



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.544 - SP (2014/0303323-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : JOSE UBIRAJARA DE OLIVEIRA FONTES
ADVOGADO : JOSE UBIRAJARA OLIVEIRA FONTES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ALBERTO FIGUEIREDO DA COSTA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO. PENA CORPORAL DE 4 ANOS E 1 MÊS DE RECLUSÃO. REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. *BIS IN IDEM*. INOCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO QUE SE ALICERÇOU NA QUANTIDADE DA PENA E NA REINCIDÊNCIA DO PACIENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.,

– O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 453.000/RS, em que foi reconhecida a repercussão geral, decidiu que a circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal) não ofende os princípios constitucionais do *non bis in idem* e da individualização da pena.

– A fixação do regime prisional segue as regras do artigo 33 do Código Penal. A dosimetria da pena, por sua vez, respeita os critérios definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal. Assim, inexistente *bis in idem* quando a reincidência é utilizada para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria da pena, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso.

– Hipótese em que foi estabelecido o regime fechado de forma fundamentada, levando-se em conta o patamar da pena aplicada (superior a 4 anos) e reincidência do ora paciente, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.

– *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.544 - SP (2014/0303323-0)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : JOSE UBIRAJARA DE OLIVEIRA FONTES
ADVOGADO : JOSE UBIRAJARA OLIVEIRA FONTES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ALBERTO FIGUEIREDO DA COSTA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS ALBERTO FIGUEIREDO DA COSTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Revisão Criminal n. 0040874-42.2014.8.26.0000.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, às penas de 4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão, no regime fechado, e 12 (doze) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 180, § 1º, c/c o art. 71, do Código Penal (e-STJ fls. 7/16 e 17/19).

A defesa apelou, tendo o Tribunal de origem mantido íntegra a condenação, consoante acórdão acostado às e-STJ fls. 36/55.

Transitado em julgado o título condenatório, a defesa ingressou com pedido de revisão criminal. O Tribunal *a quo* indeferiu o pleito, em aresto assim ementado (e-STJ fl. 51):

"Revisão Criminal - Regime Prisional Fechado para Condenado Reincidente - Constitucionalidade do art. 33 do Código Penal."

Neste *writ*, alega a defesa que o reconhecimento da reincidência e seus efeitos contraria o princípio constitucional da individualização da pena.

Sustenta que a aplicação da reincidência, para agravar a pena, na segunda fase da dosimetria e, logo após, para fundamentar o regime prisional mais gravoso, configura o vedado *bis in idem*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, requer, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, uma vez que respondeu ao processo em liberdade. No mérito, pugna pela anulação do título condenatório ou, sucessivamente, pela fixação do regime semiaberto.

Pedido liminar indeferido (e-STJ fls. 58/59).

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 66/69).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.544 - SP (2014/0303323-0)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, 4ª Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora os impetrantes não tenham adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Como já consignado no relatório, busca a defesa a nulidade da condenação, por ofensa ao princípio da individualização da pena, ante o reconhecimento da reincidência. Sucessivamente, requer a modificação do regime de cumprimento de pena para o semiaberto, pois a reincidência, que fundamentou o regime mais gravoso, já foi utilizada para agravar a pena-base em 1/6.

De pronto, é de se destacar que o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 453.000/RS, em que foi reconhecida a repercussão geral, decidiu que a circunstância agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal) não ofende os princípios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionais do *non bis in idem* e da individualização da pena, consoante julgado que recebeu a seguinte ementa:

AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA – CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência (RE 453000, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013).

Seguindo o entendimento firmado pela Suprema Corte, assim vem se posicionando este Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO NO INÍCIO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. LEI ESPECIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NA LEI DE DROGAS. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF.

(...)

6. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE n. 453000 (Rel. Min. Marco Aurélio), em regime de repercussão geral, considerou constitucional a aplicação do instituto da reincidência como agravante da pena em processos criminais (DJe 3/10/2013).

7. Habeas corpus não conhecido. (HC 307.256/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 10/11/2015) - grifei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA DIVERSA. SÚMULA 444/STJ. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DA VÍTIMA. MAJORANTE SOBEJANTE. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZO EXPRESSIVO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. QUESTÃO DECIDA EM REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 PELA AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. AUMENTO NA TERCEIRA FASE PELAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE AGENTES SUPERIOR AO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da ausência de ilegalidade na aplicação da agravante da reincidência, prevista no art. 61, I, do Código Penal, não sendo de falar em inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal, em 4.4.2013, declarou que é constitucional a aplicação da reincidência como agravante da reprimenda, no tocante aos processos criminais. A matéria teve repercussão geral reconhecida no recurso (RE 732290, de relatoria do ministro Gilmar Mendes), tendo sido julgada no RE n.º 453000/RS, conforme Informativo n.º 700 da Suprema Corte. (HC 207.169/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 19/09/2013).

6. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o aumento da pena, na segunda fase da dosimetria, em patamar superior a 1/6 pela agravante da reincidência requer fundamento idôneo, não se prestando a tal o simples fato de se tratar de reincidência específica. Precedentes.

(...)

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 8 anos, 5 meses e 15 dias de reclusão e 21 dias-multa. (HC 176.983/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2015, DJe 23/09/2015) - grifei.

Assim, inexistente qualquer nulidade a ser reconhecida no caso em tela, pois a aplicação da reincidência operou-se em consonância ao regramento dado à matéria.

Quanto ao regime, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente.

Em decorrência, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula deste Tribunal, segundo o qual *"fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

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.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Vale destacar, ainda, que a jurisprudência desta Corte também firmou o entendimento de que *"é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"*, o que culminou na edição do enunciado n. 269 da Súmula do STJ.

No caso, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal e os acréscimos pela reincidência e pelo crime continuado também se deram nas frações mínimas. Contudo, o sentenciante fixou o regime fechado, com fulcro na reincidência do ora paciente (e-STJ fl. 15).

No julgamento do recurso de apelação, o regime fechado foi mantido pelo Tribunal de origem com base na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 48/49):

Por fim, a aplicação do regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda justifica-se por ser o réu reincidente porquanto atende ao critério da suficiência e reprovabilidade na apenação.

A reincidência indica que o réu, apesar de já ter cumprido pena anteriormente, insiste em manter-se avesso aos ditames da lei e aos padrões sociais, merecendo, assim, ser resguardada a ordem pública.

Ao julgar o pedido de revisão criminal, o voto condutor do acórdão assentou que (e-STJ fls. 53/54):

Primeiramente, urge ressaltar que o artigo 33 do Código Penal não padece de vício de inconstitucionalidade.

E não há qualquer afronta a dispositivos legais ou constitucionais a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinação de cumprimento da reprimenda em tela em regime fechado.

*Dispõe a letra "b" do par. 2º do art. 33 do Código Penal que "o **condenando não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto**" (grifei).*

*O par. 3º deste mesmo artigo reza que "a **determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código**".*

(...)

Conforme se verifica, a decisão, no que diz respeito à fixação de regime prisional, está bem fundamentada e em consonância com a lei vigente.

*A imposição de regime fechado a condenado reincidente, cuja pena é superior a 04 anos não é inconstitucional. Tanto que a Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "É **admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais**", o que não é o caso, eis que a pena imposta ao peticionário é superior a 04 anos (grifei).*

A defesa alega que houve o vedado *bis in idem* no caso, pois a reincidência foi utilizada para agravar a pena em 1/6, na segunda fase da dosimetria da pena, e, novamente, para fundamentar o regime mais gravoso.

Contudo, inexistente o alegado *bis in idem*, pois a fixação do regime prisional não se insere no âmbito da dosimetria da pena, cujos critérios são os definidos pelos arts. 59 e 68 do Código Penal, enquanto que o regime vem regulado pelo artigo 33 do mesmo diploma legal.

Por outro lado, inviável a alteração do regime prisional para o semiaberto, como pretendido pela defesa. Isto porque, na hipótese, considerando o patamar da pena definitiva de 4 anos e 1 mês de reclusão, que, em tese, comportaria o regime semiaberto, foi estabelecido o regime fechado de forma fundamentada, consoante se infere da leitura dos excertos acima transcritos, quando foram levados em conta o patamar da pena aplicada (superior a 4 anos) e reincidência do ora paciente, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nessa linha:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NÃO OCORRÊNCIA. MOMENTO CONSUMATIVO. PRESCINDIBILIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES. ADOÇÃO DA TEORIA DA AMOTIO. ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL. CONFISSÃO. ATENUANTE CONFIGURADA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

(...)

7. Sendo estabelecida pena acima de 4 (quatro) anos a réu reincidente, mesmo que favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, consoante dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento deve ser o fechado.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, reconhecida a violação ao artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, reduzir a pena para 5 (cinco) anos e 4 meses (quatro) de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no regime fechado, mantidos os demais termos da condenação. (HC 202.394/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo constrangimento ilegal a ser reconhecido de ofício por este Superior Tribunal de Justiça, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0303323-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 309544 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006094620108260482 00408744220148260000 20140000146097 20140000701162
408744220148260000 6094620108260482

EM MESA

JULGADO: 17/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE UBIRAJARA DE OLIVEIRA FONTES
ADVOGADO : JOSE UBIRAJARA OLIVEIRA FONTES E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ALBERTO FIGUEIREDO DA COSTA (PRESO)
CORRÉU : AGNALDO BORGES FERREIRA

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 Ribeiro Dantas, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.