



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.394 - SP (2013/0367155-3)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : NELSON LUIZ CASTELLANI
IMPETRANTE : MARIA TEREZA MOREIRA LUNA
IMPETRANTE : GIANFRANCO ZANUSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALDIR MASCARO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PRETENDIDA EXTENSÃO DOS EFEITOS DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM FAVOR DE CORRÉU. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REPRIMENDA INFERIOR A 04 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Busca-se a extensão de efeitos do acórdão proferido pela Quinta Turma, nos autos do HC n.º 235.025/SP, de relatoria do Ministro Gilson Dipp. Porém, ao contrário do que ocorrido com o Corrêu, a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, ante o reconhecimento da existência de maus antecedentes.

4. Não se encontrando os corrêus na mesma situação fático-processual, não cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por um deles. Precedentes.

5. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

6. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável ao Paciente, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. Contudo, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime inicial fechado, no caso, pois trata-se de Paciente primário, condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão, pelo que deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

8. Inviável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, em se considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.394 - SP (2013/0367155-3)

IMPETRANTE : NELSON LUIZ CASTELLANI
IMPETRANTE : MARIA TEREZA MOREIRA LUNA
IMPETRANTE : GIANFRANCO ZANUSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALDIR MASCARO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WALDIR MASCARO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação Criminal n.º 0369915-20.2010.8.26.0000, assim ementado:

"Processo Penal. Prova. Testemunhos de policiais. Os relatos de policiais, máxime se encontram suporte na prova existente, devem preponderar sobre as palavras dos acusados.

Penal. Pena. Receptação. Imposição de regime fechado. Necessidade." (Fl. 127)

Consta dos autos que o Paciente foi denunciado, com outro Corrêu, como incurso no art. 180, §§ 1.º e 2.º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, tendo sido absolvido em primeira instância. Porém, interposto recurso de apelação pelo Ministério Público, foi provido o recurso pelo Tribunal de origem, para condenar o Paciente às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 11 (onze) dias-multa.

No presente *writ*, alega-se, em suma, ausência de motivação na imposição do regime prisional fechado, argumentando-se que o Paciente é primário e as circunstâncias judiciais não foram valoradas negativamente, tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, com a sanção definitiva em patamar inferior a 04 (quatro) anos.

Aduz-se que deve ser deferida a extensão do acórdão no *Habeas Corpus* n.º 235.025, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, julgado no dia 05/06/2012, pois se trata de corrêu do mesmo processo criminal.

Requer, liminarmente e no mérito, que seja determinado o regime aberto para início do cumprimento da pena, ou estabelecida a Prisão Domiciliar, estendendo-se os benefícios do julgamento do *Habeas Corpus* n.º 235.025 ao Paciente.

Indeferi o pedido liminar às fls. 35/37.

Os Impetrantes juntaram cópia do acórdão impugnado às fls. 98/113.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 119/149, com a juntada de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

documentos pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 153/158, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

Às fls. 169/174, os Impetrantes solicitaram a reconsideração da decisão de indeferimento do pedido liminar.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.394 - SP (2013/0367155-3)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PRETENDIDA EXTENSÃO DOS EFEITOS DE ACÓRDÃO PROFERIDO PELA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM FAVOR DE CORRÉU. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE DE SITUAÇÕES FÁTICO-PROCESSUAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REPRIMENDA INFERIOR A 04 ANOS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. Busca-se a extensão de efeitos do acórdão proferido pela Quinta Turma, nos autos do HC n.º 235.025/SP, de relatoria do Ministro Gilson Dipp. Porém, ao contrário do que ocorrido com o Corrêu, a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, ante o reconhecimento da existência de maus antecedentes.

4. Não se encontrando os corrêus na mesma situação fático-processual, não cabe, a teor do Princípio da Isonomia e do art. 580 do Código de Processo Penal, deferir pedido de extensão de julgado benéfico obtido por um deles. Precedentes.

5. A condenação por fato anterior, mas com trânsito em julgado posterior ao crime em análise justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Precedentes.

6. Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, porque considerada, no caso concreto, circunstância judicial desfavorável ao Paciente, tem-se por justificada a fixação de regime prisional mais gravoso, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

7. Contudo, mostra-se desproporcional o estabelecimento de regime inicial fechado, no caso, pois trata-se de Paciente primário, condenado a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inferior a quatro anos de reclusão, pelo que deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

8. Inviável a substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, em se considerando a existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

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 Paciente foi condenado, com outro Corrêu, como incurso no art. 180, §§ 1.º e 2.º, c.c. o art. 29, ambos do Código Penal, às penas de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, tendo o Tribunal de origem estabelecido o regime inicial fechado, nos seguintes termos:

"[...]

Assim, de rigor é a condenação.

Alan não ostenta antecedentes. Assim, fixo sua pena em patamar mínimo: três anos de reclusão, mais dez dias multa.

Waldir foi condenado pela prática de igual crime. Dessa forma, fixo sua pena um sexto acima do mínimo legal: três anos e seis meses de reclusão, mais onze dias multa.

O regime inicial fechado se impõe, diante da presença da agravante e em razão também, no meu entender, do fato do ilícito ser 'matriz de crimes patrimoniais'." (Fls. 134/135)

Busca-se, neste *writ*, a extensão de efeitos do acórdão proferido pela Quinta Turma desta Corte Superior, nos autos do HC n.º 235.025/SP, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, assim ementado:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO VALORADAS NEGATIVAMENTE. QUANTUM DA REPRIMENDA INFERIOR A 04 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33 DO CP. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

[...]

III. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Deve-se prestigiar a função constitucional excepcional do mandamus, evitando sua utilização indiscriminada e desmerecendo as funções das instâncias regulares de processo e julgamento, sob pena de se desmoralizar o sistema ordinário de recursos.

V. O reexame da dosimetria em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

VI. Nos termos disciplinados no art. 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal, o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

VII. A imposição de regime prisional mais severo do que o quantum da pena autoriza requer fundamentação idônea, o que não se vislumbra no acórdão recorrido, mormente por se tratar de sanção fixada no mínimo legal. Inteligência das Súmulas 440, desta Corte, 718 e 719 do STF.

VIII. Deve ser permitido ao paciente o desconto de sua reprimenda no regime prisional aberto, devendo o Tribunal a quo analisar os requisitos legais e aferir a possibilidade da substituição por medidas restritivas de direitos, mantendo-se, no mais, o decreto condenatório.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do relator." (HC 235025/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 12/06/2012.)

O writ foi concedido apenas ao Corréu, para permitir "*o desconto de sua pena no regime prisional aberto, devendo o Tribunal a quo analisar os requisitos legais e aferir a possibilidade da substituição por medidas restritivas de direitos*".

A teor do art. 580 do Código de Processo Penal, no concurso de agentes, a extensão de efeitos de decisão favorável é admitida quando houver identidade de situação fático-processual entre os corréus.

Na hipótese dos autos, porém, é inaplicável o mencionado dispositivo, pois, ao contrário do que ocorrido com o Corréu, a pena-base do Paciente foi fixada acima do mínimo legal, ante o reconhecimento da existência de maus antecedentes.

Desse modo, ante a diversidade das situações fático-processuais, mostra-se inaplicável, na hipótese, o disposto no art. 580 do Código de Processo Penal.

Ilustrativamente:

"HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. APLICAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA DA PACIENTE POR ACÓRDÃO DESSE SUPERIOR TRIBUNAL. PRETENDIDA EXTENSÃO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORDEM EM FAVOR DO REQUERENTE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. PEDIDO INDEFERIDO.

1. O artigo 580 do CPP permite que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proferida em favor de um acusado se estenda aos demais, desde que as situações fático-processuais sejam idênticas e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal.

2. A decisão concessiva da ordem à paciente se pautou em aspectos outros, não considerados para a fixação da reprimenda básica do ora requerente, desautorizando a pretendida extensão dos efeitos do remédio constitucional, haja vista a ausência de similitude fático-processual em relação a ambos nesse aspecto.

3. Constatada a ausência de identidade fático-processual entre a situação do requerente e a da paciente, beneficiada por ordem concedida por este Superior Tribunal de Justiça neste habeas corpus, não há como se aplicar o disposto no art. 580 do CPP.

4. *Pedido de extensão indeferido.*" (PExt no HC 173.627/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 24/08/2012.)

Quanto à alegação de que o Paciente era primário, não possuindo condenação com trânsito em julgado à época da sentença, observa-se da folha de antecedentes criminais juntada aos autos pelo Tribunal de origem, às fls. 140/149, que, embora fosse o Paciente primário, já possuía condenação na data da sentença, com trânsito em julgado, referente a crime cometido em data anterior ao delito em julgamento.

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é firme no sentido de que as condenações relativas a fatos ocorridos em período anterior ao crime em julgamento poderão ser utilizadas para majorar a pena-base a título de maus antecedentes, bastando que na data da prolação da sentença já tenha ocorrido o trânsito em julgado da condenação.

Por oportuno, confirmam-se os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal sob debate, ainda que com trânsito em julgado posterior, justificam o aumento da pena-base pela valoração de maus antecedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*" (AgRg no AREsp 35.077/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 02/04/2013; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CARACTERIZAÇÃO. CONDENAÇÃO COM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO APÓS A PRÁTICA DO DELITO EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Condenações por fatos anteriores ao apurado na ação penal de que se cuida, ainda que com trânsito em julgado posterior, não servem para caracterizar a agravante da reincidência, podendo, contudo, fundamentar a exasperação da pena-base como maus antecedentes.

2. *Na hipótese, embora a reprimenda não alcance 8 (oito) anos de reclusão, tendo sido fixada em 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, principalmente à vista das circunstâncias tidas como desfavoráveis.*

3. *Ordem denegada.*" (HC 87.487/SP, Rel. o Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 13/08/2012; grifo acrescido.)

Assim, diante da existência de circunstância judicial desfavorável ao Paciente, cabível regime mais gravoso que o aberto para início do cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

No entanto, vê-se que o Tribunal Impetrado, por ocasião da individualização da reprimenda penal, não observou adequadamente o disposto no artigo 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, pois não considerou a primariedade do Paciente nem a quantidade de pena que lhe foi imposta – 03 anos e 06 meses de reclusão – para a imposição do regime prisional mais gravoso.

Considerada a pena menor que 4 anos de reclusão, e o fato de que a pena-base **não** foi fixada no mínimo legal - ante o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável -, **impõe-se a fixação do regime semiaberto.**

A propósito:

"[...]"

EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. DESFAVORABILIDADE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MODO MAIS GRAVOSO. DESPROPORCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE DEMONSTRADO.

1. *Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena, deve-se ter em consideração o disposto no § 3º do artigo 33 do Código Penal, segundo o qual a fixação do sistema carcerário observará os critérios listados no art. 59 do mesmo diploma.*

2. *O quantum de pena aplicada, portanto, por si só, não enseja o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

abrandamento do modo inicial de resgate da sanção quando as circunstâncias do caso concreto e a fundamentação indiquem a necessidade de uma maior repreensão.

3. Não obstante a existência de circunstância judicial desfavorável, mostra-se desproporcional, no caso concreto, a imposição do regime fechado quando a pena foi definitivamente irrogada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e o paciente é primário, sendo devida a fixação do modo semiaberto, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

4. Ordem parcialmente concedida para, afastando a consideração negativa da circunstância judicial referente à personalidade do agente, reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e pagamento de 12 (doze) dias-multa, estabelecendo-se, ainda, o regime semiaberto para a sua execução, mantidos, no mais, a sentença condenatória e o aresto combatido." (HC 175.161/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 04/10/2011; grifos acrescidos.)

"HABEAS CORPUS. ART. 333 DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. QUESTÃO SUPERADA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Tendo ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, fica superada a questão atinente à custódia cautelar. A liminar anteriormente deferida, portanto, ficou sem efeito.

2. Não há que falar em prescrição retroativa se, considerada a reprimenda imposta, superior a 2 (dois) anos, e o contido no art. 109, IV, do Código Penal, não transcorreram 8 (oito) anos entre os marcos interruptivos previstos no art. 117 do mesmo diploma.

3. Tratando-se de paciente primário e de sanção que não alcança quatro anos de reclusão, mesmo persistindo algumas circunstâncias judiciais desfavoráveis, revela-se razoável estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

4. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente." (HC 118.566/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 22/06/2011; grifos acrescidos.)

Desse modo, deve ser fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.

Por fim, quanto à substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos, no caso, não se mostra aplicável ao Paciente, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Com a análise do *habeas corpus*, fica prejudicado o pedido de reconsideração da decisão liminar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *writ*. Porém, CONCEDO ordem de *habeas corpus*, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0367155-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.394 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03699152020108260000 15502007 3699152020108260000 812237820078260050
85972007

EM MESA

JULGADO: 18/02/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : NELSON LUIZ CASTELLANI
IMPETRANTE : MARIA TEREZA MOREIRA LUNA
IMPETRANTE : GIANFRANCO ZANUSO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WALDIR MASCARO
CORRÉU : ALAN NASCIMENTO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação Qualificada

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

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