



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.030 - SP (2016/0256162-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN PAULO ANDES DE MELO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. RECEPÇÃO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE EM CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO (ROUBO). MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. 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.
2. Embora possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos réus reincidentes, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal, esta substituição não é automática.
3. Na hipótese, as instâncias ordinárias justificaram a contento o indeferimento da substituição da pena, em razão da condenação anterior do paciente por crime contra o patrimônio, mesma *espécie* de delito pelo qual foi novamente apenado, não sendo socialmente recomendável a substituição pretendida. Da folha de antecedentes criminais do paciente ressaí que este possui condenação por roubo circunstanciado, crime grave, razão pela qual não há ilegalidade a ser reconhecida.
4. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.030 - SP (2016/0256162-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN PAULO ANDES DE MELO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal, com pedido de liminar, impetrado em favor de JEAN PAULO ANDES DE MELO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ressai dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por infração ao disposto no art. 180, *caput*, do Código Penal, tendo sido indeferida a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

Alega a impetração, em síntese, haver flagrante ilegalidade no indeferimento da referida substituição, uma vez que a pena imposta não ultrapassa 4 anos e o paciente não é reincidente específico.

Afirma que este direito é constitucionalmente garantido, mesmo quando houver reincidência, desde que não se tenha praticado o mesmo crime, como prevê o § 3º do art. 44 do Código Penal.

Indeferido o pedido de liminar (e-STJ fls. 24/25), foram prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 36/58 e 62/77).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 78):

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.
SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ART 44, §3º, DO CP. AUSÊNCIA DE
FLAGRANTE ILEGALIDADE. PARECER PELO NÃO*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS. SE CONHECIDO FOR,
O PARECER É PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 373.030 - SP (2016/0256162-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Discute-se, no presente *mandamus*, a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por medidas restritivas de direitos, não obstante a sua reincidência.

O paciente foi denunciado por receptação simples (art. 180, *caput*, do Código Penal). Segundo a denúncia, ele foi flagrado conduzindo motocicleta ciente de que se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tratava de produto de roubo. Ao final da instrução, foi condenado às penas de 1 ano e 2 meses de reclusão, mais multa, em regime inicial semiaberto.

Na hipótese, o MM. Juiz, ao prolatar a sentença condenatória, negou a substituição da pena, pelos seguintes fundamentos (e-STJ fl. 40):

(...) o regime inicial para cumprimento da pena é o semiaberto, único que se revela adequado e suficiente para repressão da conduta e prevenção de reiterações, porquanto se trata de réu reincidente por crime contra o patrimônio, a evidenciar que a medida anteriormente imposta não surtiu o efeito ressocializador que dela se esperava, impondo-se seja o réu, doravante, melhor observado. Não se afigura socialmente recomendável, em razão de tais considerações, a substituição por penas restritivas de direitos ou eventual suspensão condicional da reprimenda.

O Tribunal *a quo* manteve o *decisum*, em sua integralidade. Não há notícia da interposição de recursos especial ou extraordinário.

O art. 44, § 3º, do Código Penal admite a substituição da pena para os réus reincidentes, nos seguintes termos:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privas de liberdade quando:

(...).

*§ 3º. Se o condenado for **reincidente**, o juiz **poderá** aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, **a medida seja socialmente recomendável** e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do **mesmo crime**.*

Assim, não obstante a argumentação da defesa, a referida substituição, *embora possível, não é automática.*

Na hipótese, as instâncias ordinárias justificaram a contento o indeferimento da substituição da pena, em razão da condenação anterior do paciente por crime contra o patrimônio, mesma *espécie* de delito pelo qual foi novamente apenado, não sendo socialmente recomendável a substituição pretendida.

Com efeito, da folha de antecedentes criminais ressaí que o paciente possui condenação por roubo circunstanciado, crime grave, razão pela qual não há ilegalidade a ser reconhecida no caso, porquanto efetivamente justificada a decisão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, confira-se a jurisprudência desta Corte:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA SOCIALMENTE INADEQUADA. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE EXIGIRIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. WRIT NÃO CONHECIDO.

(...).

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 Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 453.000/RS, submetido ao rito da repercussão geral, decidiu que a circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal) não ofende os princípios constitucionais do non bis in idem e da individualização da pena.

4. No que se refere ao regime prisional, em pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de detenção e a pena-base ter sido estabelecida no piso previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do CP. Precedentes.

5. Em relação à conversão da pena corporal por restritiva de direitos, o art. 44, § 3º, do Código Penal admite tal substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.

6. Ainda que não se trate de reincidência específica, as instâncias ordinárias reconheceram a inadequação de tal medida, notadamente em razão de o réu já ter sido beneficiado com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos anteriormente, tendo voltado a delinquir. Ainda, foram consideradas as circunstâncias do crime e os maus antecedentes do réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Se as instâncias ordinárias, de forma motivada, entenderam não ser socialmente recomendável a modificação da pena corporal por restritiva de direitos, para infirmar tal conclusão, seria necessário revolvimento fático-comprobatório dos autos, o que é defeso na via eleita. Precedente.

8. Writ não conhecido. (HC 339.864/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. INSURGÊNCIA QUANTO A PEDIDO ACOLHIDO NO DECISUM SINGULAR. INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA.

(...).

SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. NÃO CABIMENTO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a substituição da pena corporal deve atender aos requisitos objetivos e subjetivos estabelecidos no art. 44 do CP.

2. Na espécie, não obstante o quantum da pena imposta seja inferior a 4 anos, o que atende ao requisito objetivo previsto no inciso I do art. 44 do CP, trata-se de agravante reincidente e com a pena-base fixada acima do mínimo legal em razão dos antecedentes criminais, não se encontrando presentes as condições firmadas nos incisos II e III do referido dispositivo legal.

3. Tendo sido considerado, a partir da análise das circunstâncias concretas do caso, que a medida não se mostra suficiente ou socialmente recomendável, se afigura incabível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, a teor do disposto no art. 44, § 3º, do Estatuto Repressivo.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. 1.589.304/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do mandamus.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0256162-0

HC 373.030 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006292420148260635 20160000523923 6292420148260635

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEAN PAULO ANDES DE MELO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.