



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.639 - SP (2012/0064371-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : FRANCISCO CARLOS BUENO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO MARIANO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. PACIENTE REINCENTE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. VERBETE N. 269 DA SÚMULA STJ. INAPLICABILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– Para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador considerar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

– O reconhecimento da reincidência e a avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais relativas à conduta social, torna inviável a aplicação do enunciado n. 269 da Súmula do STJ, que estabelece que "*É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*".

Habeas corpus não conhecido.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 18 de abril de 2013(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.639 - SP (2012/0064371-2)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : FRANCISCO CARLOS BUENO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO MARIANO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de MARCO AURÉLIO MARIANO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o paciente foi denunciado e condenado pela prática do delito tipificado no art. 180, *caput*, do CP, à pena de 3 anos de reclusão a ser cumprida em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação que restou denegado pela Corte de origem.

No presente feito, alega que o paciente jamais se furtou ao chamado da Justiça, tampouco descumpriu as condições da liberdade provisória, circunstâncias reconhecidas nos autos do HCn. 1.221.933-3/2 impetrado na origem, em que foi garantido seu direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação. Sustenta ser inidônea a fundamentação que considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais. Por consequência, diz que faz jus ao cumprimento da pena em regime semiaberto, nos termos do enunciado da Súmula n. 269-STJ.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, permitindo ao paciente aguardar em liberdade vaga no regime adequado, expedindo-se o correspondente contramandado de prisão.

Informações prestadas às fls. 189-194.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

199-202).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 237.639 - SP (2012/0064371-2)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de 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.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, em observância ao princípio da ampla defesa e diante da plausibilidade jurídica da tese levantada pela defesa, passo à análise do pedido deduzido diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

A jurisprudência reiterada deste Tribunal é firme no sentido de que para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador considerar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c.c. art. 59, ambos do Código Penal.

Na hipótese dos autos, embora a pena tenha sido fixada em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a imposição do regime inicial fechado foi devidamente justificada, tendo as instâncias ordinárias reconhecido a presença de reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente, relativa à conduta social voltada à prática de crimes. Transcrevo, por oportuno os fundamentos do magistrado singular, mantidos pela Corte *a quo*:

As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código penal são desfavoráveis ao réu.

O acusado apresenta histórico de vida voltado à delinquência (cf. fls. 23/31, 45/47 e 61/62). Ostenta formal condenação, transitada em julgado, como incurso no artigo 132 do Código penal, decisão esta advinda da desclassificação em homicídio tentado (fls. 104). E a subsequente condenação por furto qualificado (fls. 52) evidencia que o agente optou pela delinquência patrimonial como fonte de subsistência.

Beneficiado com o instituto da liberdade provisória, tratou de se evadir, deixando prontamente o distrito da culpa, pelo que teve a revelia decretada e a benesse revogada.

Bem assim, reveste-se de gravidade seu escuso proceder ao recepcionar o auto furtado, o qual conduzia para ser desmanchado, instante em que foi preso. Na condição (no mínimo) de receptador do veículo contribuiu para alimentar a tentacular cadeia da criminalidade patrimonial organizada, cujos elos principais são o latrocínio, o roubo, o furto e ao final a receptação.

Portanto, a índole criminoso do agente e a periculosidade de seu escuso proceder, avesso aos padrões de sociabilidade, ficaram delineados



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo contexto probante.

Por conta dessas desfavoráveis circunstâncias, estabeleço para a receptação dolosa a pena-base de 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Inexistindo outras circunstâncias modificadoras, torno como definitiva a reprimenda supra.

Diante das desfavoráveis circunstâncias judiciais acima delineadas, do histórico de vida do agente, de sua personalidade afeta ao crime, de sua revelia e pelo fato de estar atualmente foragido da Justiça, concluo que o réu deverá iniciar o cumprimento da sanção corporal no regime fechado, ex vi o art. 33, § 3º, do CP, vedada a concessão dos substitutivos penais (CP, art. 44), do sursis (CP, art. 77) ou de demais benesses correlatas, as quais seriam insuficientes para a cabal reprovação do injusto penal, ficando vedada ainda a faculdade do apelo em liberdade.

Consigno que o estabelecimento do regime carcerário ao sentenciado não está adstrito somente à quantidade de pena aplicada. Sua eleição depende, outrossim, da avaliação e sopesamento pelo Juízo das circunstâncias aditadas pelo art. 59 do Código Penal (TACRIM-SP - Rev. Rel Riberito dos Santos - BMS 91/125), as quais se mostraram desfavoráveis ao acusado no caso sub judice. (fls. 58-59).

Assim, considerando a avaliação desfavorável das circunstâncias judiciais acima, torna-se inviável a aplicação do enunciado n. 269 da Súmula do STJ, que estabelece que "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES, QUE COMETEU O DELITO QUANDO SE ENCONTRAVA FORAGIDO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO, ALÉM DE REINCIDENTE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 269 DO STJ. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. ALEGADO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PREJUDICIALIDADE.

1. Tem-se por justificada a fixação de regime prisional fechado, em se considerando a existência de condições judiciais desfavoráveis – representadas pelos maus antecedentes do Paciente e pelo fato de ter sido cometido o delito quando o réu se encontrava foragido do sistema penitenciário –, bem como em virtude de sua reincidência.

2. Afasta-se a aplicação da Súmula n.º 269 deste STJ, pois a possibilidade de adoção do regime semiaberto para condenados reincidentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exige que as circunstâncias do art. 59 do Código Penal sejam todas favoráveis, o que não ocorreu no caso concreto. Precedentes.

3. Transitada em julgado a condenação, resta superada a análise da tese de falta de fundamentação para o indeferimento do direito de recorrer em liberdade.

4. Ordem de habeas corpus denegada. Prejudicado, no mais, o writ (HC 238.385/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 25.6.2012).

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO E CRIME DE DANO. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. PACIENTE REINCENTE ESPECÍFICO E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SÚMULA 269 DESTE STJ. NÃO APLICAÇÃO. MODO MAIS GRAVOSO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Não há constrangimento ilegal na manutenção do modo fechado de execução ao paciente reincidente específico quando, não obstante a pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, há circunstância judicial desfavorável - maus antecedentes -, elementos que indicam que o modo fechado para o início do desconto da sanção privativa de liberdade mostra-se o mais adequado para a prevenção e repressão do delito denunciado.

2. Somente quando favoráveis as circunstâncias judiciais é que há a possibilidade de fixação do regime semiaberto ao reincidente com pena inferior a 4 (quatro) anos. Exegese do Enunciado Sumular 269 deste STJ.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO SINGULAR. AVENTADA ILEGALIDADE. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE ESTADUAL NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INCOMPETÊNCIA E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO NESSA PARTE.

1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da questão referente à ilegalidade do indeferimento do benefício da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos, por incompetência deste Sodalício e sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância, tendo em vista que essa matéria não foi analisada pelo Tribunal impetrado quando do julgamento do aresto combatido.

3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado (HC 244.160/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 10.10.2012).

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. REINCENTÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS.

1. As circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes, consequências do crime e culpabilidade), somadas à reincidência, são suficientes para manter o regime inicial fechado, apesar da pena aplicada ser inferior a 4 anos de reclusão. Inaplicabilidade da Súmula 269/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *Ordem denegada* (HC 165.463/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 19.10.2011).

Cumpre considerar que, reconhecida pelas instâncias ordinárias a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a revisão do julgado importa em análise de matéria fático-probatória, inviável na estreita via do *habeas corpus*.

Diante do exposto, não conheço do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0064371-2

HC 237.639 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 13722007 2764116920088260000 50070756074 92764116920088260000 993080442479

EM MESA

JULGADO: 18/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **LINDÔRA MARIA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FRANCISCO CARLOS BUENO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCO AURELIO MARIANO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.