



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.473 - SP (2012/0091265-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : MARINA GIANGIACOMO BONILHA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MANOEL HENRIQUE DOS SANTOS FILHO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. VALORAÇÃO DE AÇÃO PENAL EM CURSO PARA RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que inquéritos e ações penais em curso não podem ensejar o aumento da pena, na primeira ou na segunda fase da dosimetria, em respeito ao princípio da não culpabilidade.
2. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia, com registro de trânsito em julgado somente para a acusação, caracteriza flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.
3. O paciente, tecnicamente primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, deverá, desde o princípio, cumpri-la em regime inicial aberto, pois favoráveis as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.
4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para afastar a reincidência e redimensionar a pena final do paciente, a ser cumprida no regime inicial aberto.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 25 de novembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.473 - SP (2012/0091265-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : MARINA GIANGIACOMO BONILHA - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MANOEL HENRIQUE DOS SANTOS FILHO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

MANOEL HENRIQUE DOS SANTOS FILHO estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação Criminal n. 0469407-82.2010.8.26.0000.

O paciente, na Ação n. 0010980.07.2010.8.26.0050, da 31ª Vara Criminal de São Paulo, foi condenado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de multa, como incurso no art. 155, § 4º, III, do CP, possibilitado o recurso em liberdade.

Em 13/10/2011, por unanimidade, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao apelo da defesa. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Nesta Corte, a Defensoria Pública aponta a ocorrência de constrangimento ilegal na dosimetria da pena, pois as instâncias ordinárias teriam considerado a existência de ações penais em andamento para elevar a pena do paciente a título de Maus antecedentes e para reconhecer a agravante genérica da reincidência, em flagrante violação ao princípio da não culpabilidade.

Requer a **redução da pena-base**, a **exclusão da agravante da reincidência** e a **fixação do regime inicial aberto**.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 106-107).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 241.473 - SP (2012/0091265-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO QUALIFICADO. VALORAÇÃO DE AÇÃO PENAL EM CURSO PARA RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA. ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. READEQUAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É pacífico nesta Corte o entendimento de que inquéritos e ações penais em curso não podem ensejar o aumento da pena, na primeira ou na segunda fase da dosimetria, em respeito ao princípio da não culpabilidade.

2. O reconhecimento da reincidência com fundamento em condenação prévia, com registro de trânsito em julgado somente para a acusação, caracteriza flagrante ilegalidade na dosimetria da pena.

3. O paciente, tecnicamente primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, deverá, desde o princípio, cumpri-la em regime inicial aberto, pois favoráveis as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

4. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, para afastar a reincidência e redimensionar a pena final do paciente, a ser cumprida no regime inicial aberto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade** que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I.

O paciente foi condenado à pena de **2 anos e 6 meses** de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de multa, como incurso no art. 155, § 4º, III, do CP.

A reprimenda final foi assim fixada pelo juiz sentenciante:

[...]

Sopesados os critérios estabelecidos nos artigos 59 e 60 do Código Penal. **O réu ostenta vasta folha de antecedentes criminais (fls. 86/87) que ensejariam o aumento da pena-base, todavia, compenso o acréscimo com a atenuante genérica da confissão espontânea e mantenho as penas no patamar mínimo. O réu é reincidente** (fls. 61), razão pela qual majoro as penas-bases em um quarto e obtenho as penas de 2 anos e 6 meses de reclusão e doze (12) dias-multa. A pena acima é definitiva, pois mais nada a altera. O regime inicial da pena privativa de liberdade é o semiaberto, diante da reincidência, sendo este regime suficiente para a reprovação do delito. (fl. 14, destaquei)

O Tribunal de origem, ao julgar a apelação criminal da defesa, consignou que a "vida pregressa do acusado, inclusive com a reincidência, encontra-se demonstrada" (21), e manteve o édito condenatório.

II.

Quanto à pretendida redução da pena-base, verifico que, de fato, a folha de antecedentes criminais do paciente, citada na sentença (fls. 37-39), não registra condenação criminal definitiva. Há informações sobre: dois inquéritos policiais; processo instaurado no ano de 2000, que, ao que se tem, foi suspenso com base na Lei n. 9.099/95, e processo instaurado em 2004, sem registro do andamento processual ou de prolação de sentença.

Contudo, nos termos da uníssona jurisprudência desta Corte, inquéritos e ações penais em curso não podem ensejar o aumento da pena, na primeira ou na segunda fase da dosimetria, em respeito ao princípio da não culpabilidade.

Nesse sentido, foi editada a Súmula 444 do STJ, *in verbis*: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444 do STJ).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, apesar de identificada a ilegalidade apontada, não há reparo a ser feito na primeira fase da dosimetria da pena, pois, apesar de o julgador ter feito menção aos maus antecedentes do acusado, com fundamento em inquéritos e ações penais sem registro de condenação definitiva (fls. 36-39), fixou a pena-base no mínimo legal, *quantum* que não pode ser transposto.

Assim, a pena-base, fixada no mínimo legal, continuará inalterada.

III.

Em relação à apontada ilegalidade na segunda etapa da dosimetria, assiste razão à impetrante.

O juiz de primeiro grau reconheceu a incidência da agravante genérica da reincidência com fundamento em registro constante na fl. 61 dos autos da ação penal originária. A Defensoria Pública, a seu turno, comprovou que, no aludido documento – cuja cópia encontra-se à fl. 40 destes autos –, **não consta a data do trânsito em julgado para a defesa.**

Ora, o art. 63 do CP estabelece que somente se verifica a reincidência quando o agente comete novo crime **depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior.**

Assim, constato a flagrante ilegalidade no ponto em que houve o reconhecimento da reincidência com base em condenação criminal sem trânsito em julgado para a defesa, por violar o art. 63 do CP e o princípio na não culpabilidade, e passo a readequar a pena do paciente.

A pena-base foi fixada no mínimo legal. Na segunda fase da dosimetria, afasto, de ofício, o aumento decorrente da reincidência, razão pela qual reduzo a pena final aplicada para **2 anos de reclusão e 10 dias-multa**, ante a inexistência de causas de aumento ou de diminuição.

III.

Diante do afastamento dos maus antecedentes e da reincidência, também deve ser alterado o regime inicial fixado.

Com efeito, fixada a quantidade da sanção devida a quem, comprovadamente, violou a norma penal, compete ao julgador indicar, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e de maneira motivada, qual deverá ser o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

Ademais, é pacificado nesta Corte o entendimento de que, na escolha do regime inicial, deverá haver uma análise conjunta entre a **primariedade do condenado**, a **quantidade da pena aplicada** e as **circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal**.

Sob essas premissas, no caso, o paciente, tecnicamente primário, condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, deverá, desde o princípio, cumpri-la em regime inicial aberto, pois favoráveis as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

Nesse sentido cito os julgados abaixo:

[...]

1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário e sem antecedentes criminais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso do que o previsto em lei para a quantidade de reprimenda estabelecida.

[...]

(HC 265.707/SP, Rel. Ministro **JORGE MUSSI**, 5ª T., DJe de 27/3/2014)

[...]

3. Como consequência do próprio redimensionamento da pena, deve ser realizado o ajuste no modo de cumprimento da reprimenda aplicada ao agravante, devendo ser-lhe fixado o regime aberto, já que é primário, restou condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão e todas as circunstâncias judiciais lhe foram tidas como favoráveis.

[...]

(AgRg no HC 182.376/MS, Rel. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**, 6ª T., DJe de 8/10/2012)

VI.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

À vista do exposto, **não conheço** da impetração, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Contudo, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a conceder, *ex officio*, a ordem postulada para afastar a agravante genérica da reincidência e, por consequência, redimensionar a pena final da paciente para **2 anos de reclusão, além de 10 dias-multa**, a ser descontada no **regime inicial aberto**, nos termos do acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0091265-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 241.473 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 109800720108260050 3002010 4694078220108260000 990104694078

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA ELIANE MENEZES DE FARIAS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : **MARINA GIANGIACOMO BONILHA - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **MANOEL HENRIQUE DOS SANTOS FILHO**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.