in idem a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado, para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do paciente, desde que uma delas seja utilizada para exasperar a pena-base e a outra na segunda fase da dosimetria' (HC 167.459/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 12/02/2012).

[...]

4. Habeas corpus denegado." (HC 182.362/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 23/05/2012.)

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 61, I, DO CP. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. OCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há se falar em bis in idem pela aplicação da agravante da reincidência e pela consideração de maus antecedentes, se existem várias condenações com trânsito em julgado, podendo umas serem consideradas na primeira fase e outras na segunda.

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.067.537/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 15/08/2011.)

Ademais, segundo entendimento desta Corte, a condenação por crime anterior, cujo trânsito em julgado ocorreu após a nova prática delitiva, embora não caracterize a reincidência, constitui maus antecedentes, conforme considerado, no caso, pelo Tribunal *a quo*.

Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 12.015/2009). DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. CULPABILIDADE E PERSONALIDADE DO AGENTE.

I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados (Precedentes do STF e STJ).

II - In casu, verifica-se que, quanto à culpabilidade do paciente, a r. sentença condenatória apresenta em sua fundamentação incerteza denotativa ou vagueza, carecendo, na fixação da resposta penal, de fundamentação objetiva imprescindível.

III - Não havendo elementos suficientes para a aferição da personalidade do agente, mostra-se incorreta sua valoração negativa a fim de supedanear o aumento da pena-base (Precedentes).

IV - Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal em destaque, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem, à toda evidência, para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes ou conduta social.

Habeas corpus concedido a fim de fixar a pena definitiva em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão." (HC 162.338/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 20/09/2010.)

De outra parte, nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao réu reincidente condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão aplica-se o regime prisional semiaberto, se consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

Na hipótese, porém, embora a pena não alcance quatro anos, reconheceu-se, além da reincidência, a existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, o que afasta a incidência do enunciado da Súmula n.º 269 desta Corte Superior, justificando, portanto, o estabelecimento do regime prisional mais severo.

A propósito, observe-se o teor das ementas a seguir:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO E CRIME DE DANO. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. PACIENTE REINCIDENTE ESPECÍFICO E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SÚMULA 269 DESTE STJ. NÃO APLICAÇÃO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal na manutenção do modo fechado de execução ao paciente reincidente específico quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 4 (quatro)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos de reclusão, há circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, elementos que indicam que o modo fechado para o início do desconto da sanção privativa de liberdade mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

2. Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais é que há a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao reincidente com pena inferior a 4 (quatro) anos. Exegese do Enunciado Sumular 269 deste STJ.

[...]

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado." (HC 244.160/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 10/10/2012.)

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RECEPÇÃO. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E DE REINCIDÊNCIA. ALUSÃO A CONDENAÇÕES DIVERSAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ALIADA A CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INVIABILIDADE DO REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241/STJ, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.

2. No caso dos autos, porém, houve a efetiva alusão à existência de diversas condenações. Assim, nada obsta que uma caracterize maus antecedentes e as outras reincidência. Precedentes.

3. A teor do enunciado da Súmula 269 deste Tribunal, 'é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'.

4. Na espécie, embora a pena corporal seja inferior a quatro anos, milita contra o paciente a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais serviram inclusive para elevar a pena-base acima do mínimo legal, justificando a imposição de regime prisional mais gravoso.

5. Ordem denegada." (HC 212.694/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 11/04/2012.)

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que o agente é reincidente, a teor do disposto no inciso II do art. 44 do Código Penal.

"PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCENTE. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO ALÉM DO FATOR DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME SEMI-ABERTO. RAZOABILIDADE. SÚMULA 269 STJ. (3) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. INAPLICABILIDADE. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE OFÍCIO, APENAS QUANTO AO REGIME. CONFIRMADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. *É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.*

2. *Hipótese em que há flagrante constrangimento ilegal a ser sanado de ofício. Imposta pena inferior a 4 anos e favoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser aplicado o regime semiaberto ao acusado reincidente. Súmula 269 do STJ.*

3. *Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos haja vista a existência de óbice legal (art. 44, II, do Código Penal).*

4. *Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente. Confirmada a liminar outrora deferida." (HC 234.794/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 24/04/2013.)*

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0269820-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 261.977 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 2392004 73483020048260099 900120040073489

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : KATIA LOBO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : TIAGO LUIS DE CARVALHO (PRESO)
CORRÉU : LUIS FABIANO FRANCO DE LIMA

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.