



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 487.325 - SP (2018/0347172-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : LUIZ AUGUSTO DA SILVA E OUTRO  
**ADVOGADOS** : LUIZ AUGUSTO DA SILVA - SP375325  
ARLEY DE ASSIS LOPES - SP375195  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : BRUNO DA SILVA TIRONI

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **REINCIDÊNCIA**. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44, INC. II, CP). **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

III - Para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos, **o que não se verifica na hipótese dos autos**.

IV - A presença de reincidência, reconhecido na condenação, não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento de requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.

**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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 487.325 - SP (2018/0347172-5)**

IMPETRANTE : LUIZ AUGUSTO DA SILVA E OUTRO

ADVOGADOS : LUIZ AUGUSTO DA SILVA - SP375325  
ARLEY DE ASSIS LOPES - SP375195

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : BRUNO DA SILVA TIRONI

### RELATÓRIO

**EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de BRUNO DA SILVA TIRONI, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0001822-71.2017.8.26.0408.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 9 (nove) meses de detenção, em regime semiaberto, mais pagamento de 15 (quinze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 306, **caput**, do Código de Trânsito Brasileiro (fls. 41-45).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

*"APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE - Absolvição. Impossibilidade. Provas testemunhal e pericial. Etilômetro. APELO DESPROVIDO" (fl. 16).*

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 49-51.

Informações prestadas às fls. 55-56.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, às fls. 91-95, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR EM ESTADO DE EMBRIAGUÊS. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL CARCERÁRIO. A CONDIÇÃO DE REINCIDENTE DO PACIENTE AUTORIZA A IMPOSIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CP. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT, E, CASO CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 91).*

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 487.325 - SP (2018/0347172-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**IMPETRANTE** : LUIZ AUGUSTO DA SILVA E OUTRO  
**ADVOGADOS** : LUIZ AUGUSTO DA SILVA - SP375325  
ARLEY DE ASSIS LOPES - SP375195  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : BRUNO DA SILVA TIRONI

### EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**  
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO  
CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.  
SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.  
IMPOSSIBILIDADE. **REINCIDÊNCIA.**  
REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS (ART. 44,  
INC. II, CP). **WRIT NÃO CONHECIDO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1º/8/2017).

III - Para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos, **o que não se verifica na hipótese dos autos.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - A presença de reincidência, reconhecido na condenação, não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento de requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.

**Habeas corpus** não conhecido.

### VOTO

**EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

**Como relatado**, busca-se na presente impetração a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que a *“dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs a r. sentença, **ratificada pelo v. acórdão impugnado**, sobre dosimetria da pena do paciente, notadamente no que diz respeito a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos:

***"Tratando-se de réu reincidente, inviável a substituição da pena privativa***



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de liberdade por pena restritiva de direitos, porque não preenchido o requisito do **artigo 44, inciso II, do Código Penal**, bem como inviável ainda a suspensão condicional do cumprimento da pena, porque não preenchido o requisito do artigo 77, inciso I, também do Código Penal.

Ainda por se tratar de réu reincidente, fixo o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, nos termos determinados pelo artigo 33, § 2º, letra c, do Código Penal, a contrário senso" (fl. 44, grifei).

**Inicialmente**, destaco os termos do art. 44, do Código Penal, que trata da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, **in 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 4 (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" (grifei).*

Constata-se do dispositivo supra mencionado que, para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos, **o que não se verifica na hipótese dos autos.**

De fato, a **reincidência** do paciente, reconhecido na condenação, não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento de requisito subjetivo previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.

Nesse sentido:

**"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

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. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Hipótese em que a ausência de emprego lícito e de considerações genéricas acerca da gravidade abstrata do delito não são dados idôneos para se inferir a habitualidade delitiva do paciente, sobretudo quando certificada a sua primariedade e os seus bons antecedentes, razão pela qual cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

**4. Aplicada a sanção corporal em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa das circunstâncias judiciais (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).**

5. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 167 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 440.706/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 03/09/2018, grifei).

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0347172-5

**HC 487.325 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00018227120178260408 18227120178260408 915118

EM MESA

JULGADO: 26/02/2019

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### **AUTUAÇÃO**

|            |                                                                       |
|------------|-----------------------------------------------------------------------|
| IMPETRANTE | : LUIZ AUGUSTO DA SILVA E OUTRO                                       |
| ADVOGADOS  | : LUIZ AUGUSTO DA SILVA - SP375325<br>ARLEY DE ASSIS LOPES - SP375195 |
| IMPETRADO  | : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO                          |
| PACIENTE   | : BRUNO DA SILVA TIRONI                                               |

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Trânsito

#### **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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.