



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.986 - SP (2015/0218284-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL ISIDIO SILVA
ADVOGADO : DANIEL ISIDIO SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIZAR AGUIAR PEREIRA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

FURTO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. RÉU DEVIDAMENTE INTIMADO PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. REVELIA DECRETADA. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE COM A QUAL CONCORREU A PARTE. ARTIGO 565 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. De acordo com o artigo 565 do Código de Processo Penal, "*nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse*".

2. No caso dos autos, o recorrente foi devidamente intimado para a audiência de instrução e julgamento, não tendo comparecido ao ato, motivo pelo qual foi decretada a sua revelia.

3. Se o acusado não foi interrogado porque não esteve presente à audiência designada para a colheita da prova oral mesmo sabendo previamente da sua designação, não pode a defesa pretender que, agora, depois de proferida sentença condenatória, seja o feito anulado a fim de que seja inquirido. Precedentes.

REINCIDÊNCIA. UTILIZAÇÃO PARA AGRAVAR A PENA, FIXAR O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO E VEDAR A SUBSTITUIÇÃO POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

A agravante da reincidência pode ser utilizada tanto no cálculo da pena, quanto no estabelecimento do regime de cumprimento e na análise da substituição da sanção reclusiva por restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, uma vez que se tratam de momentos distintos na fixação da reprimenda, estando o citado procedimento autorizado nos artigos 33, 44 e 61 do Código Penal. Precedente.

REGIME INICIALMENTE FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA FIXADA DEFINITIVAMENTE EM PATAMAR INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. RÉU REINCIDENTE. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO MAIS BENÉFICO PARA O RESGATE DA SANÇÃO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA.

Tendo a pena sido fixada definitivamente em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e sendo favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo, o simples fato de ser reincidente não impede o estabelecimento do modo semiaberto para o resgate da sanção. Exegese dos §§ 2º e 3º do artigo 33 do Código Penal, e do enunciado 269 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça.

PENA RECLUSIVA. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE AUTORIZAM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REINCIDÊNCIA QUE NÃO SE OPEROU EM VIRTUDE DA PRÁTICA DO MESMO TIPO DE ILÍCITO. PERMUTA SUFICIENTE PARA A REPRESSÃO E PREVENÇÃO DA CONDUTA INCRIMINADA. EXEGESE DO § 3º DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL.

1. Aplicada pena inferior a 4 (quatro) anos, perfeitamente possível a sua substituição por restritivas de direitos, mesmo aos reincidentes, quando essa condição não se der em virtude de prática de idêntico delito e a medida for suficiente para a prevenção e repressão da conduta incriminada. Inteligência do § 3º do artigo 44 do Código Penal.

2. Consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, mostra-se socialmente recomendável a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, diante das particularidades do caso concreto e especialmente em se considerando que a reincidência se deu em delito diverso.

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, bem como substitui-la por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução.

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 do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 03 de março de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.986 - SP (2015/0218284-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DANIEL ISIDIO SILVA
ADVOGADO : DANIEL ISIDIO SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIZAR AGUIAR PEREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DENIZAR AGUIAR PEREIRA, apontando como autoridade coatora a 9ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0001690-08.2013.8.26.0326.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso no artigo 155, § 4º, inciso I, do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido improvido.

Sustenta o impetrante que a ação penal seria nula, pois o acusado não teria sido intimado para a data da audiência de instrução e julgamento, tendo o ato sido realizado sem a sua presença e, conseqüentemente, sem o seu interrogatório.

Aduz que a oitiva do paciente seria obrigatória, pois se trataria de meio de defesa.

Alega que seria cabível a imposição de regime inicial de pena mais benéfico, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu, ao argumento de que ele não seria reincidente específico.

Ressalta que a mencionada agravante, considerada isoladamente, não seria suficiente para afastar o modo mais brando de resgate da sanção, em observância do princípio da proporcionalidade.

Defende que o acusado estaria sofrendo um triplo agravamento de pena, pois a reincidência estaria sendo considerada para negar benefícios processuais, para majorar a sanção, bem como para a fixação de regime de cumprimento mais gravoso.

Assevera que a pena privativa de liberdade deveria ser convertida em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritiva de direitos, pois o réu seria tecnicamente primário, teria bons antecedentes e não se dedicaria a atividades criminosas, estando presentes os requisitos dispostos no artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Entende que a sentença condenatória não teria individualizado a reprimenda aplicada, pois não teria justificado a não substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem para que seja anulada a ação penal, interrogando-se o paciente, bem como para que seja fixado o regime aberto para o cumprimento da pena que lhe foi imposta, substituindo-se a sanção reclusiva por restritiva de direitos, e colocando-o imediatamente em liberdade.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão de fls. 35/37.

Prestadas as informações (e-STJ fls. 51/52), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 115/121, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão parcial da ordem de ofício, para que seja fixado o regime semiaberto para o regime da reprimenda.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 334.986 - SP (2015/0218284-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus*, pretende-se, em síntese, a anulação da ação penal, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente, bem como a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à alegada nulidade do processo ante a ausência de intimação do acusado para a audiência de instrução e julgamento, sabe-se que o artigo 565 do Código de Processo Penal preceitua que "*nenhuma das partes poderá argüir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse*".

Ao comentar o referido dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci assevera que "*do mesmo modo que é exigido interesse para a prática de vários atos processuais, inclusive para o início da ação penal, exige-se tenha a parte prejudicada pela nulidade interesse no seu reconhecimento*", motivo pelo qual "*não pode ser ela geradora do defeito, plantado unicamente para servir objetivos escusos*" (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 922/923).

O mencionado autor prossegue, consignando a correção da previsão legal, "*uma vez que dar causa à nulidade, pretendendo seu reconhecimento, ou pedir que o juiz considere nulo determinado ato, quando não há interesse algum, seria a utilização de mecanismos legais para conturbar o processo e não para garantir o devido*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processo legal" (Op. cit., p. 923).

No caso dos autos, o recorrente foi devidamente intimado para a audiência de instrução e julgamento (e-STJ fls. 65/67), não tendo comparecido ao ato, motivo pelo qual foi decretada a sua revelia (e-STJ fls. 68/69).

Assim, se o acusado não foi interrogado porque não esteve presente à audiência designada para a colheita da prova oral mesmo sabendo previamente da sua designação, não pode a defesa pretender que, agora, depois de proferida sentença condenatória, seja o feito anulado a fim de que seja inquirido.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. (...) AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. DECRETAÇÃO DE REVELIA. INTIMAÇÃO PESSOAL PARA TODOS OS ATOS DO PROCESSOS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...)

4. Não há falar em nulidade do processo em razão da não realização de interrogatório, uma vez que o paciente foi pessoalmente citado e intimado para a audiência, estando solto e devidamente ciente do teor da acusação, de modo que caberia a ele procurar orientação junto à Defensoria Pública, ou mesmo perante qualquer outro advogado, e comparecer em juízo. Ainda, não se vislumbra nenhum elemento concreto dos autos que justifique que, ciente da data do interrogatório, o paciente simplesmente decidiu não se fazer presente na audiência.

5. Na espécie dos autos, o impetrante não apontou nenhuma razão concreta que efetivamente justificasse a ausência do paciente na audiência de interrogatório.

6. No caso, não houve nenhum cerceamento de defesa, uma vez que, diante do não comparecimento do paciente na audiência de interrogatório, o Juiz singular, em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa, nomeou a Defensoria Pública para o patrocínio de sua defesa, intimando o defensor para apresentar defesa prévia (art. 395 do CPP, redação anterior anterior à Lei n. 11.719/2008). Ainda, verifica-se que a Defensoria Pública também ofereceu devidamente suas alegações finais e razões de apelação.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 232.781/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 25/04/2013)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. (...) NULIDADE PROCESSUAL. CITAÇÃO PESSOAL VÁLIDA. NÃO COMPARECIMENTO AO INTERROGATÓRIO. REVELIA. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO DO PRESO PARA A AUDIÊNCIA REALIZADA POR CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE RELATIVA. PREJUIZO NÃO DEMONSTRADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

2. Se o recorrente foi citado pessoalmente e deixou de comparecer ao interrogatório, sendo decretada sua revelia, não há que falar em nulidade. O oficial de justiça certificou que o conteúdo do mandado foi lido ao recorrente, que recebeu contrafé e exarou ciência.

Assim, inviável alegar que deixou de comparecer ao interrogatório por não ter conhecimento do inteiro teor da acusação.

3. Segundo a jurisprudência desta Corte, a falta de requisição de réu preso para a audiência de oitiva de testemunhas realizada por carta precatória constitui nulidade relativa, sendo indispensável a comprovação de prejuízo. Na hipótese, não logrou a Defesa demonstrar a existência de prejuízo concreto, ressaltando-se que houve nomeação de defensor para o ato, que inclusive formulou perguntas às testemunhas.

4. Recurso ordinário parcialmente prejudicado e, no mais, improvido.

(RHC 23.407/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 09/03/2011)

Quanto à dosimetria da pena imposta ao réu, verifica-se que o magistrado singular fixou-a na primeira fase no mínimo legal - 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa - e, ante a sua reincidência, elevou a sanção para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 10 (dez) dias-multa, fixando regime fechado para o resgate inicial tendo em vista a aludida agravante, que também foi utilizada para obstar a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos (e-STJ fls. 71/72), o que foi mantido pela autoridade apontada como coatora.

Antes de mais nada, cumpre esclarecer que a agravante da reincidência pode ser utilizada tanto no cálculo da pena, quanto no estabelecimento do regime de cumprimento e na análise da substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos, uma vez que se tratam de momentos distintos na fixação da reprimenda, estando o citado procedimento autorizado nos artigos 33, 44 e 61 do Código Penal.

A propósito, confira-se o seguinte julgado desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SÚMULA N. 269 DO STJ. ORDEM DENEGADA.

1. Sanção Penal. Fins: prevenção e reprovação do crime. Reiteração delitiva. Finalidades da pena inatingidas. Maior rigor na aplicação da lei. Efetividade da sanção cominada. Reincidência. Critério adequado para avaliar a forma de resgate da pena.

2. Não há se falar em bis in idem na utilização da reincidência para se aquilatar a adequação do regime inicial ou a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ainda, o sursis da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Inexistência de ilegalidade na fixação do regime semiaberto para a paciente, visto que as condições jurídicas desta se ajustam a hipótese da Súmula n. 269 do STJ.*

4. *Ordem denegada.*

(HC 226.679/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 11/04/2012)

No entanto, conquanto a reincidência possa ser utilizada para a fixação de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e do enunciado 269 da Súmula desta Corte Superior de Justiça, é possível a fixação do modo prisional mais benéfico, como pretendido na impetração.

Este é o teor do dispositivo legal em comento:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

A Súmula 269 deste Sodalício encontra-se assim redigida:

É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Desse modo, sendo todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Estatuto Repressivo favoráveis ao acusado, e tendo a ele sido cominada a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, o simples fato de ser reincidente não impede a fixação do modo semiaberto para a execução da reprimenda.

Finalmente, consoante consignado alhures, todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis ao acusado, mostrando-se socialmente recomendável a substituição da pena detentiva por medidas alternativas diante das particularidades do caso concreto, e especialmente em se considerando que a reincidência se deu em face da prática do crime de tráfico de entorpecentes (e-STJ fl. 71).

Assim, preenchendo o paciente os pressupostos objetivos e subjetivos elencados no artigo 44 do Código Penal, em consonância com o seu § 3º, e por se entender que a medida é suficiente para a prevenção e repressão do crime em que restou condenado, sendo ainda socialmente recomendável diante das especificidades já apontadas, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução.

Nesse norte:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. REQUISITOS PREENCHIDOS. OBSERVÂNCIA DO § 3.º DO ART. 44 DO CP. FLAGRANTE ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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. Preenchidos os requisitos autorizadores da substituição da pena corporal, previstos no art. 44 do Código Penal, com observância do § 3.º do referido artigo, e sendo suficiente para prevenção e repressão do delito, de rigor a substituição da reprimenda por restritiva de direitos, tratando-se de reincidente não específico.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de restabelecer os termos da sentença condenatória, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos moldes ali fixados.

(HC 266.678/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 21/05/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, bem como substituí-la por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0218284-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 334.986 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016900820138260326 16900820138260326 5262013

EM MESA

JULGADO: 03/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL ISIDIO SILVA
ADVOGADO : DANIEL ISIDIO SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DENIZAR AGUIAR PEREIRA (PRESO)

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.