



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.875 - DF (2011/0306076-6)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : LEONARDO GOMES DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PENA RECLUSIVA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS SUBJETIVOS. NÃO PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O inciso II, do artigo 44 do CP veda a concessão da substituição da pena corporal por penas alternativas aos réus reincidentes em crimes dolosos, como na hipótese dos autos.

2. Inviável acoimar de ilegal a decisão que indeferiu ao paciente a substituição de pena, pois, não obstante a quantidade de pena aplicada seja inferior a 4 (quatro) anos e as circunstâncias judiciais sejam favoráveis, trata-se de réu reincidente em crime doloso, restando descumprido um dos requisitos legais necessários à concessão da benesse.

PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA EM CRIME DOLOSO. SÚMULA 269/STJ. MODO INTERMEDIÁRIO JUSTIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Nos termos do enunciado sumular nº 269 desta Corte Superior, é adequada a imposição do modo semiaberto para o início da execução da reprimenda ao condenado reincidente, cuja pena tenha sido definitivamente fixada em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.

2. Inexiste constrangimento ilegal quando as instâncias ordinárias, ao escolherem o regime intermediário para o início de resgate da sanção reclusiva, atuaram nos moldes preconizados pela jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO LEGAL. ARTIGOS 33, § 2º, C, E 44, INCISO II, DO CP. *HABEAS CORPUS*. VIA INADEQUADA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES.

1. De acordo com o entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não é o meio adequado para a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo legal, devendo tal questão ser dirimida pela via processual adequada e perante o Tribunal competente, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da CF/88.

2. Ordem denegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.875 - DF (2011/0306076-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO : PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : LEONARDO GOMES DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado pela Defensoria Pública em favor de LEONARDO GOMES DOS SANTOS contra acórdão proferido pela 1ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que deu parcial provimento à Apelação Criminal n.º 2010.03.1.025603-4, interposta pela defesa, apenas para excluir a indenização fixada em favor da vítima, mantendo os demais termos da sentença que condenou o paciente à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal porquanto o regime inicial aberto e a substituição da pena privativa por restritivas de direitos teriam sido negados com fundamento apenas na reincidência do paciente, restando malferido o princípio da individualização da pena.

Argumenta que as instâncias ordinárias deveriam ter levado em consideração o fato da pena-base haver sido fixada no mínimo legal em razão da favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais.

Reclama que a reincidência já teria sido considerada na segunda fase da dosimetria e, assim, utilizá-la também como argumento para indeferir os benefícios pleiteados resultaria em indevido *bis in idem*, não obstante o disposto no art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Requeru, liminarmente, que o paciente fosse colocado em liberdade, e, no mérito, pugna pela fixação do regime inicial aberto para o resgate da reprimenda imposta e pela substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, postulando, para tanto, a declaração incidental da inconstitucionalidade dos artigos 33, § 2º, c, e 44, inciso II, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.875 - DF (2011/0306076-6)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Da análise dos autos verifica-se que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 180, *caput*, do Código Penal, porque, no dia 13-9-2010, foram encontradas em seu poder rodas que seriam objeto de crime, instaladas em veículo de sua propriedade (fls. 5).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento, apenas para reduzir a pena-base ao mínimo legal e para excluir a indenização fixada em favor da vítima, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Na sequência foram opostos embargos de declaração, que restaram parcialmente providos, sem efeitos infringentes, apenas para integrar o julgamento anterior, manifestando-se a Corte Estadual sobre os pleitos referentes ao abrandamento de regime de execução e à substituição da pena.

Relativamente à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o juiz sentenciante entendeu inviável proceder-se à permuta, pelo fundamento abaixo exposto:

Como o réu é reincidente em crime doloso e uma das circunstâncias judiciais foi negativamente valorada (antecedentes) não se pode cogitar de aplicação da pena substitutiva (art. 44, incisos II e III, do CP) (fls. 14)

A Corte impetrada, após dar parcial provimento ao apelo defensivo, houve por bem afastar os maus antecedentes reconhecidos em desfavor do réu, e, no julgamento dos embargos de declaração, assim se manifestou sobre o benefício pleiteado:

No que diz respeito à eventual substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, na forma do art. 44, do CP, inviável a pretendida substituição, uma vez que o acusado é reincidente em crime doloso (fl. 53), o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui óbice à medida despenalizadora, nos exatos e precisos termos do inciso II, do art. 44, do CP. Apenas a reincidência em crime culposo, desde que não se trate de reincidência no mesmo crime, e a medida se mostre socialmente adequada, permite, em tese, a substituição, com amparo no § 3º, do mesmo art. 44, do CP. (fls. 42)

Com efeito, dispõe o art. 44 do Estatuto Repressivo que, *verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (grifos nossos)

Ou seja, no que pertine à substituição da pena corporal por restritivas de direitos, o art. 44, inciso II, do Estatuto Repressor veda a concessão do benefício aos réus reincidentes em crimes dolosos, como na hipótese dos autos.

Desta forma, não se pode acoimar de ilegal o acórdão objurgado no ponto em que manteve o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ao paciente, pois, não obstante a quantidade de pena finalmente irrogada tenha sido inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e as circunstâncias judiciais sejam todas favoráveis, não se pode olvidar que deixou de ser preenchido o requisito previsto pelo art. 44, inciso II, do Código Penal, afinal, **trata-se de réu reincidente em crime doloso**, ao qual, conforme já esclarecido anteriormente, a teor do disposto no mencionado dispositivo legal, não pode ser concedida a referida benesse.

Nesse sentido, o seguinte julgado deste Superior Tribunal:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO. PLEITO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PENA IN CONCRETO FIXADA EM 01 ANO E 03 MESES. PRESCRIÇÃO EM 04 ANOS. LAPSO TEMPORAL NÃO TRANSCORRIDO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS.

1. Diante da reincidência apresentada pelo Réu, condenado por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

outro crime contra o patrimônio (art. 157, caput, do Código Penal), não há como ser substituída a pena privativa de liberdade, por ausência de preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Não se verifica a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva quando não há evidência nos autos de haver transcorrido o prazo fixado em lei, entre os marcos processuais interruptivos examinados (CP, art. 109, inciso V).

3. Na espécie, verifica-se que os fatos ocorreram em agosto de 2000 (fl. 25), tendo a denúncia sido recebida em 29/04/2004 (fl. 27), e a sentença condenatória sido publicada em 14/11/2007 (fl. 86) e, em 25/06/2008 (fl. 05), o acórdão que reduziu a pena em 03 meses, transitando em julgado a condenação em 22/12/2008 (fl. 86).

4. Ordem denegada.

(HC 156.650/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 14/10/2011)

Relativamente à aventada ilegalidade na imposição do regime inicial de execução da reprimenda, o juiz singular entendeu devida a fixação do modo inicialmente semiaberto, *"em razão dos mandamentos do artigo 33, § 2º, 'b' do CP"* (fls. 14).

A Corte impetrada, por sua vez, manteve o entendimento firmado na sentença, ressaltando que *"o acusado é reincidente, circunstância suficiente para justificar o agravamento do regime legal de pena do aberto para o semiaberto, conforme consignado na respeitável sentença de primeiro grau"* (fls. 42).

E, assim decidindo, não se pode considerar ilegal a sentença condenatória no ponto em que fixou o regime inicialmente intermediário de cumprimento de pena, nem do acórdão objurgado quando a manteve, pois, embora a reprimenda do paciente tenha sido definitivamente estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e as circunstâncias judiciais lhe sejam favoráveis, a reincidência em crime doloso é circunstância que, por si só, justifica a adoção de regime mais gravoso ao condenado do que aquele que seria indicado pela lei considerando-se apenas a quantidade de pena aplicada.

Desta forma, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado quanto ao ponto, pois, tendo sido fixado o regime inicial semiaberto para resgate da reprimenda, verifica-se que as instâncias ordinárias atuaram nos moldes preconizados pela jurisprudência e pelo enunciado sumular n.º 269 deste Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que: *"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reincidentes condenados a pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

Neste sentido, o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO. RÉU REINCIDENTE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO DE CUMPRIMENTO DE PENA. DESPROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO QUANTO A ESSE TOCANTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Ao condenado reincidente que teve consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, e cuja pena imposta foi inferior a quatro anos de reclusão, aplica-se o regime prisional semiaberto. Incidência da Súmula n.º 269 desta Corte.

2. Diante da reincidência apresentada pelo Réu, condenado por outro crime contra o patrimônio (roubo duplamente majorado), não há como ser substituída a pena privativa de liberdade, por ausência de preenchimento dos requisitos do art. 44 do Código Penal. Precedentes desta Corte.

3. Ordem parcialmente concedida, tão somente para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

(HC 224.968/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

Vale acentuar, por fim, quanto ao pedido de declaração da inconstitucionalidade dos artigos 33, § 2º, 'c', e 44, inciso II, ambos do Código Penal, que, de acordo com o entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça, o *habeas corpus* não é o meio adequado para a arguição de inconstitucionalidade de dispositivo legal, devendo tal questão ser dirimida pela via processual adequada e perante o Tribunal competente, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da CF/88.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SÚMULA 266 DO STF. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a sentença transitou em julgado e o impetrante não interpôs recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente revistos no ordenamento jurídico.

IV. O habeas corpus não é meio adequado para exame de constitucionalidade de lei ou instituto. Súmula nº 266 do Supremo Tribunal Federal.

V. Não deve ser conhecido o writ por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente revistos nas leis processuais.

VI. Ordem não conhecida, nos termos do voto do Relator.

(HC 195.423/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011)

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. PERÍCIA. LAUDO ASSINADO POR APENAS UM PERITO OFICIAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 41 DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não há empecilho ao uso do habeas corpus em casos em que se questiona a validade de laudo pericial que concluiu existirem indícios suficientes da materialidade do crime e fundamentou a condenação a despeito de ter sido extinta a pena privativa de liberdade, nos termos do art. 109 da Lei de Execução Penal.

2. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a exigência de realização de exame pericial por dois peritos era aplicável apenas aos casos de peritos leigos, sendo válido o laudo assinado por um único perito oficial.

3. A constitucionalidade do art. 41 da Lei nº 11.340 deve ser apreciada por aquele que é o Guardião da Constituição Federal, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Constituição Federal.

4. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça interpretar a lei federal e, tomada a questão sob essa perspectiva, não diviso nenhuma irregularidade no art. 41 da Lei nº 11.340/06 que, em meu sentir, visa, tão somente, dar cumprimento aos preceitos constitucionais, efetivando direitos fundamentais por meio do processo.

5. Ordem denegada.

(HC 139.256/RO, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 14/03/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, denega-se a ordem.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0306076-6

HC 228.875 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20100310256034

EM MESA

JULGADO: 20/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
ADVOGADO	: PAULO CHAGAS - DEFENSOR PÚBLICO E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE	: LEONARDO GOMES DOS SANTOS (PRESO)

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.