



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.155 - SP (2014/0324838-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO GABRIEL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. PENA BASE NO MÍNIMO. SÚMULA 269/STJ. **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 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 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.

III - **In casu**, a sentença fixou o regime inicial fechado ao paciente em virtude da sua reincidência, desconsiderando o enunciado da Súmula nº 269 - STJ: "*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*"

IV - Assim, verifico que a condição de ser foragido - situação a ser mensurada em procedimento disciplinar pelo juízo da execução - não influenciou na dosimetria da pena. Já a reincidência, associada às circunstâncias judiciais favoráveis e à pena definitiva de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão permitem o cumprimento de pena no regime semiaberto.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 14 de abril de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.155 - SP (2014/0324838-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial impetrado em favor de SILVIO GABRIEL de v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no crime previsto no art. 304, c/c o art. 297, ambos do Código Penal, **à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado** e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no patamar mínimo. Asseverou o magistrado que o "*réu permanecerá preso, pois assim respondeu ao processo e é reincidente*" (fl. 12). A pena-base foi fixada na primeira fase da dosimetria da pena no mínimo legal.

Afirmou, outrossim, o juízo sentenciante em sua decisão, **in verbis**:

"O regime inicial de cumprimento da pena corporal deve ser o fechado, a teor do artigo 33, parágrafo segundo, "c" do Código Penal. Trata-se de réu reincidente, foragido, que estava no regime semiaberto (fls. 63) e não cumpriu os deveres de sentenciado. Clara a propensão do agente à violação das leis penais. Só o regime gravoso o fará repensar sua postura social inadequada" (destaquei, fl. 11).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, não obtendo o provimento do recurso. O acórdão foi assim ementado:

*"USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO - Negativa do réu isolada - Depoimentos dos policiais firmes, coerentes e sem desmentidos - Ausência de dúvidas acerca da veracidade de suas palavras - Pedido de desclassificação para o delito de falsa identidade (artigo 307 do Código Penal) - Impossibilidade - Conduta do acusado que não se subsume a esse tipo penal, pois ele não atribuiu a si mesmo identidade falsa, mas fez uso de documento público falso - **Pena e regime prisional fixados com critério e corretamente** - Apelo desprovido"* (destaquei, fl. 14).

Daí o presente **writ**, no qual aduz o impetrante que "*não basta a reincidência*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do paciente para justificar a imposição do regime prisional mais severo, vez que tal decisão depende da observância dos requisitos objetivos listados no art. 33, §2º, do Código Penal, em conjunto com as circunstâncias subjetivas do agente, previstas no art. 59 e repetidas no §3º do art. 33, do mesmo diploma" (fl. 3).

Requer, portanto, a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena.

A liminar foi deferida às fls. 25-26.

O Ministério Público Federal, às fls. 37-40, manifestou-se pelo não conhecimento do **habeas corpus**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.155 - SP (2014/0324838-0)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. PENA BASE NO MÍNIMO. SÚMULA 269/STJ. **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 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 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.

III - **In casu**, a sentença fixou o regime inicial fechado ao paciente em virtude da sua reincidência, desconsiderando o enunciado da Súmula nº 269 - STJ: *"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"*

IV - Assim, verifico que a condição de ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foragido - situação a ser mensurada em procedimento disciplinar pelo juízo da execução - não influenciou na dosimetria da pena. Já a reincidência, associada às circunstâncias judiciais favoráveis e à pena definitiva de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão permitem o cumprimento de pena no regime semiaberto.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 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 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).

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Sustenta o impetrante, em suma, *"que não basta a reincidência do paciente para justificar a imposição do regime prisional mais severo, vez que tal decisão depende*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da observância dos requisitos objetivos listados no art. 33, §2º, do Código Penal, em conjunto com as circunstâncias subjetivas do agente, previstas no art. 59 e repetidas no §3º do art. 33, do mesmo diploma" (fl. 3).

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena **caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório**. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Analisando-se a fixação de regime inicial de cumprimento de pena efetuada pelo juízo singular e confirmado pelo Tribunal de origem, é possível constatar que houve equívoco na sua definição.

O enunciado da Súmula nº 269 deste eg. Superior Tribunal de Justiça dispõe:

"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".

No caso dos autos, a condição de ser foragido não tem o condão de interferir na definição do regime inicial de cumprimento da pena em relação ao delito analisado se não houve nexos explicitado na sentença que ponderasse negativamente as circunstâncias judiciais do paciente. Ademais, a apuração desse fato, com a consequente caracterização de falta grave, deve ser aferida na seara administrativa, assegurado ao réu o contraditório e a ampla defesa.

Assim, no caso concreto do **writ**, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo posteriormente agravada pela reincidência. Ao final, a reprimenda foi fixada em **2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão**, permitindo, assim, que o paciente inicie o cumprimento da sua pena no regime semiaberto, conforme entendimento sumulado por esta col. Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior.

Justiça :

Nesse sentido, colaciono os seguintes acórdãos do eg. Superior Tribunal de

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DA TENTATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. RÉU REINCENTE ESPECÍFICO. REGIME PRISIONAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA 269 DO STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA ESTABELECE O REGIME INICIAL SEMIABERTO.

01. Prescreve a Constituição da República que "conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de **habeas corpus**, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que, no **habeas corpus**, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, impõe-se seja processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. **Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma**; HC 111.670, Rel. Ministra **Cármem Lúcia, Segunda Turma**; STJ, HC 227.152, Rel. Ministro **Jorge Mussi, Quinta Turma**; HC 275.352, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma**).

02. Somente é permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos a condenado reincente desde que, entre outros requisitos, "a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime" (CP, art. 44, § 3º).

03. "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (STJ, **Súmula 269**). 04. **Habeas corpus** não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade" (HC 298803/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Newton Trisotto** - Desembargador convocado do TJ/SC, DJe de 27/3/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. USO DE DOCUMENTO FALSO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. POSSIBILIDADE DO REGIME INTERMEDIÁRIO. SÚMULA N. 269/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Magistrado, ao optar pelo regime prisional mais adequado à repressão e prevenção do delito, não está absolutamente adstrito ao quantum da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, se guiar pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo.

- Em que pese ser o paciente reincidente, verifica-se que a pena que lhe foi imposta 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**.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar ao paciente o regime prisional semiaberto para o início do desconto da reprimenda" (HC 311345/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Ericson Maranhão** - Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 31/3/2015).

Ante o exposto, não conheço o **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0324838-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 311.155 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00434974120118260564 17562011 20140000507035 434974120118260564
5640120110434974

EM MESA

JULGADO: 14/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CAMILA PARONETTI SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SILVIO GABRIEL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Falsificação de documento público

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 Jorge Mussi, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.