



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 530.717 - SP (2019/0260247-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : JEFERSON WILLIAMS DE SOUZA
ADVOGADOS : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. ESTELIONATO. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL SEMIABERTO. LEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1 - Para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, eventual reincidência, bem como a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal).

2 - No caso dos autos, a instância de origem destacou a reincidência do paciente e a presença de circunstância judicial desfavorável para amparar a manutenção do regime semiaberto para o cumprimento da pena.

3 - Conforme se depreende do disposto no art. 44, § 3º, do Código Penal, o fato de o agente ser reincidente específico impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4 - Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

Brasília, 06 de fevereiro de 2020 (data do julgamento).

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 530.717 - SP (2019/0260247-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
AGRAVANTE : JEFERSON WILLIANS DE SOUZA
ADVOGADOS : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

(Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por JEFERSON WILLIANS DE SOUZA contra decisão monocrática de minha lavra que denegou a ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 513/517).

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado a 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pelo crime previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal.

O Tribunal de origem negou provimento ao apelo do réu (e-STJ fls. 424/430).

No Superior Tribunal de Justiça, a defesa defendeu a fixação de regime inicial mais brando e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nas razões regimentais, afirma o agravante que "faz jus à substituição da pena privativa por restritiva de direito, pois a sua pena foi fixada em 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em um crime que sequer foi praticado com violência ou grave ameaça à pessoa" (e-STJ fl. 524).

Sustenta que "o regime inicial também afronta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade da pena, vez que a baixíssima quantidade da pena autoriza que o paciente a cumpra no regime inicial ABERTO" (e-STJ fl. 524).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer "seja modificada a r.decisão agravada, para que seja reconhecida a Ordem de ofício visando desconstituir o ato coator combatido, reconhecendo-se ao paciente o direito às benesses do art. 44 do CP, e art. 33, §2º, "c", do mesmo *codex*, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, bem como fixando o regime inicial no ABERTO, já que a prisão em regime SEMIABERTO é desproporcional e irracional" (e-STJ fl. 527).

É, em síntese, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 530.717 - SP (2019/0260247-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO (Relator):

Nada obstante as judiciosas ponderações do agravante, tenho que o recurso não merece prosperar.

Sobre o regime prisional, rememoro que, nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, eventual reincidência, bem como a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal).

Entretanto, na esteira da jurisprudência desta Corte Superior, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito.

Dispõe o art. 33, § 2º, "c", do CP que o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o princípio, cumprir a reprimenda em regime aberto.

No caso em análise, a Corte de origem manteve o regime semiaberto para o cumprimento da pena fixado na sentença, assim se manifestando (e-STJ fl. 429):

Rigorosamente, alteração caberia, mas para agravar a pena e fixar regime fechado, já que ostenta longa folha de antecedentes, com diversas condenações definitivas, sendo reincidente específico, o que, aliás, obstaculiza a substituição da pena corporal por restritiva de direitos (art. 44, inciso III e § 3º, do Código Penal).

Como se observa, embora a pena privativa de liberdade tenha sido estabelecida em *quantum* inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, entendeu o Tribunal local que caberia a fixação do regime inicial fechado com base nos maus antecedentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e na reincidência específica do paciente, deixando porém de agravar o regime em recurso exclusivo da defesa.

Desse modo, constatada a reincidência e a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é forçoso reconhecer a possibilidade de aplicação do regime mais gravoso para o cumprimento da pena.

Porém, conforme explanado na decisão agravada, foi o agravante inclusive beneficiado com a aplicação do regime inicial semiaberto aplicado na origem.

Justificada, assim, a necessidade de uma resposta penal mais efetiva, em razão de expressa previsão legal, não se mostrou irregular a atuação do Poder Judiciário, motivo pelo qual não diviso o apontado constrangimento ilegal.

No mesmo sentido, confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTELIONATO. CONCESSÃO DE INDULTO. PERSISTÊNCIA DOS EFEITOS SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL E PACIENTE REINCIDENTE. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. [o] indulto, ato político, está previsto no art. 84, XII, da CF, e é privativo do Presidente da República. Tem por escopo extinguir os efeitos primários da condenação, isto é, a pena, de forma plena ou parcial (HC 94.425/RS, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 16/11/2009), persistindo os efeitos secundários, tais como reincidência, inclusão do nome do réu no rol dos culpados, obrigação de indenizar a vítima etc.

3. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

4. Verifica-se, inicialmente, que o paciente é reincidente e foi condenado a pena não superior a 4 anos, o que atrairia a aplicação do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação do regime inicial semiaberto. Entretanto, no caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o que afasta o referido enunciado sumular e representa fundamentação idônea para a fixação do regime prisional fechado.

5. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 368.650/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 1/2/2017, grifei)

PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO A TÍTULO DE CULPABILIDADE. MOTIVOS DO CRIME QUE JUSTIFICAM A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. O porte de pistola 380 mm não justifica, por si só, a exasperação da pena-base a título de culpabilidade, tratando-se de elementar do tipo penal incriminador, que não revela maior censurabilidade da conduta. De igual modo, o simples fato de tal artefato ter potencial lesivo superior ao do revólver 38 apreendido com o corréu não constitui fundamento válido para o incremento da reprimenda na primeira etapa do critério trifásico. Por outro lado, os motivos do crime, considerando que o acusado foi surpreendido portando arma de fogo que seria utilizada em novo delito, permite, por certo, a fixação da básica acima do piso legal.

4. No que se refere à segunda fase da dosimetria, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que não se infere na hipótese em apreço.

5. Na primeira fase, considerando a existência de uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, os motivos do crime, a pena deve ser exasperada em 1/8, totalizando 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Em seguida, em virtude da reincidência do réu, a reprimenda deve ser exasperada em 1/6, restando consolidada em 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, por não existirem outras circunstâncias a serem valoradas.

6. Regime prisional que não merece reparo, pois, embora não se desconheça o teor da Súmula/STJ 269, que admite a fixação do regime semiaberto para cumprimento inicial aos condenados reincidentes, fixada a pena-base acima do mínimo legal, não se infere desproporcionalidade da fixação do regime fechado para o crime de porte de arma de fogo. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, ficando mantido o regime fechado para o início do desconto da sanção corporal e a pena de multa. (HC 328.612/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/9/2016, grifei).

Desse modo, não faz jus o agravante ao abrandamento do regime de cumprimento da pena.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, mostra-se irretocável o acórdão proferido pela Corte *a quo*. De fato, um dos requisitos subjetivos para substituição da reprimenda é que não seja verificada reincidência ou, excepcionalmente, caso verificada, que não seja ela específica. Nesse sentido, inclusive, o disposto no art. 44, II e § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, precedente deste Tribunal Superior:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO. ART. 16 DA LEI N.10.826/2003. PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUCTA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 44, §3º DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REINCIDÊNCIA GENÉRICA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - O porte de munição, em desacordo com as normas de regência, por se tratar de crime de perigo abstrato e de mera conduta, é suficiente para a configuração do delito tipificado no art. 14, da Lei 10.826/03, pois o que se pretende é o resguardo da segurança pública e da paz social. III - Na hipótese, não há que se falar na atipicidade material da conduta praticada ou na incidência do princípio da insignificância, independentemente da pequena quantidade de munição apreendida com o paciente.

IV - O art. 44, inciso II, do Código Penal deve ser interpretado de forma conjunta com o parágrafo 3º do mesmo dispositivo, ou seja, a substituição da pena deve ser socialmente recomendável e o réu não pode ser reincidente específico.

V - *In casu*, preenchidos os requisitos do art. 44, parágrafo 3º do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente específico e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a ser estabelecida pelo Juízo a quo. (HC 475.118/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019, grifei)

Assim, sendo o agente reincidente específico, não preenchido pressuposto subjetivo, pelo que inaplicável a substituição.

Diante dessas considerações, **nego provimento ao agravo regimental e mantenho a decisão agravada por seus próprios fundamentos.**

É como voto.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0260247-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 530.717 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00047373320168260019 10402016 47373320168260019

EM MESA

JULGADO: 06/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS FREDERICO SANTOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RAFAEL NONAKA DA SILVA E OUTRO
ADVOGADOS : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFERSON WILLIANS DE SOUZA
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : JEFERSON WILLIANS DE SOUZA
ADVOGADOS : BRUNO FÉLIX DE PAULA - SP375946
RAFAEL NONAKA DA SILVA - SP377457
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.