



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 127.068 - RJ (2009/0014755-1)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : DENIS DE OLIVEIRA PRAÇA - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : MESSIAS FERREIRA DA SILVA

### EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N.º 10.826/03. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.
2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.
3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.
4. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).
5. *In casu*, existe manifesta ilegalidade pois a Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EResp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).
6. Contudo, nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente a fim de reduzir a pena imposta ao paciente.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.  
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 11 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 127.068 - RJ (2009/0014755-1)**

**RELATORA** : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA  
**IMPETRANTE** : DENIS DE OLIVEIRA PRAÇA - DEFENSOR PÚBLICO  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
**PACIENTE** : MESSIAS FERREIRA DA SILVA

### RELATÓRIO

#### **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):**

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de MESSIAS FERREIRA DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 2008.050.00674).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Juízo de primeiro grau à pena de 4 (quatro) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 40 (quarenta) dias-multa, pela prática do delito descrito no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/03 - Processo n.º 2007.007.001348-5, da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa/RJ.

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que negou provimento ao recurso.

Daí o presente *habeas corpus*, no qual o impetrante sustenta, em síntese, que a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea. Cita precedentes desta Corte Superior de Justiça.

Defende, ainda, que o paciente faz jus a iniciar o desconto da sanção no regime intermediário, haja vista a reprimenda reclusiva final não figurar em patamar superior a 4 (quatro) anos, após a alteração na segunda fase da dosimetria.

Ressalta que a incidência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente e a despeito de sua reincidência, não há empecilho para a fixação do regime menos gravoso.

Requer, ao final, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e a fixação do regime inicial semiaberto.

Proferi despacho (fls. 43/44) solicitando informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram prestadas às fls. 53/68.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal manifestou-se, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Maurício de Paula Cardoso (fls. 79/80), pela parcial concessão da ordem.

Novo despacho foi prolatado à fl. 84 solicitando informações complementares ao Tribunal de origem, acostadas às fls. 88/96. Noticiou-se o seguinte, *verbis* (fl. 88):



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...)

O paciente tem em trâmite na Vara de Execuções Penais deste Estado 03 (três) Cartas de Sentença, tombadas sob os n° 1999/05804-2, 2000/08496-2 e 2008/00501-9, sendo esta última oriunda do processo n° 2007.007.001348-5, da Primeira Vara Criminal de Barra Mansa/RJ.

Conforme consta do resumo do cálculo de pena elaborado em 14/05/2010, o paciente foi recapturado no dia 02/03/2007, tendo as penas privativas de liberdade, unificadas, totalizado 17 (dezessete) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime fechado, e estando previsto o seu término para 10/07/2015.

(...)"

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.068 - RJ (2009/0014755-1)

### EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N.º 10.826/03. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDA FINAL EM PATAMAR INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.
2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.
3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.
4. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).
5. *In casu*, existe manifesta ilegalidade pois a Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).
6. Contudo, nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 8 (oito) anos, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, quando existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, e o réu é reincidente.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, somente a fim de reduzir a pena imposta ao paciente.

### VOTO



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

As questões trazidas a deslinde abarcam a compensação da circunstância atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e a imposição de regime carcerário diverso do fechado. Nesse âmbito, colhe-se o seguinte trecho do *decisum* condenatório (fls. 20/23):

"(...)

Passo a fixar-lhe a reprimenda, na forma a seguir.

Atendendo às diretrizes dos artigos 59 e 68 do Código Penal, verifico que o acusado ostenta maus antecedentes, ante o teor da primeira anotação de sua FAC, às fls. 68/72, e dos esclarecimentos operados às fls. 67, primeira parte. Noto, através de uma simples análise de sua folhas pregressas, que o réu possui personalidade voltada para o crime, sendo certo que os delitos por ele perpetrados foram todos cometidos com emprego de arma de fogo, o que denota sua maior periculosidade. Com relação às circunstâncias do crime, entendo que estas também lhe são desfavoráveis, na medida em que o acusado portava arma de fogo embriagado (fato este incontestado em seu interrogatório), o que expõe de forma mais acentuada a coletividade. Nada veio aos autos que comprovasse que o acusado possui uma conduta social íntegra ou qualquer indicação de que este tenha algum dia exercido atividade laborativa lícita, agindo deste modo em divergência com o *modus vivendi* exigido em nossa sociedade. As demais circunstâncias judiciais não se mostraram favoráveis ou desfavoráveis ao acusado, razão pela qual fixo a reprimenda no patamar acima do mínimo legal, ou seja, em 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA.

No que tange à segunda fase da dosimetria da pena, vislumbro uma agravante e uma atenuante. O acusado confessou espontaneamente que estava portando a arma quando foi abordado pelo miliciano, pelo que reconheço a atenuante descrita no artigo 65, III, d do CP e reduzo a pena em 06 (seis) meses e 10 (dez) dias-multa. Analisando a terceira anotação em sua FAC (fls. 68/72), verifico que o mesmo é reincidente, pois condenado em 22/06/1999, com o trânsito em julgado em 20/03/2000, a uma pena de 06 (seis) anos de reclusão. Deste modo, ante a preponderância da causa agravante da reincidência, elevo a pena em 09 (nove) meses de reclusão e 20 (vinte dias multa). Neste sentido, acerca da preponderância da reincidência sobre a confissão:

(...)

Não existem causas de aumento ou de diminuição da reprimenda, razão pela qual torno a PENA DEFINITIVA EM 04 (QUATRO) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO E 40 (QUARENTA) DIAS-MULTA.

De acordo com o artigo 49, §§ 1º e 2º do Código Penal, o valor do dia-multa fica estabelecido em 1/30 do salário mínimo mensal vigente ao tempo do crime, atualizado quando por ocasião de sua execução.

No que tange ao regime de cumprimento da pena, o acusado deverá cumpri-la em regime inicialmente fechado, tendo em vista sua reincidência e o disposto no artigo 33, § 2º, 'a' e 'b' e § 3º, do Código Penal.

Considerando o disposto nos artigos 44 e 77 do Código Penal, o réu



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não faz jus aos benefícios da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nem da suspensão da execução da pena privativa de liberdade, quer seja pela reincidência, quer seja pelo *quantum* aplicado.

(...)

O réu respondeu preso a todo o processo, mantendo-se inalteradas as razões que ensejaram a cautela extrema, as quais se encontram ainda mais evidentes diante da presente sentença penal condenatória recorrível, motivo pelo qual deverá permanecer no local em que se encontra, não lhe socorrendo o direito de apelar em liberdade.

(...)"

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou (fl. 40):

"(...)

Ao exasperar as penas-base do ora apelante, a digna e culta magistrada sentenciante, Dra. Ana Carolina Fucks Anderson Palheiro, considerou-o portador de maus antecedentes por constar em sua folha penal algumas anotações de crimes (fls. 59/63 e 67), havendo registro de duas condenações definitivas, sendo a primeira tomada em consideração na primeira fase de fixação das penas, enquanto a segunda o foi na segunda fase, para efeito de reincidência.

Assim, ao contrário do que sustentou a nobre Defesa, não ocorreu o alegado *bis in idem*, pois na primeira fase, a anotação constante de fl. 61 foi considerada para caracterizar a circunstância do artigo 59 do Código Penal relativa aos maus antecedentes, enquanto a terceira anotação, a fl. 62, o foi para fins da agravante da reincidência, o que evidentemente atende devidamente ao critério trifásico de aplicação de penas.

Com o mesmo acerto, ao reconhecer o concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão, a magistrada observou os ditames do artigo 67 da Lei Substantiva Penal, fazendo preponderar aquela a essa.

Saliente-se, também, que os fundamentos utilizados na r. sentença para estabelecer o regime prisional inicialmente fechado, respeitaram o artigo 93, IX da Constituição Federal, pois diante a reincidência, outro não poderia se-lo, em conformidade com o artigo 33, § 2º, a e b, e § 3º do Código Penal, não merecendo, por fim, prosperar o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por expressa vedação legal, já que não preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, tanto no que respeito ao *quantum* da pena, quanto pela reincidência verificada.

Por tais motivos, voto pelo desprovimento do recurso."

Em um primeiro momento, destaque-se a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do writ no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do writ mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo *habeas corpus* somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no writ.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator."

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O *habeas corpus* não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados."



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do *habeas corpus*, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, *in casu*, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida."

(HC 160.538/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o *habeas corpus* seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. *Writ* não conhecido."

(HC 201.171/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE *WRIT* PERANTE A CORTE A *QUO*. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o *habeas corpus* não é sucedâneo de



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, 'a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu.' (STJ - RHC 21188/PA, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do *habeas corpus* originário, como entender de direito."

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE *WRIT*. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do *habeas corpus*.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do *writ* em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do *mandamus* não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. *Habeas corpus* não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais."

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

"*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO *HABEAS CORPUS* IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO *WRIT*. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de *habeas corpus* pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do *habeas corpus*."

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Na espécie, observa-se que, após o julgamento do apelo defensivo, a defesa não interpôs recurso especial ou mesmo, após o trânsito em julgado, a revisão criminal.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Sensível a essa problemática, a Suprema Corte tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7.8.2012, nos autos do HC n.º 109.956/PR, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou, *verbis*:

"Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea "a", e 105, inciso II, alínea "a", tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumprir implementar - visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário - a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importante a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça."

O mesmo órgão julgador, em 21.8.2012, nos autos do HC n.º 104.045/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale trazer a



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contexto o seguinte excerto do voto da Relatora:

"Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição."

No mesmo sentido, citem-se as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luis Fux, nos autos do HC n.º 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC n.º 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que se verifica em parte na hipótese.

Ao que cuido, deve ser alterada a dosimetria da pena no tocante à segunda fase de sua aplicação. Com efeito, é de rigor a compensação da atenuante da confissão espontânea, que envolve a personalidade do agente, com a agravante da reincidência, conforme entendimento desta Sexta Turma. Sobre o tema, eis os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO NA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. OBRIGATORIEDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.

1. Servindo a confissão de suporte para a condenação, o fato de ter se dado de forma parcial não afasta a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal.

2. Consoante entendimento prevalente na Sexta Turma deste Tribunal a partir do julgamento do HC-94.051/DF (DJe de 22.9.2008), é cabível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se inalterada a reprimenda na segunda etapa do critério trifásico.

3. Ordem concedida para, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, reduzir a pena recaída sobre o ora paciente, de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa para 1 (um) ano de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e pagamento de 5 (cinco) dias-multa."

(HC 220.009/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 29/02/2012)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÕES PENAIAS EM CURSO E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO E COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Caracteriza constrangimento ilegal a fixação da pena-base acima do mínimo legal sem a apresentação de motivação idônea, não servindo para tal fim circunstâncias inerentes ao tipo penal.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de ser vedada a utilização de processos e inquéritos em andamento para a caracterização de maus antecedentes.

3. A atenuante da confissão espontânea não pode reduzir pena abaixo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do seu mínimo legal. Enunciado nº 231 da Súmula desta Corte.

4. Deve ser reconhecida e aplicada a atenuante da confissão espontânea se o Magistrado a utiliza na sentença condenatória como elemento de prova e para a formação de seu convencimento.

5. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea deve ela ser compensada com a agravante da reincidência, pois ambas dizem respeito à personalidade do agente.

6. Em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a adoção de acréscimo acima do mínimo legal faz-se necessária a demonstração da sua necessidade, o que não decorre abstratamente do número de causas de aumento verificado.

(...)

4. Ordem concedida para reduzir as penas impostas aos pacientes para 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias multa, garantido a Luiz Carlos Hubeda Barbosa o direito de iniciar no regime semiaberto o cumprimento da pena."

(HC 150.266/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 07/12/2009)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO PARCIAL. INCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA REFEITA. ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. Pena-base acima do mínimo legal. Gravidade abstrata do delito. Fundamentação inidônea.

2. Confissão espontânea. Incidência mesmo que parcial.

3. A Sexta Turma deste Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser possível, na segunda fase de dosimetria da pena, promover a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, eis que ambas circunstâncias são preponderantes, nos termos do art. 67 do CP: a primeira por se ater diretamente à personalidade do agente (capacidade de assumir erros e suas conseqüências) e a segunda por expressa previsão legal.

4. Dosimetria da pena refeita.

5. Ordem parcialmente concedida, a fim de redimensionar a pena em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa."

(HC 206.281/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 21/03/2012)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÕES UTILIZADAS PARA VALORAR NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS RELATIVAS A MAUS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. INADMISSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE DA FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. REINCIDÊNCIA.

1. Condenações anteriores não servem para valorar, de forma negativa



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e simultânea, os maus antecedentes, a personalidade e a conduta social do agente, sob pena de caracterizar violação do princípio do *ne bis in idem*.

2. Nos termos da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, é devida a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência.

3. Não obstante a fixação da pena de reclusão abaixo de 8 anos, é possível a determinação de regime prisional mais gravoso em razão da reincidência.

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena do paciente em 6 anos de reclusão, além do pagamento de 14 dias-multa, à razão do mínimo legal."

(HC 175.601/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012)

A matéria, inclusive, foi objeto de análise pela Terceira Seção desta Corte, no qual proferi voto de Minerva, em consonância com o entendimento acima exposto:

"REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO.

A Seção, por maioria, entendeu que devem ser compensadas a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência por serem igualmente preponderantes. Segundo se afirmou, a confissão revela traço da personalidade do agente, indicando o seu arrependimento e o desejo de emenda. Assim, nos termos do art. 67 do CP, o peso entre a confissão – que diz respeito à personalidade do agente – e a reincidência – expressamente prevista no referido artigo como circunstância preponderante – deve ser o mesmo, daí a possibilidade de compensação. EREsp 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgados em 23/5/2012." (Informativo n.º 498, período de 21 de maio a 1.º de junho de 2012, do Superior Tribunal de Justiça)

Dessarte, passo à fixação da reprimenda. Mantenho a pena-base aplicada pelo Juízo de origem, a saber, 4 (quatro) anos de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa. Reconhecida a atenuante da confissão espontânea, compenso-a com a agravante da reincidência, conservando a sanção no mesmo *quantum*.

Relativamente à fixação do regime inicial diverso do fechado, inviável a tese defensiva, visto que, no caso em análise, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Veja-se, em especial, o disposto no § 3º do art. 33 do Estatuto Repressivo, que faz menção ao exame das circunstâncias judiciais para a estipulação do regime carcerário, *in verbis*:

"Art. 33.

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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De fato, verifica-se que, apesar de a pena final ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a fixação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, no caso, deveu-se à existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como à reincidência, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, c.c. o artigo 59, ambos do Código Penal.

Desse modo, não incide a Súmula n.º 269 desta Corte na situação ora em apreço, eis que somente "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Terceira Seção:

*"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA. REGIME INICIALMENTE FECHADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.*

1. Verificada a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao condenado reincidente, inviável a fixação de regime menos severo do que o fechado, afastando-se a aplicação do enunciado da Súmula n. 269 desta Corte.

2. Pela mesma razão, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que não atendido o requisito previsto no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

3. Ordem denegada."

(HC 96909/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, DJe 22/06/2009)

*"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. BIS IN IDEM. NÃO CONFIGURAÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (2 ANOS E 8 MESES). REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA CORPORAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. ORDEM DENEGADA.*

1. Ao contrário do alegado pelo paciente, a reincidência não foi considerada em duas fases distintas da fixação da pena. Com efeito, a pena-base foi majorada em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente pelos maus antecedentes e pela personalidade do paciente voltada para o crime, haja vista a existência de vários processos por crimes contra o patrimônio. Já na segunda fase é que a reincidência foi levada em consideração, como agravante.

2. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como se tratando de réu reincidente, não há qualquer ilegalidade ou abuso na fixação de regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.

3. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial."



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 92533/SP, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20/10/2008)

"PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. AGRAVAMENTO. POSSIBILIDADE.

1 - Fixada a pena base acima do mínimo legal, em virtude de circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a imposição de regime inicial mais gravoso, no caso o fechado.

2. Assim, ausente patente ilegalidade, não há falar em constrangimento ilegal a ser sanado pela via estreita do *habeas corpus*.

3 - Ordem denegada."

(HC 113.688/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011)

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.

1. A pretensão absolutória, por demandar inevitável incursão no conjunto fático-probatório, não se mostra compatível com a via estreita do *habeas corpus*.

2. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis - culpabilidade, antecedentes e consequências do crime - autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.

3. Ordem denegada."

(HC 69.527/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2011, DJe 23/05/2011)

"PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS DO ART. 44, § 3º, DO CP. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO-RECOMENDÁVEL. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. NÃO-INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. É certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em caso de reincidência genérica. Todavia, determina em tal hipótese a observância de que, em face da condenação anterior, 'a medida seja socialmente recomendável', conforme determina o art. 44, § 3º, do Código Penal.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem afastou a substituição, porque a medida, à luz do § 3º do art. 44 do Código Penal, não se mostrava socialmente recomendável, tendo em vista que o furto imputado ao paciente foi praticado quando este cumpria em regime semi-aberto – obtido por progressão prisional –, a pena imposta pelos delitos anteriores.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. O enunciado 269 da Súmula do STJ estipula que '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'.

4. Na hipótese, tendo a pena-base sido fixada acima do mínimo legal, verifica-se que o paciente não preenche a exigência de todas as circunstâncias judiciais favoráveis para que o regime de cumprimento de pena seja o semi-aberto.

5. Ordem denegada." (HC 89.002/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 06/10/2008)

Ante o exposto, **não conheço** do writ. Contudo, **de ofício, concedo** a ordem somente a fim de compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, diminuindo a pena privativa de liberdade para 4 (quatro) anos de reclusão, e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário do mínimo legal (Processo n.º 2007.007.001348-5, da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Barra Mansa/RJ). Mantenho o regime inicial fechado fixado na sentença.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0014755-1

**HC 127.068 / RJ**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20070070013485      200805000674

EM MESA

JULGADO: 11/09/2012

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : DENIS DE OLIVEIRA PRAÇA - DEFENSOR PÚBLICO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : MESSIAS FERREIRA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante

#### **CERTIDÃO**

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.