



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.936 - MS (2016/0317630-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VIVALDO LIMA DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : DAVID ALENCAR DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉUS MULTIRREINCIDENTES E FORAGIDOS DO SISTEMA PRISIONAL. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. NÃO APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência das Cortes Superiores entende ser inadmissível a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso próprio, ressalvada a possibilidade da concessão da ordem de ofício, quando houver flagrante ilegalidade que restrinja a liberdade de locomoção do paciente.

2. As instâncias ordinárias fixaram o regime inicial fechado em vista de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como levando em consideração o significativo fato de que, ao cometerem o crime em questão, os pacientes encontravam-se foragidos. Incabível a aplicação da Súmula n. 269 desta Corte.

Writ 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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.936 - MS (2016/0317630-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : VIVALDO LIMA DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE : DAVID ALENCAR DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de VIVALDO LIMA DOS SANTOS e DAVID ALENCAR DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0015269-47.2015.8.12.0001.

Infere-se dos autos que os pacientes foram condenados pela prática do delito previsto no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo), à pena de 2 anos e 7 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 dias-multa.

Desprovida, por maioria, a apelação dos pacientes, foram manejados embargos infringentes, a fim de abrandar o regime inicial de cumprimento da pena, os quais foram desprovidos, em acórdão assim ementado:

EMENTA - EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL - PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO - SÚMULA 269 STJ - INVIABILIDADE - PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM FACE DA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL DE MAUS ANTECEDENTES - RECORRENTES MULTIRREINCIDENTES E FORAGIDOS DO SISTEMA PRISIONAL - REGIME FECHADO MANTIDO - RECURSO IMPROVIDO.

A despeito de a sanção final ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão, as penas-base foram fixadas acima do mínimo legal, porque desfavorável a circunstância dos maus antecedentes, destacando-se ainda, o fato de o crime ter sido perpetrado enquanto os embargantes estavam foragidos do sistema prisional, fatos que impedem o regime mais brando. Precedentes da Corte Superior.

Com o parecer, recurso improvido. (fl. 508)

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal pela fixação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial fechado sem fundamentação idônea para tanto. Afirma que a reincidência não pode obstar a fixação do regime semiaberto, invocando o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte e n. 719 do Supremo Tribunal Federal.

Pleiteia, assim, a fixação de regime inicial semiaberto aos pacientes.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 532/534).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 380.936 - MS (2016/0317630-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

A jurisprudência das Cortes Superiores entende ser inadmissível a impetração de *habeas corpus* em substituição a recurso próprio, mas ressalta a possibilidade da concessão da ordem, de ofício, quando houver flagrante ilegalidade que restrinja a liberdade de locomoção do paciente. A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTRITA DO WRIT. DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO INCISO V DO ARTIGO 40, DA LEI N. 11.343/2006. INTERESTADUALIDADE CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REGIME FECHADO. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 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.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício (HC 326.074/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 21/03/2016).

Nesse contexto, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, por ser substitutivo de recurso próprio. Entretanto, possível a concessão da ordem, de ofício, consoante a seguir fundamentado.

A sentença de primeiro grau adotou a seguinte motivação para a fixação do regime inicial fechado:

[...]

2) DO RÉU VIVALDO: A) DA PENA-BASE: Considerando que a culpabilidade é comum ao tipo; que o réu possui péssimos antecedentes, com diversas condenações anteriores (uma delas servirá como agravante da reincidência e as outras estão sendo aqui consideradas), inclusive estando evadido do sistema prisional quando cometeu este delito; que não há dados acerca de sua conduta social e de sua personalidade; que o motivo do crime foi o intuito de cometer um assalto, o qual restou frustrado por circunstâncias alheias à sua vontade; que as circunstâncias do delito foram comuns ao tipo; que as consequências do crime também não desbordam da normalidade; que o comportamento da vítima, no caso toda a sociedade, em nada contribuiu para o deslinde do feito. Assim, e atento ao disposto nos artigos 59 e 68 do CP, estabeleço a pena-base em 2 (DOIS) ANOS E 7 (SETE) MESES DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA, no importe unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. B) DAS ATENUANTES E AGRAVANTES/PENA DEFINITIVA: Presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, que se deu na polícia e em juízo, motivo pelo qual compenso-as entre si e torno definitiva a pena em 2 (DOIS) ANOS E 7 (SETE) MESES DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA, no importe unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. C) DO REGIME PRISIONAL: Tratando-se de réu multireincidente, com várias condenações anteriores e que inclusive estava evadido do sistema prisional quando cometeu este delito, estabeleço o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º do CP, regime que não resta alterado por força de eventual detração, já que o réu possui várias outras penas em execução. D) DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA E DO SURSIS: Em face do que ficou apurado quando da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, dando ênfase à reincidência e aos inúmeros antecedentes do réu, não lhe concedo estes benefícios prisionais. E) DEMAIS COMINAÇÕES: Isento o réu do pagamento das custas do processo, posto ser pessoa presumivelmente pobre, atendido pela DPE. NÃO PODERÁ recorrer em liberdade, presentes os fundamentos utilizados na decretação de sua prisão preventiva. Pela natureza do crime e ausência de pedido expresso a respeito, não há se falar na aplicação do artigo 387, IV, do CPP. 3) DO RÉU DAVID: A) DA PENA-BASE: Considerando que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a culpabilidade é comum ao tipo; que o réu possui péssimos antecedentes, com ao menos três condenações anteriores (uma delas servirá como agravante da reincidência e as outras estão sendo aqui consideradas), inclusive estando evadido do sistema prisional quando cometeu este delito; que não há dados acerca de sua conduta social e de sua personalidade; que o motivo do crime foi o intuito de cometer um assalto, o qual restou frustrado por circunstâncias alheias à sua vontade;; que as circunstâncias do delito foram comuns ao tipo; que as consequências do crime também não desbordam da normalidade; que o comportamento da vítima, no caso toda a sociedade, em nada contribuiu para o deslinde do feito. Assim, e atento ao disposto nos artigos 59 e 68 do CP, estabeleço a pena-base em 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA, no importe unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. B) DAS ATENUANTES E AGRAVANTES/PENA DEFINITIVA: Presente a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, que se deu na polícia e em juízo, motivo pelo qual compenso-as entre si e torno definitiva a pena em 2 (DOIS) ANOS E 7 (SETE) MESES DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA, no importe unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. C) DO REGIME PRISIONAL: Tratando-se de réu multireincidente, com ao menos três condenações anteriores e que inclusive estava evadido do sistema prisional quando cometeu este delito, estabeleço o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º do CP, regime que não resta alterado por força de eventual detração, já que o réu possui outras penas em execução. D) DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA E DO SURSIS: Em face do que ficou apurado quando da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, dando ênfase à reincidência e aos inúmeros antecedentes do réu, não lhe concedo estes benefícios prisionais. E) DEMAIS COMINAÇÕES: Isento o réu do pagamento das custas do processo, posto ser pessoa presumivelmente pobre, atendido pela DPE. NÃO PODERÁ recorrer em liberdade, presentes os fundamentos utilizados na decretação de sua prisão preventiva. Pela natureza do crime e ausência de pedido expresso a respeito, não há se falar na aplicação do artigo 387, IV, do CPP. (fls. 346/347)

O Tribunal de Justiça estadual, ao manter o regime fechado para início de cumprimento da pena, assentou:

Conforme entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, uma vez estabelecida a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da reincidência não tem o condão de só por si afastar a imposição do regime intermediário. Isso porque, a teor do disposto no enunciado da Súmula n.º 269, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Porém, a aplicação do regime intermediário, nos termos do que dispõe o verbete sumular n. 269 do STJ, depende da inexistência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais negativas.

Entretanto, na hipótese dos autos, o julgador a quo fixou, motivadamente, a pena-base dos recorrentes acima do mínimo legal, em razão dos antecedentes, destacando, ainda, que ambos os recorrentes estavam foragidos do sistema prisional quando cometeram o crime em questão (f. 453-454).

Assim, sendo os réus multirreincidentes e sopesadas circunstâncias judiciais que lhes desfavorecem, deve ser mantido o regime prisional mais gravoso, observando-se o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. (fl. 512)

Bem se vê, dos excertos acima colacionados, que as instâncias ordinárias fixaram o regime inicial fechado em vista de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como levando em consideração o significativo fato de que, ao cometerem o crime em questão, os pacientes encontravam-se foragidos. Assim, incabível a aplicação da Súmula n. 269 desta Corte. Confirmam-se, nesse sentido:

PROCESSUAL E PENAL. FURTO. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) FALSA IDENTIFICAÇÃO PARA OCULTAR A CONDIÇÃO DE FORAGIDO. DIREITO À AUTODEFESA. INAPLICABILIDADE. CONDUTA QUE SE AMOLDA AO ART. 307 DO CÓDIGO PENAL. (3) DOSIMETRIA. MAIS DE UMA QUALIFICADORA. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR E AS DEMAIS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. (4) CONFISSÃO PARCIAL NÃO CONSIDERADA NA CONDENAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (5) REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DESTA CORTE. (6) AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.

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 contra acórdão de apelação, como se fosse um indevido sucedâneo recursal.

2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, firmou a compreensão de que tanto a conduta de utilizar documento falso como a de atribuir-se falsa identidade, para ocultar a condição de foragido, caracterizam, respectivamente, o crime do art. 304 e do art. 307 do Código Penal, sendo inaplicável a tese de autodefesa. Recurso repetitivo n. 1.362.524/MG. No caso, conforme depreende-se do acórdão atacado, o Paciente Kalley identificou-se falsamente, com o propósito de ocultar que era foragido do sistema penitenciário, estando, portanto, caracterizada a tipicidade da conduta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Na hipótese de dosagem de pena em que incida mais de uma qualificadora, é possível que uma sirva para qualificar o delito e as outras sejam utilizadas como circunstâncias judiciais desfavoráveis, levando ao aumento da pena-base. Precedentes.

4. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal em afastar a incidência da atenuante da confissão espontânea nas hipóteses em que a confissão não concorreu para a condenação do réu.

5. Fixada pena inferior a quatro anos de reclusão para condenado reincidente, não há ilegalidade no estabelecimento do regime fechado para o início do cumprimento de pena, uma vez que há circunstância judicial considerada desfavorável, não incidindo, portanto, a Súmula 269 desta Corte.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 227.727/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 12/12/2013)

Ausente, portanto, flagrante ilegalidade a ser reparada na via eleita, voto por não conhecer da presente impetração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0317630-2

HC 380.936 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00262304720158120001 08258924020158120001 262304720158120001
8258924020158120001

EM MESA

JULGADO: 02/02/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: VIVALDO LIMA DOS SANTOS (PRESO)
PACIENTE	: DAVID ALENCAR DOS SANTOS (PRESO)
CORRÉU	: ANTONIO MORENO MORALES
CORRÉU	: CLAUDETE ALVES DA SILVA
CORRÉU	: CRISTIANO ALVES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.