



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.782 - DF (2017/0034102-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WAGNER ARAÚJO DO NASCIMENTO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTAVA DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME SEMIABERTO. DESPROPORCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Precedentes.

3. *In casu*, não há se falar em duplo apenamento de uma mesma circunstância, pois restou consignado que o réu ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos, sendo certo que uma delas foi sopesada na primeira fase da dosimetria da pena à título de maus antecedentes, e a outra, por sua vez, ensejou o reconhecimento da reincidência e, por consectário, a exasperação da reprimenda na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

4. Hipótese na qual o decreto condenatório revela-se bastante benéfico ao réu, pois, malgrado tenha estabelecido sanção corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a pena-base foi exasperada a título de maus antecedentes, tendo, ainda, sido reconhecida a reincidência do paciente, e não haveria ilegalidade na fixação do meio prisional inicialmente fechado, nos moldes da Súmula 269 do STJ.

5. No que tange ao pleito subsidiário de conversão da pena corporal em restritiva de direitos, tal tema não foi objeto de cognição pela Corte de origem, já que não foi objeto de apelo, o que obsta a sua apreciação direta por este Superior Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.
6. *Writ* 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, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2017(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.782 - DF (2017/0034102-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WAGNER ARAÚJO DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, sem pedido de liminar, impetrado em favor de **WAGNER ARAÚJO DO NASCIMENTO**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 7 (sete) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, *caput*, c/c o art. 14, II, do Código Penal (e-STJ, fls. 12-15).

Irresignado, o réu interpôs apelação perante a Corte de origem, que restou parcialmente provida, tão somente para reduzir as penas a 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 5 (cinco) dias-multa, mantendo-se, no mais, o teor do decreto condenatório. Eis a ementa do acórdão:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO SIMPLES TENTADO. PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO FORTE E COESO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AGRAVAMENTO DA PENA DE MANEIRA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. . RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Autoria e materialidade satisfatoriamente demonstradas pelo conjunto probatório contido nos autos, a manutenção da condenação do réu/apelante pela prática do crime de roubo simples tentado é medida que se impõe.
2. A circunstância judicial dos antecedentes desfavorável impõe a exasperação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, tal aumento deve ser razoável e proporcional, cabendo à instância revisora decotar o excesso.
3. A agravante da reincidência específica justifica o aumento da pena em patamar superior ao que comumente se verifica em homenagem ao princípio da individualização da pena e da finalidade da prevenção especial.
5. Recurso conhecido e parcialmente provido" (e-STJ, fl. 130).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "tanto a sentença como o acórdão carecem de reparos, vez que a primeira utilizou-se da reincidência como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial, o que é proibido, já o acórdão manteve o regime semiaberto, para início do cumprimento da pena, também considerando a reincidência, fatores que contrariam a jurisprudência majoritária"; b) "o aumento de pena, para o delito de roubo tentado, somente deve ser aplicado em situações especialíssima, o que não é o caso"; c) "em ambas as decisões negou-se a substituição da reprimenda, sem que haja motivos claros" (e-STJ, fls. 1-7).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, com o fim de "decretar a anulação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

r. Acórdão e da r. Sentença para que seja "determinada nova dosimetria no sentido de reduzir a pena, estabelecendo o regime prisional aberto" ou, subsidiariamente, "proceda-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritivo de direitos" (e-STJ, fls. 8-9).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela sua denegação (e-STJ, fls. 34-41).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 388.782 - DF (2017/0034102-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : WAGNER ARAÚJO DO NASCIMENTO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE ROUBO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTAVA DUAS CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS. *BIS IN IDEM* NÃO EVIDENCIADO. REGIME SEMIABERTO. DESPROPORCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*. Precedentes.

3. *In casu*, não há se falar em duplo apenamento de uma mesma circunstância, pois restou consignado que o réu ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos, sendo certo que uma delas foi sopesada na primeira fase da dosimetria da pena à título de maus antecedentes, e a outra, por sua vez, ensejou o reconhecimento da reincidência e, por consectário, a exasperação da reprimenda na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

4. Hipótese na qual o decreto condenatório revela-se bastante benéfico ao réu, pois, malgrado tenha estabelecido sanção corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a pena-base foi exasperada a título de maus antecedentes, tendo, ainda, sido reconhecida a reincidência do paciente, e não haveria ilegalidade na fixação do meio prisional inicialmente fechado, nos moldes da Súmula 269 do STJ.

5. No que tange ao pleito subsidiário de conversão da pena corporal em restritiva de direitos, tal tema não foi objeto de cognição pela Corte de origem, já que não foi objeto de apelo, o que obsta a sua apreciação direta por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Writ* não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo a análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

O Magistrado de 1º grau, ao proceder à dosimetria da pena, consignou:

"[...] Atento ao princípio da individualização da pena, bem assim ao disposto no artigo 68 do Código Penal, passo a dosar a pena do sentenciado. Na primeira fase da dosimetria, verifico que a culpabilidade não excede o normal do tipo. O réu ostenta duas condenações com trânsito em julgado (fls. 38-46), sendo que uma será usada como reincidência e outra como Maus Antecedentes. Assim, valoro negativamente a incidência de fls. 38-40, por crime de homicídio tentado, nesta fase. Nada foi apurado em seu desfavor a título de conduta social ou personalidade. As circunstâncias e conseqüências são as normais do tipo. O motivo não foi apurado. O comportamento da vítima, segundo orientação jurisprudencial prevalecente, com a qual guardo reserva pessoal, entende que o comportamento da vítima só pode ser valorado em favor do acusado. Assim, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa. Na segunda fase da dosimetria da pena, não há circunstâncias atenuantes. Verifico, entretanto, a agravante da reincidência (fls. 45-46), específica em delito de roubo. Assim, exaspero a pena e fixo a reprimenda provisória em 6 (seis) anos de reclusão e 22 (vinte e dois) dias-multa. Na terceira fase, não há causas de aumento de pena. Verifico, entretanto, a existência da causa de diminuição referente à tentativa. Em razão da curta incursão no *iter criminis*, tendo o sentenciado apenas anunciado o assalto, reduzo a pena no patamar máximo de 2/3, ficando definitivamente fixada em 2 (dois) anos de reclusão e 7 (sete) dias-multa. O regime de cumprimento de pena, considerada a pena fixada e a reincidência, será o semiaberto. Em razão da reincidência, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem assim a suspensão condicional da pena." (e-STJ, fls. 13-15)

Por seu turno, o Colegiado *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo apenas para reduzir o *quantum* de aumento da pena-base pelos Maus Antecedentes, sem alteração do regime prisional de cumprimento da pena. Extraí-se do acórdão:

"Nota-se que na primeira fase da dosimetria da pena, foi considerada desfavorável ao réu a circunstância dos antecedentes (incidência de fl. 38/40), de modo que se exasperou a pena mínima de 4 (quatro) anos em mais 1 (um) ano totalizando 5 (cinco) anos de reclusão. A majoração da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena no patamar previsto na r. sentença, equivalente a 1/4 (um quarto) do mínimo legal, nas circunstâncias do caso em exame, revelou-se desproporcional, ensejando a sua redução pela metade, totalizando a pena nessa fase da dosimetria em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa.

Na segunda fase, a pena foi exasperada em mais 1 (um) ano de reclusão em razão da reincidência (incidência fl. 45). Nesse particular, por ser reincidência específica em crime de roubo, o aumento se mostra justificado como forma de se atender ao fim da prevenção especial da sanção penal, de maneira que a reprimenda deve totalizar 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa nessa fase.

Por último, em razão da tentativa, foi-se aplicada a fração máxima de redução da pena, isto é 2/3 (dois terços), de modo que não há o que ser alterado.

Assim torno definitiva a pena em 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto em virtude de reincidência, e 5 (cinco) dias-multa.

Forte nesses argumentos, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para reformar r. sentença somente no tocante à dosimetria da pena e fixar a reprimenda em 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto em virtude de reincidência, e 5 (cinco) dias-multa, calculado o valor unitário em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos" (e-STJ, fls. 21-22).

Como cediço, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Ademais, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 1 MÊS E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 25 DIAS-MULTA. PLEITO DE DECOTE, NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES DA PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES. QUATRO CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, TRÊS USADAS NA PRIMEIRA FASE E UMA, NA SEGUNDA FASE, A TÍTULO DE REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS AO PACIENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder reconhecíveis de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios.

3. A leitura da folha de antecedentes criminais do paciente revela a presença de quatro condenações definitivas por crimes contra o patrimônio, três delas utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para valorar os maus antecedentes, a personalidade negativa e a conduta social do paciente e uma delas, na segunda fase, a título de reincidência. A teor da jurisprudência desta Corte, inexistente qualquer constrangimento ilegal na valoração negativa na primeira fase, em razão da existência de condenações definitivas, diversas da utilizada, na segunda fase, como reincidência. Precedentes.

4. No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se que, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Restando apenas uma condenação definitiva, utilizada a título de reincidência no caso em tela, ainda que específica, entendo que deve a agravante do art. 61, I, do Código Penal ser compensada com a atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, 'd', do Estatuto Repressivo.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir as penas do paciente para 6 anos e 8 meses de reclusão e 20 dias-multa, mantida, no mais, a condenação" (HC 328.300/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 19/10/2015, grifou-se)

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DOSIMETRIA DA PENA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE ROUBO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. *BIS IN IDEM*. NÃO OCORRÊNCIA. ATENUANTE. CONFISSÃO PARCIAL. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poder ou teratologia.

2. A jurisprudência desta Eg. Corte Superior já se consolidou no sentido de que o delito de roubo consuma-se com a simples posse da coisa alheia móvel subtraída, ainda que por breves instantes, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima.

Prescindível, portanto, a posse tranquila do bem, obstada, muitas vezes, pela imediata perseguição policial ou por terceiro.

3. O acolhimento da tese defensiva que visa o afastamento da continuidade delitiva para fins de reconhecimento de crime único exigiria o reexame da prova referente ao preenchimento dos pressupostos constantes do art. 71 do Código Penal, o que demandaria o revolvimento do material fático-probatório, providência, como consabido, vedada em sede de habeas corpus.

4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é matemático o critério de majoração pela continuidade delitiva, proporcionalmente ao número de infrações cometidas. Precedentes.

5. **A existência de condenações anteriores, transitadas em julgado, pode justificar validamente a elevação da pena-base, no tocante aos maus antecedentes, conduta social e personalidade, na primeira fase, e na segunda fase, em razão da reincidência, desde que diferentes as condenações consideradas.**

6. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a confissão, ainda que parcial, deve ser considerada para atenuar a pena, quando utilizada para dar suporte à condenação.

7. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena do paciente Marcelo a 8 anos de reclusão e 17 dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado." (HC 167.757/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 23/11/2015, grifou-se)

Na hipótese, não há se falar em duplo apenamento de uma mesma circunstância, pois restou consignado que o réu ostentava duas condenações transitadas em julgado à época dos fatos, sendo certo que uma delas foi sopesada na primeira fase da dosimetria da pena à título de maus antecedentes, e a outra, por sua vez, ensejou o reconhecimento da reincidência e, por consectário, a exasperação da reprimenda na segunda etapa do procedimento dosimétrico.

Ademais, a impetrante afirma que o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, pois a fixação do regime semiaberto carece de fundamentação idônea, notadamente por ter a sentença estabelecido pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão.

Em verdade, o decreto condenatório revela-se bastante benéfico ao réu, pois, malgrado tenha estabelecido sanção corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a pena-base foi exasperada a título de maus antecedentes, tendo, ainda, sido reconhecida a reincidência do paciente, e não haveria ilegalidade na fixação do meio prisional inicialmente fechado, nos moldes da Súmula 269 do STJ.

A seguir, parcialmente, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CORRUPÇÃO ATIVA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. PACIENTE REINCIDENTE. NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA 269/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

- A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos de reclusão, se favoráveis as circunstâncias judiciais, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

- Na hipótese, apesar de o paciente ser reincidente, o que atrairia a aplicação do enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da valoração negativa de circunstâncias do art. 59 do Código Penal, o que afasta o referido enunciado sumular e constitui fundamentação idônea para a fixação do regime prisional mais gravoso.

- Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento."

(RHC 78.305/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017, grifou-se)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Não há como acolher o pedido da defesa para afastar o reconhecimento dos maus antecedentes. Primeiro porque o impetrante não trouxe elementos aptos para afastar as conclusões lá deduzidas e em segundo lugar porque o *habeas corpus* é via inapropriada para revisão da condenação do paciente, providência que demanda a análise aprofunda de todo o conjunto fático-probatório que instruiu os autos do processo-crime, o que não se coaduna com os estreitos limites da via eleita.

3. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal - CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.

4. **Embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, trata-se de paciente reincidente que ostenta circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, o autoriza a fixação do regime inicial fechado, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, não havendo falar, portanto, em flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso.**

Writ não conhecido."

(HC 358.663/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 28/11/2016, grifou-se)

Por derradeiro, no que tange ao pleito subsidiário de conversão da pena corporal em restritiva de direitos, tal tema não foi objeto de cognição pela Corte de origem, já que não foi objeto de apelo, o que obsta a sua apreciação direta por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

A fim de corroborar tal conclusão, trago à baila os seguintes precedentes:

"*HABEAS CORPUS*. (...) MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) 6. Inviável a análise, diretamente por este Superior Tribunal, de matérias não analisadas pela Corte de origem, sob pena de, assim o fazendo, incidir na indevida supressão de instância. 7. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 279.802/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2014, DJe 05/05/2014, grifou-se)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. (...) NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) NÃO CONHECIMENTO. 1. Se as apontadas nulidades no trâmite processual - informações anônimas, ausência de fundamentação para o recebimento da denúncia, revelia, vício na oitiva de testemunha e impropriedade no laudo pericial -, deixaram de ser questionadas e debatidas perante a Corte originária, não merece conhecimento o writ nestes pontos, sob pena de supressão de instância. Precedentes. (...) 7. Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta extensão, não provido." (RHC 42.294/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014, grifou-se)

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0034102-0

HC 388.782 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00178512720168070000 178512720168070000 20160110564689 56468916

EM MESA

JULGADO: 21/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: WAGNER ARAÚJO DO NASCIMENTO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.