



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.803 - SP (2011/0201530-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ANA CLAUDIA CARVALHO VIGLIAR - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO BORDIM

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FURTO QUALIFICADO PELA DESTRUIÇÃO DE OBSTÁCULO EM CONTINUIDADE DELITIVA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. 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.

2. Em que pese ser o paciente multirreincidente, verifica-se que o total das penas fixadas foi de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, ou seja, é inferior a 4 anos, e considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis, é possível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no Enunciado n. 269 da Súmula do STJ, segundo o qual é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado à pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

Writ não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

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

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

Brasília (DF), 05 de maio de 2016(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.803 - SP (2011/0201530-0)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : ANA CLAUDIA CARVALHO VIGLIAR - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : REGINALDO BORDIM

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Habeas corpus substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de REGINALDO BORDIM, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Apelação n. 0097528-11.2005.8.26.0050.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, c/c art. 71, ambos do Código Penal (furto qualificado pela destruição de obstáculo, em continuidade delitiva), à pena de 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias-multa.

Em apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial para aumentar a pena imposta ao paciente em 1/6, pela continuidade delitiva, bem como para fixar o regime fechado, em acórdão assim ementado:

Apelação criminal. Furtos consumados majorados. Pretensão ministerial à eleição do regime inicial fechado, face à multirreincidência noticiada, e ao incremento da pena imposta pela consideração da continuidade delitiva. Recurso provido (fls. 34).

No presente *writ*, a impetrante alega constrangimento ilegal pela fixação do regime inicial fechado sem fundamentação idônea para tanto. Afirmar que a reincidência não pode obstar a fixação do regime semiaberto, invocando o Enunciado n. 269 da Súmula desta Corte e n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

Pleiteia, assim, a fixação de regime inicial semiaberto.

Sem pedido liminar, foram prestadas as informações solicitadas (fls. 51/81). O Ministério Público Federal opinou pela denegação do *writ* (fls. 85/88).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 216.803 - SP (2011/0201530-0)

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.

O Tribunal de Justiça estadual, ao retificar o decreto condenatório, fundamentou a fixação do regime mais gravoso nos seguintes termos:

Em face das especificidades do caso concreto, o regime imposto há de ser o fechado.

Da análise das certidões acostadas aos autos, verifica-se que o apelado ostenta três condenações transitadas em julgado anteriormente à data dos fatos, sendo uma delas apta a caracterizar maus antecedentes (cfr. fls. 220 - roubo majorado -, 222 e 223 - furtos tentados), e mais duas condenações posteriores (fls. 224 - roubo majorado - e 225 - furto majorado).

Os delitos praticados revelam especial predileção do apelado pelo patrimônio alheio. Sendo Reginaldo multirreincidente e ostentando maus antecedentes, não se mostra adequado o regime intermediário à prevenção e repressão da desfaçatez com que costuma se conduzir, mesmo porque, permanecendo fora todo o dia, a chance de continuar a delinquir é imensa. Assim, mostra-se mais adequado o regime inicial fechado, que ora se impõe em atendimento ao recurso da acusação (acórdão - fls. 38).

Em que pese ser o paciente multirreincidente, verifica-se que o total das penas fixadas foi de 2 anos, 8 meses e 20 dias de reclusão, ou seja, é inferior a 4 anos, e considerando-se as circunstâncias judiciais favoráveis, é possível a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do disposto no Enunciado n. 269 da Súmula do STJ, segundo a qual:

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

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Nesse sentido, confirmam-se o seguintes precedentes:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. SÚMULA/STJ 269. REGIME SEMIABERTO. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO 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. De acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

3. **Apesar da multireincidência específica do réu, o decreto condenatório considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. Assim, faz ele jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º do Código Penal. Precedentes.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de estabelecer o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao paciente, salvo se por outro motivo estiver descontando pena em regime mais severo (HC 337.036/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 17/03/2016)

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 REINCENTE. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (HC 334.986/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 16/03/2016).

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EREsp N. 1154752/RS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MÚLTIPLA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- No julgamento dos Embargos de Divergência n. 1.154.752/RS, esta Corte reconheceu serem igualmente preponderantes a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, de forma que devem ser compensadas, na realização da dosimetria da pena.

- Tendo em vista múltipla reincidência específica do paciente, a compensação integral entre a confissão e a reincidência violaria os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

- Na hipótese, o aumento da pena na fração de 1/6 é proporcional e está devidamente fundamentado na reincidência específica do paciente, o que enseja um juízo de maior reprovabilidade.

- Aplica-se ao caso o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, segundo o qual é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC 306.288/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 13/08/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Dessarte, se a pena-base foi fixada no patamar mínimo, entende-se que as circunstâncias judiciais foram julgadas inteiramente favoráveis, razão pela qual apenas no caso de fundamentação concreta seria admissível a adoção do regime mais gravoso, não admitindo-se a gravidade abstrata do delito ou a multirreincidência como fundamento para tanto.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da impetração, contudo, concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime prisional semiaberto quanto ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0201530-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 216.803 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 42006 50050975285 975281120058260050 990080437240

EM MESA

JULGADO: 05/05/2016

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 : ANA CLAUDIA CARVALHO VIGLIAR - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : REGINALDO BORDIM

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