



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.779 - SP (2015/0147256-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PETERSON DANILO CASTOR (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. SUPERVENIENTE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PERDA DO OBJETO. COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. RÉU REINCIDENTE E COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. DESCABIMENTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. A superveniência do trânsito em julgado da condenação torna prejudicado o pleito relativo à ilegalidade na manutenção da prisão preventiva do paciente.

3. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

4. Na espécie, ausente circunstância específica para justificar a preponderância da agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, impõe-se a integral compensação.

5. Embora o paciente tenha sido condenado à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis configuram fundamentos idôneos para o estabelecimento do regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.779 - SP (2015/0147256-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PETERSON DANILO CASTOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PETERSON DANILO CASTOR contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 3001019-36.2013.8.26.0292).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, por incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do CP (e-STJ fls. 25/28).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi improvido (e-STJ fls. 44/53), em acórdão assim ementado:

Apelação criminal. Furto simples. Prisão em flagrante. Confissão em consonância com o depoimento das testemunhas. Condenação mantida. Princípio da insignificância e ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado. Descabimento, considerado o alto grau de reprovabilidade da conduta. Réu reincidente específico, além de ter praticado o crime enquanto gozava de benefício de saída temporária. Tentativa não reconhecida. Compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência. Impossibilidade. Preponderância da segunda. Dosimetria da pena adequada. Regime fechado corretamente fixado. Recurso desprovido.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/11), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs ao paciente constrangimento ilegal, pois manteve sentença que fixou o regime inicial fechado e não admitiu a compensação integral entre a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na dosimetria da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, formula pedido liminar para que seja concedida liberdade provisória ao paciente ou aplicação de medida cautelar diversa da prisão e, no mérito, a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial aberto e redimensionada a pena pela compensação integral da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 56/57).

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 66/69, opinou pelo não conhecimento do *writ*, conforme a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO.

INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.

- 1ª Preliminar: não conhecimento de habeas corpus originário, substitutivo de recurso ordinário/especial.*
- 2ª Preliminar: conhecimento de ofício; impossibilidade, ausência de competência.*
- Precedentes: STJ (HC 245.731/MS; HC nº 248.757/SP).*
- Parecer pelo não conhecimento deste habeas corpus.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.779 - SP (2015/0147256-7)

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] 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, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, 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.

Busca-se na presente oportunidade, a concessão de liberdade provisória e o reconhecimento de constrangimento ilegal decorrente da não compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, além da alteração do regime prisional para o aberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação ao pedido de concessão da liberdade provisória, extrai-se da inicial que a impetrante não apresentou nenhum fundamento para tal, revelando-se deficiente o respectivo pleito.

Ademais, consoante informações colhidas da página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o acórdão proferido pela Corte local (Apelação n. 3001019-36.2013.8.26.0292), ora impugnado, transitou em julgado para ambas as partes, conforme certidões exaradas em 1º/6/2015 e 20/7/2015.

Assim, a atual custódia do paciente passou a ter natureza definitiva, pois decorrente de condenação transitada em julgado, o que torna prejudicado o pleito de revogação da prisão cautelar.

No que toca à irresignação manifestada em relação à segunda fase da dosimetria da pena, importa considerar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que "É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência".

No ponto, assim manifestou-se a Corte local (e-STJ fls. 51/52):

Já na segunda fase do artigo 68 do Código Penal, ante a reincidência demonstrada pela certidão juntada a fls. 20/22 do apenso, exasperou-se a sanção de mais um sexto (1/6), resultando no patamar definitivo de um (1) ano, quatro (4) meses e dez (10) dias de reclusão, mais doze (12) diárias, unidade no piso.

Incogitável a redução da reprimenda em razão da atenuante prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal, porquanto a reincidência prepondera sobre a confissão, nos termos do artigo 67 do Código Penal e consoante já assentaram o Superior Tribunal de Justiça (HC's 126702/DF, julgado 02-02-2012 e 192538/SP, julgado 07-4-2011) e este Egrégio Tribunal de Justiça (Apelação Criminal nº. 0001601-93.2008.8.26.0282, julgado 19-5-2011).

Recentes decisões do Supremo Tribunal Federal não discrepam: "A reincidência é circunstância agravante que prepondera sobre as atenuantes, com exceção daquelas que resultam dos motivos determinantes do crime ou da personalidade do agente, o que não é o caso da confissão espontânea. Precedentes" (RHC 115994/DF,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relatora Ministra CARMEM LÚCIA, julgado 02-4-2013, grifei).

“[...] CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. [...] II Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes” (STF, RHC 120677 / SP, relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado 18-03-2014, sem grifo no original).

Assim, constata-se que a Corte de origem deu preponderância à agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea sem nenhum fundamento específico, razão pela qual a dosimetria da pena merece reparo, compensando-se integralmente as circunstâncias.

Em consequência, passo à nova dosimetria da pena.

Mantidos os critérios utilizados pela Corte local na primeira fase da dosimetria da pena, conforme consta da e-STJ fl. 51, com pena provisória de 1 ano e 2 meses de reclusão e 11 dias-multa, e compensadas integralmente a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, impõe-se a manutenção da pena no patamar supra, que se torna definitiva, pois ausentes causas de aumento ou diminuição.

Por fim, segue a fundamentação do acórdão quanto ao regime prisional (e-STJ fl. 53):

No mais, mantém-se o regime fechado para início de cumprimento da privativa de liberdade, consideradas a reincidência específica e circunstância judicial adversa anotadas, na hipótese indicando a completa ausência de absorção da terapêutica penal, a par de o fato indicar não ter o réu notado as consequências de seus atos, tanto que voltou a delinquir.

Dessa forma, na espécie, verifica-se que o regime prisional foi fixado com base na reincidência e nas circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada em patamar superior ao mínimo legal.

Em consequência, não obstante o paciente tenha sido condenado à pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis configuram fundamentos idôneos para o estabelecimento do regime inicial fechado, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, para reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e 11 dias-multa, mantido o regime inicial fechado.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0147256-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 327.779 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 14182013 20150000261230 30010193620138260292

EM MESA

JULGADO: 15/10/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PETERSON DANILO CASTOR (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.