



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.235 - MG (2012/0010909-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : CLÁUDIA MARCELA NASCIMENTO CÂMARA FERNANDES -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WILLIAN MARTINS DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME ABERTO CONCEDIDO. SÚMULA N. 440/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– Na segunda etapa de aplicação da pena, a existência de condenação anterior em processo criminal transitado em julgado apenas para a acusação não configura a reincidência, não se podendo falar, portanto, em aumento nesta fase.

– O regime inicial fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente deve ser o aberto, visto que a pena-base fixada no seu mínimo legal, bem como ausentes outros elementos concretos aptos a ensejar a fixação de regime mais gravoso ou intermediário, notadamente se a pena final do paciente foi estabelecida em 4 (quatro) anos. Dessa maneira, em atenção aos ditames previstos no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal e ao disposto no enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, faz-se necessário a concessão de ordem também nesse ponto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para decotar o aumento referente a reincidência, redimensionando a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão, bem como estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, 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 Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de junho de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.235 - MG (2012/0010909-9)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : CLÁUDIA MARCELA NASCIMENTO CÂMARA FERNANDES - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WILLIAN MARTINS DOS SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado substitutivo de recurso especial, sem pedido de liminar, em benefício de WILLIAN MARTINS DOS SANTOS, contra acórdão da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, mais 14 (catorze) dias-multa, conforme sentença de fls. 97/103.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, buscando a absolvição do paciente. Para tanto, argumentou que o conjunto probatório não seria suficiente para sustentar a condenação do paciente. Subsidiariamente, pugnou pela desclassificação do crime para o delito de furto.

O Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo em acórdão restou assim sintetizado (fl. 171):

EMENTA: ROUBO - PROVAS SUFICIÊNCIA - PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA - CONDENAÇÃO MANTIDA - DESCLASSIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE RECURSO DESPROVIDO. - A palavra da vítima, sobretudo em crimes de repercussão patrimonial, é de extrema valia, especialmente quando esta descreve, com firmeza, o 'modus operandi', e reconhece, do mesmo modo, a pessoa que praticou o delito. - Se as provas constantes dos autos são suficientes para comprovar que o agente subtraiu bens de outrem, mediante grave ameaça, correta está a sua condenação pela prática do crime de roubo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não havendo que se falar, portanto, em desclassificação para o delito de furto.

Diante deste cenário, a defesa opôs embargos declaratórios, acolhidos parcialmente pela Corte de origem, apenas para conceder a isenção de custas processuais.

Nesta Corte Superior, pugna a impetrante pela concessão da ordem para que se proceda a revisão da dosimetria da pena, "reformando-se o v. acórdão combatido para decotar a agravante da reincidência e conseqüente reestruturação da reprimenda e a mitigação do regime prisional." (fl. 6)

Não houve pedido de liminar.

Informações prestadas às fls. 245-475.

A Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 79-83, opinou pelo parcial conhecimento da ordem e, nesta extensão, pela sua concessão.

Brevemente relatado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 231.235 - MG (2012/0010909-9)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, considerando que o *writ* foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do *habeas corpus* substitutivo, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

No caso, o impetrante busca a revisão da dosimetria da pena, ao argumento de que as instâncias originárias consideraram uma condenação não transitada em julgado para a defesa para caracterização da reincidência.

O Magistrado singular, ao realizar dosimetria da reprimenda, assim consignou (fl. 20) :

Atento às diretrizes contidas nos artigos 59 e 68, ambos do Código Penal Brasileiro e orientado pela norma insculpida no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, passo à individualização e dosimetria da pena.

Considero a culpabilidade do Réu intensa, eis que tinha pleno conhecimento do desvalor e conseqüências de sua conduta, devendo lhe ser aplicado o juízo de censurabilidade. Quanto aos antecedentes, tendo em vista a Certidão juntada aos autos, constato que o Acusado é reincidente e ostenta antecedentes criminais; sua conduta social, a meu sentir, não deve influir na pena à míngua de exames próprios para aferi-la. Quanto à personalidade do Réu, seus antecedentes me levam a crer ser ela voltada para a prática de delitos; quanto aos motivos do crime, foi àquele comum ao tipo penal, qual seja, a obtenção de lucro fácil; as circunstâncias que envolveram o delito foram normais à espécie e as conseqüências do crime, que não foram graves.

Antes as circunstâncias judiciais supra analisadas, lixo a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão e 12 (doze) dias-multa, aumentada de 1/6 (um sexto) em virtude da agravante genérica da reincidência (art. 61,1 do CP).

Ante a ausência de quaisquer outras circunstâncias atenuantes ou agravantes e de causas de diminuição ou aumento de pena. torno a pena definitiva em 04 (QUATRO) ANOS E OITO (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 14 (QUATORZE) DIAS-MULTA, a ser cumprida inicialmente no Regime FECHADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Analisando a condição financeira do Réu, fixo o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, valor que deverá ser corrigido quando do pagamento (art. 49, § 2º CPB).

Ante a ausência dos motivos autorizadores da custódia preventiva (art. 312 do CPP). Concedo ao Réu o direito de recorrer em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Expeça-se o alvará de soltura.

Na segunda etapa de aplicação da pena, a inexistência de condenação anterior em processo criminal transitado em julgado não configura a reincidência, não se podendo falar, portanto, em aumento nesta fase, pois ao contrário do que consignado no acórdão recorrido, o paciente não é reincidente, uma vez que, pela certidão de antecedentes criminais acostadas aos autos (fls. 48/49), não há qualquer condenação anterior apta a ensejar tal exasperação, constando apenas um processo com trânsito em julgado para a acusação, porém sem registro de trânsito em julgado para a defesa.

No tocante ao regime inicial fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente deve ser o aberto, visto que a pena-base fixada no seu mínimo legal, bem como ausentes outros elementos concretos aptos a ensejar a fixação de regime mais gravoso ou intermediário, notadamente se a pena final do paciente foi estabelecida em 4 (quatro) anos. Dessa maneira, em atenção aos ditames previstos no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, bem como ao disposto no enunciado n. 440/STJ, faz-se necessário a concessão de ordem, de ofício, também nesse ponto.

São precedentes nossos:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL NEGATIVA BASEADA EM MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Independentemente da hediondez do delito, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso em questão, o Paciente é primário e sua pena foi fixada em 3 (três) anos de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Não é legítimo, portanto, agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente em 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial aberto, e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos. (HC 190.414/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/11/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO. TENTATIVA. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. SÚMULA 444/STJ. 2. REGIME SEMIABERTO MOTIVADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440/STJ. AUSÊNCIA DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR RIGOR NO APENAMENTO. DESNECESSIDADE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Configura constrangimento ilegal considerar como maus antecedentes a existência de ações penais em curso com o fim de exasperar a pena-base. Incidência da Súmula nº 444 do STJ.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e considerando a quantidade de pena aplicada - 2 anos e 8 meses de reclusão - e a ausência de emprego de arma de fogo, cabível a aplicação do regime aberto para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena.

3. Impossibilidade de fixação do regime intermediário com base na gravidade abstrata do delito. Súmulas nº 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula nº 440 desta Corte.

4. Habeas corpus concedido a fim de, afastados os maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável, fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, totalizando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) dias-multa, bem como para aplicar o regime aberto para o início do cumprimento da pena. (HC 220.837/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 2/4/2012).

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*, contudo, concedo a ordem, de ofício, para **decotar o aumento referente a reincidência**, redimensionando a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão, bem como estabelecer o **regime aberto** para o início do cumprimento da pena, mantido os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0010909-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 231.235 / MG

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10480091360747 480091360747

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

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 : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOGADO : CLÁUDIA MARCELA NASCIMENTO CÂMARA FERNANDES -
DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : WILLIAN MARTINS DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.