



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.794 - SP (2012/0041358-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MURILO ALEXANDRE ALBUQUERQUE DA SILVA

EMENTA

PROCESSUAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCENTE. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO ALÉM DO FATOR DA REINCENTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME SEMI-ABERTO. RAZOABILIDADE. SÚMULA 269 STJ. (3) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCENTÊNCIA EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. INAPLICABILIDADE. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, APENAS QUANTO AO REGIME. CONFIRMADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Hipótese em que há flagrante constrangimento ilegal a ser sanado de ofício. Imposta pena inferior a 4 anos e favoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser aplicado o regime semiaberto ao acusado reincente. Súmula 269 do STJ.

3. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos haja vista a existência de óbice legal (art. 44, II, do Código Penal).

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente. Confirmada a liminar outrora deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, 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 Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 16 de abril de 2013(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.794 - SP (2012/0041358-9)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MURILO ALEXANDRE ALBUQUERQUE DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MURILO ALEXANDRE ALBUQUERQUE DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação nº 990.09.350951-2).

Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 171, *caput*, por duas vezes, c/c o art. 71, *caput*, ambos do Código Penal, à pena de 1 ano e 9 meses de reclusão, substituída por duas medidas restritivas de direitos, e 17 dias-multa. Colhe-se da sentença (fls. 17/18):

Passo à dosagem da pena:

Fixo a pena-base no mínimo legal, um ano de reclusão e dez dias-multa.

Incidem as agravantes relativas à idade da vítima e à dupla reincidência do agente (fls. 06 e 07 do apenso próprio), bem como a atenuante da confissão.

Assim, compenso uma das agravantes com a atenuante e majoro a reprimenda em face das agravantes remanescentes para um ano e seis meses de reclusão e quinze dias-multa.

Aplico o artigo 71 do Código Penal e majoro a reprimenda em 1/6, totalizando um ano e nove meses de reclusão e dezessete dias-multa, tornando-a definitiva na ausência de quaisquer outras circunstâncias a serem consideradas.

Mesmo em face da reincidência do agente, considerando-se que se trata de crime praticado sem violência ou grave ameaça, e, por entender que a substituição prevista no artigo 44 e seguintes do Código Penal é suficiente, nos termos do inciso III e parágrafo 3º do artigo 44, substituo a pena privativa de liberdade ora imposta por duas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade, à base de uma hora de serviço por dia de pena substituída, em entidade a ser indicada por ocasião da execução, e prestação pecuniária, no valor de dez dias-multa, calculados no piso legal.

Em caso de descumprimento da pena substitutiva e conversão em pena privativa de liberdade o regime inicial para cumprimento da pena será o semi-aberto, em face da reincidência do réu.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem negou provimento à apelação defensiva e deu parcial provimento ao recurso ministerial, a fim de cancelar a substituição da pena por restritivas de direitos, estipulando o regime fechado para o desconto da sanção, nestes termos (fls. 21/29):

3.2. Contudo, a dupla reincidência do acusado (condenações por falsidade ideológica e furto qualificado) impedia fosse a corporal substituída por restritivas de direitos, a teor do que dispõe o inciso II do artigo 44 do estatuto repressivo.

3.3. No tangente ao regime de cumprimento de pena, a recidiva torna de rigor o estabelecimento do fechado:

"O réu reincidente, apenado com reclusão, pouco importa o grau da pena privativa de liberdade, deverá iniciar o cumprimento pelo regime fechado. Infringência ao disposto no art. 33, § 2º, 'a', e 'c', do CP. Recurso provido" (STJ, Resp 84669/SP, 5ª Turma, Rei. Min. Felix Fischer, DJU 14.4.97).

4. Diante do exposto, meu voto:

a) nega provimento ao apelo de Murilo Alexandre Albuquerque da Silva;
b) acolhe parcialmente o interposto pela Justiça Pública a fim de cancelar a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, e também para estipular o regime fechado para desconto da corporal.

Mantém-se, no mais, a r. Decisão vergastada.

Intime-se. Comunique-se.

Expeça-se mandado de prisão.

A impetrante sustenta ser a hipótese de aplicação da Súmula nº 269 desta Corte, dada a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao réu reincidente, se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que ocorreu no caso.

Argumenta, ainda, ser possível a substituição da reprimenda, pois o paciente não é reincidente específico, nos termos do art. 44, § 3º, do Código Penal, tendo a Juíza entendido ser suficiente a medida restritiva.

Ressalta que o paciente teria cometido dois estelionatos, obtendo lucro insignificante de R\$ 263,00 e R\$ 30,00, tendo ressarcido os valores. Assim, se não reconhecida a atipicidade pela insignificância, deve ser ponderada a escassa reprovabilidade do delito.

Pugna, inclusive liminarmente, pela fixação do regime semiaberto, mantendo-se a substituição da reprimenda.

O pedido liminar foi deferido, às fls. 46/49, apenas para que o paciente inicie o desconto da reprimenda no regime semiaberto, até o julgamento do *writ* pela Turma.

Informações prestadas às fls. 63/80, 83/89 e 97/106.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Durval Tadeu Guimarães, pela concessão parcial da ordem (fls. 92/94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 234.794 - SP (2012/0041358-9)

EMENTA

PROCESSUAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCENTE. REGIME FECHADO. IMPOSIÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO ALÉM DO FATOR DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME SEMI-ABERTO. RAZOABILIDADE. SÚMULA 269 STJ. (3) SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. INAPLICABILIDADE. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, APENAS QUANTO AO REGIME. CONFIRMADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Hipótese em que há flagrante constrangimento ilegal a ser sanado de ofício. Imposta pena inferior a 4 anos e favoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser aplicado o regime semiaberto ao acusado reincidente. Súmula 269 do STJ.

3. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos haja vista a existência de óbice legal (art. 44, II, do Código Penal).

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente. Confirmada a liminar outrora deferida.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cuida-se, em verdade, de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial que, a rigor de técnica, e, em prestígio à lógica do sistema recursal, não deveria ser processado.

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Busca-se na impetração a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade e a substituição dessa por restritivas de direitos.

Colhe-se da sentença condenatória, no que interessa (fls. 17/18):

Passo à dosagem da pena:

Fixo a pena-base no mínimo legal, um ano de reclusão e dez dias-multa.

Incidem as agravantes relativas à idade da vítima e à dupla reincidência do agente (fls. 06 e 07 do apenso próprio), bem como a atenuante da confissão.

Assim, compenso uma das agravantes com a atenuante e majoro a reprimenda em face das agravantes remanescentes para um ano e seis meses de reclusão e quinze dias-multa.

Aplico o artigo 71 do Código Penal e majoro a reprimenda em 1/6, totalizando um ano e nove meses de reclusão e dezessete dias-multa, tornando-a definitiva na ausência de quaisquer outras circunstâncias a serem consideradas.

Mesmo em face da reincidência do agente, considerando-se que se trata de crime praticado sem violência ou grave ameaça, e, por entender que a substituição prevista no artigo 44 e seguintes do Código Penal é suficiente, nos termos do inciso III e parágrafo 3º do artigo 44, substituo a pena privativa de liberdade ora imposta por duas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade, à base de uma hora de serviço por dia de pena substituída, em entidade a ser indicada por ocasião da execução, e prestação pecuniária, no valor de dez dias-multa, calculados no piso legal.

Em caso de descumprimento da pena substitutiva e conversão em pena privativa de liberdade o regime inicial para cumprimento da pena será o semi-aberto, em face da reincidência do réu.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, no acórdão objurgado, assim se manifestou (fls. 21/29):

3.2. Contudo, a dupla reincidência do acusado (condenações por falsidade ideológica e furto qualificado) impedia fosse a corporal substituída por restritivas de direitos, a teor do que dispõe o inciso II do artigo 44 do estatuto repressivo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3.3. No tangente ao regime de cumprimento de pena, a recidiva torna de rigor o estabelecimento do fechado:

"O réu reincidente, apenado com reclusão, pouco importa o grau da pena privativa de liberdade, deverá iniciar o cumprimento pelo regime fechado. Infringência ao disposto no art. 33, § 2º, 'a', e 'c', do CP. Recurso provido" (STJ, Resp 84669/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 14.4.97).

4. Diante do exposto, meu voto:

a) nega provimento ao apelo de Murilo Alexandre Albuquerque da Silva;
b) acolhe parcialmente o interposto pela Justiça Pública a fim de cancelar a substituição da privativa de liberdade por restritivas de direitos, e também para estipular o regime fechado para desconto da corporal.

Mantém-se, no mais, a r. Decisão vergastada.

Intime-se. Comunique-se.

Expeça-se mandado de prisão.

A ordem deve ser concedida, de ofício, no que diz respeito ao regime de cumprimento de pena.

É de se ressaltar que, mesmo tendo sido imposta pena inferior a 4 anos e fixada a pena-base no seu patamar mínimo, o regime fixado para o início do seu cumprimento foi o regime fechado, com o único fundamento de ser o paciente reincidente.

Todavia, sendo a pena atribuída ao paciente de 1 ano e 9 meses de reclusão, o que lhe garantiria, não fosse reincidente, o cumprimento da pena em regime aberto, é razoável admitir que o regime aplicável seja, não o aberto, mas o semiaberto, segundo entendimento já cristalizado por esta Corte:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. PENA. INFERIOR A QUATRO ANOS. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. SEMI-ABERTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, 'c', do CÓDIGO PENAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 269/STJ.

1. Em se tratando de réu reincidente, afigura-se correta a fixação do regime semi-aberto para início de cumprimento da reprimenda corporal, se a pena aplicada for inferior ou igual a quatro anos e favoráveis as circunstâncias judiciais.

2. A respeito do tema, a Súmula nº 269 desta Corte estabelece: '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.'

3. Ordem denegada. (STJ, Sexta Turma, HC 105794/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, j. 21/08/2008, DJ de 08.09.2008.)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. REGIME INICIALMENTE FECHADO. GRAVIDADE DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. ORDEM CONCEDIDA PARA MODIFICAR O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O INICIAL SEMI-ABERTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A análise das circunstâncias judiciais serve, não só para a fixação da pena-base, mas, também, para a determinação do regime de cumprimento da reprimenda privativa de liberdade imposta, sendo que, reiteradamente, este Tribunal tem considerado que não se pode fixar regime mais rigoroso que o previsto para a quantidade de pena imposta.

2. Tratando-se de réu reincidente é vedada a imposição do regime aberto para o início do desconto de sua reprimenda.

3. Ordem concedida para modificar o regime de cumprimento de pena para o inicial semi-aberto. (STJ, Sexta Turma, HC 107849/MG, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), j. 01/07/2008, DJ de 12.08.20080.)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. TENTATIVA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. 'A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada' (Súmula 718/STF).

2. 'A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea' (Súmula 719/STF).

3. A gravidade do delito em abstrato não é causa suficiente para a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei (art. 33, § 2º, do Código Penal).

4. Na hipótese, verifica-se que o réu preenche as exigências constantes da Súmula 269/STJ, segundo a qual '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'.

5. Ordem concedida para fixar o regime semi-aberto para o início de cumprimento da pena imposta ao paciente. (STJ, Quinta Turma, HC 101276/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 28/05/2008, DJ de 04.08.2008.)

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. ESCALADA. INCIDÊNCIA DE QUALIFICADORA NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMI-ABERTO. SÚMULA Nº 269/STJ.

I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível sua realização, e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes (art. 159 do CPP), a prova testemunhal não supre sua ausência (Precedentes).

II - O réu reincidente, condenado a pena inferior a quatro anos e com circunstâncias judiciais favoráveis, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto, *ex vi* dos artigos 33 e 59 do Código Penal (Precedentes e Súmula 269/STJ). *Writ* concedido. (STJ, Quinta Turma, HC 96500/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, j. 28/05/2008, DJ de 18.08.2008.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se, aliás, de entendimento sumulado no âmbito desta Corte:

Súmula 269: "É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."

Entretanto, relativamente à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, note-se que o Tribunal, ao reformar a sentença, abordou a questão da substituição e a considerou inviável. Confira-se (fls. 21/29):

(...) Contudo, a dupla reincidência do acusado (condenações por falsidade ideológica e furto qualificado) impedia fosse a corporal substituída por restritivas de direitos, a teor do que dispõe o inciso II do artigo 44 do estatuto repressivo. (...)

Dessarte, vê-se que o paciente é reincidente em crimes contra o patrimônio, incidindo no caso o óbice para a substituição da pena reclusiva previsto no art. 44, II, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *writ*. **Concedo a ordem**, de ofício, confirmando a liminar deferida, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0041358-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 234.794 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3509511320098260000 50080690467 7402009 990093509512

EM MESA

JULGADO: 16/04/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIELA SINGER CARNEIRO DE ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MURILO ALEXANDRE ALBUQUERQUE DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

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 Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE).

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.