



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.100 - SP (2018/0192800-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **SHIRO NARUSE E OUTRO**
ADVOGADOS : **MIYOSHI NARUSE - SP078083**
: **SHIRO NARUSE - SP252325**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ROBERTO SOUZA DA SILVA**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. **DOSIMETRIA**. ANOTAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM APURAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP). **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - Nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure **reincidência**, enseja a valoração negativa da **circunstância judicial dos antecedentes**, justificando a exasperação da pena-base.

IV - O posicionamento adotado pela instâncias ordinárias não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois só será tido como **reincidente** o agente que praticar novo crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida por ocasião de delito anterior, consoante prescreve o art. 63 do Código Penal.

V - Quanto ao regime prisional, a presença de **maus antecedentes** (anotação por fato anterior com trânsito em julgado posterior ao presente processo) indica que o regime o **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda no presente caso, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - Inviável o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da falta de requisitos para concessão da benesse (**maus antecedentes**), nos termos **do art. 44, inciso III, do Código Penal**.

Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para** redimensionar a pena do paciente para **3 (três) anos de reclusão** e fixar o regime **semiaberto** para resgate da pena, mais pagamento de **10 (dez) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

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 e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de setembro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.100 - SP (2018/0192800-7)

IMPETRANTE : SHIRO NARUSE E OUTRO

ADVOGADOS : MIYOSHI NARUSE - SP078083
SHIRO NARUSE - SP252325

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ROBERTO SOUZA DA SILVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de ROBERTO SOUZA DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0054532-22.2010.8.26.0050.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 16, **caput**, da Lei n. 10.826/03 (fls. 25-27).

Irresignada, 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:

"Penal. Lei nº 10.826/03, art. 16. Crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada, suprimida ou adulterada. Crime que se tipifica mesmo sendo de uso permitido a arma de fogo, posto que o crime em questão é autônomo. Condenação criminal imposta em primeira instância. Defesa apela em busca da absolvição. Impossibilidade. A prova é segura da autoria. Os policiais confirmaram a apreensão do revólver em poder do acusado. O laudo Pericial atestou a potencialidade lesiva do instrumento. Condenação mantida. Penas aplicadas nos mínimos legais, sendo acrescidas de aumento pela comprovada reincidência. Recurso desprovido" (fl. 41).

Dai o presente **writ**, onde o impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal no reconhecimento da circunstância agravante da reincidência.

Para tanto, sustenta, que *"Conforme se verifica na Certidão e Objeto e Pé expedido pela 5ª Vara do Júri, o qual foi encartado como sendo documento de nº 07, o*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

transito em julgado desta sentença condenatória se deu na data do dia 25 de outubro do ano de 2010. Portanto, o transito em julgado se deu depois da pratica deste novo crime, não podendo deste modo ter sido considerado reincidente" (fl. 5).

Menciona, também, que "O artigo 63, do Código Penal é expresso em dizer que é reincidente somente aqueles que vierem praticar novo crime depois de existir sentença condenatória com o seu transito em julgado" (fl. 5).

Afirma, por isso, que "Considerado equivocadamente reincidente, sua pena foi exasperado em 06 meses acima do mínimo legal, quando deveria ser aplicado o mínimo legal, ou seja, em 03 anos, uma vez que não foi reconhecido e nem declarado os maus antecedentes nem na Sentença e nem no Acórdão proferido pela Colenda 9ª Câmara de Direito Criminal" (fl. 5).

Assevera, ademais, que "E pelo mesmo motivo, ou seja, pela mesma agravante, foi imposto o regime inicial o fechado, quando deveria ser aplicado o regime aberto, com fundamento no artigo 33, § 2º, alínea "c", do Código Penal. E tecnicamente primário, deveria a pena privativa de liberdade ser substituída pela restritiva de direito, conforme está disposto no artigo 44, do Código Penal. Verifica-se no Acórdão que não foi concedida esta substituição em razão da reincidência reconhecida equivocadamente, um dos requisitos impeditivos, o qual está previsto no artigo 44, inciso II, do Código Penal" (fl. 5).

Requer, assim, a concessão da ordem para anular o v. acórdão impugnado, uma vez que contrariou o disposto no art. 63, do Código Penal, trazendo prejuízos ao paciente e inegável constrangimento ilegal.

*O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 56-59.*

Informações prestadas às fls. 66-67.

*O Ministério Público Federal, às fls. 82-86, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. OFENSA AO ARTIGO 63 DO CP. RÉU TECNICAMENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO REINCIDENTE. CRIME COMETIDO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELA PRÁTICA DE OUTRO CRIME ANTERIOR. INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.

– 1ª Preliminar: *não conhecimento de habeas corpus originário, substitutivo de recurso ordinário/especial.*

– 2ª Preliminar: *conhecimento de ofício; impossibilidade, ausência de competência.*

– Precedentes: *STJ (HC 245.731/MS; HC nº 248.757/SP).*

- *Parecer, em preliminar, pelo não conhecimento deste habeas corpus" (fl. 82).*

É o breve relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 462.100 - SP (2018/0192800-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : SHIRO NARUSE E OUTRO
ADVOGADOS : MIYOSHI NARUSE - SP078083
SHIRO NARUSE - SP252325
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO SOUZA DA SILVA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. **DOSIMETRIA**. ANOTAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM APURAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS (**ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP**). **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

III - Nos termos da jurisprudência desta Corte, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure **reincidência**, enseja a valoração negativa da **circunstância judicial dos antecedentes**, justificando a exasperação da pena-base.

IV - O posicionamento adotado pela instâncias ordinárias não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois só será tido como **reincidente** o agente que praticar novo crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida por ocasião de delito anterior, consoante prescreve o art. 63 do Código Penal.

V - Quanto ao regime prisional, a presença de **maus antecedentes** (anotação por fato anterior com trânsito em julgado posterior ao presente processo) indica que o regime o **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda no presente caso, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal**.

VI - Inviável o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da falta de requisitos para concessão da benesse (**maus antecedentes**), nos termos **do art. 44, inciso III, do Código Penal**.

Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício para** redimensionar a pena do paciente para **3 (três) anos de reclusão** e fixar o regime **semiaberto** para resgate da pena, mais pagamento de **10 (dez) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possível a concessão da ordem de ofício.

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

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, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos da r. sentença condenatória, sobre o tema:

"Passo a dosar a pena.

Fixo a pena-base no mínimo legal, de 3 (três) anos de reclusão.

Aumento-a em razão da reincidência, chegando à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Não há causas de aumento ou de diminuição a serem apreciadas.

O regime inicial de cumprimento da pena deverá ser o fechado, em razão da reincidência.

O acusado não faz jus à substituição por pena restritiva de direitos, pois sua vida pregressa demonstra que tal substituição seria insuficiente.

No que tange à pena de multa, fixo-a no mínimo legal, em 10 (dez) dias-multa, cada um no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do réu.

Aumento-a em razão da reincidência, chegando à pena de 11 (onze) dias-multa, cada um no valor unitário mínimo, em razão da situação econômica do réu.

Não há causas de aumento ou de diminuição a serem apreciadas.

Posto isto, ABSOLVO TACIO EDUARDO DA SILVA MENDES, qualificado nos autos, da imputação contida no artigo 16, "caput", da Lei 10.826/03, com fundamento no artigo 386, V, do Código de Processo Penal e CONDENO ROBERTO SOUZA DA SILVA, qualificado nos autos, como incurso no artigo 16, "caput", da Lei 10.826/03, e, em consequência, aplico-lhe a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado e aplico-lhe a pena pecuniária de 11 (onze) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Considerando que compareceu aos atos processuais, poderá apelar em liberdade.

Após o trânsito em julgado lance-se-lhe o nome no rol dos culpados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

P.R.I.C" (fls. 26-27, grifei).

O eg. Tribunal de origem, **por sua vez**, manteve a anotação criminal ostentada pelo paciente como reincidência, nos seguintes termos:

"As penas não merecem redução. É comprovadamente reincidente (fls. 97-98), o que justifica o aumento incidente na 2ª fase da dosimetria. Possui condenação anterior por homicídio qualificado tentado.

Mantenho o regime inicial fechado, porquanto a reincidência se dá por crime doloso gravíssimo.

Referida agravante impede a aplicação de penas alternativas. Nada há, assim, a reparar na r. decisão recorrida" (fls. 46-47, grifei).

Na hipótese, verifica-se na certidão de objeto e pé emitida pelo Fórum Central Criminal do 5º Tribunal do Júri da Comarca de São Paulo que o trânsito em julgado para partes, relativo ao delito de homicídio qualificado tentado, ocorreu em **25/10/2010 (fl. 28)**, ou seja, em data posterior ao cometimento do crime em análise, qual seja, 18/07/2010 (fls. 18-19).

Desse modo, nos termos da jurisprudência desta Corte, a condenação por crime anterior à prática delitiva, com trânsito em julgado posterior à data do crime sob apuração, malgrado não configure **reincidência**, enseja a valoração negativa da **circunstância judicial dos antecedentes**, justificando a exasperação da pena-base.

Quanto ao tema, trago à colação os seguintes precedentes:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MOEDA FALSA. BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO RÉU. ATIPICIDADE POR IMPROPRIEDADE DO OBJETO (FALSIFICAÇÃO GROSSEIRA). VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO ORA EXAMINADO, DIZ RESPEITO AOS ANTECEDENTES DO RÉU E PODE JUSTIFICAR AUMENTO NA PENA-BASE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação de domicílio quando esta é precedida de autorização do morador, independentemente de que tal haja ocorrido no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

período noturno. Precedente.

2. A análise da alegada impropriedade do objeto (falsificação grosseira) implica reexame fático-probatório dos autos, vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ 3. A matéria relativa à desclassificação da conduta para aquela do art. 289, § 2º, do Código Penal não foi prequestionada. Súmula n. 282 do STF.

4. A condenação definitiva por fato anterior ao crime da denúncia, mas com trânsito em julgado posterior, pode ensejar aumento na pena-base. Precedente.

5. A avaliação desfavorável de circunstâncias judiciais pode inviabilizar a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Precedente.

6. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 769.785/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 15/12/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FALSIFICAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE CONFIGURADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. SÚMULA 444/STJ. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES COM BASE EM CONDENAÇÃO JÁ ATINGIDA PELO PRAZO DEPURADOR DE 5 ANOS. NÃO OCORRÊNCIA. COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO E MULTIRREINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO PARCIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU REINCIDENTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. 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 - O trancamento da ação penal por falta de justa causa somente é possível quando se constata, prima facie, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, hipóteses não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrentes na espécie. III - É típica a conduta de alterar placa de veículo automotor, mediante a colocação de fita adesiva, conforme ocorreu na espécie dos autos, na qual não se pode dizer que a falsificação foi grosseira. Precedentes.

IV - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado no curso do feito que apura a prática delitiva, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, para exasperação da pena-base. Precedentes.

V - Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto.

VI - Tratando-se de sentenciado com duas condenações transitadas em julgado, mostra-se possível promover a compensação parcial entre a confissão e a multirreincidência.

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 392.220/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 31/10/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL COM FUNDAMENTO NOS MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME OBJETO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE.

1. Restam configurados os maus antecedentes sempre que, na data da sentença, o acusado registre condenação definitiva por delito anterior, independentemente do momento do seu trânsito em julgado, se anterior ou posterior ao crime em análise.

2. Nos termos da jurisprudência firmada no STJ, a exigência de que o trânsito em julgado da condenação anterior preceda a prática do delito atual se aplica apenas para a caracterização da reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal.

3. Na espécie, a certidão de antecedentes da paciente registra, condenação definitiva por fato anterior ao crime examinado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

neste feito, o que permite a valoração negativa de seus antecedentes.

*[...]" (HC n. 378.302/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 24/8/2017, grifei).*

Ademais, o posicionamento adotado pela instâncias ordinárias não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois só será tido como **reincidente** o agente que praticar novo crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida por ocasião de delito anterior, consoante prescreve o art. 63 do Código Penal:

"Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior."

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT. DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS. REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]"

III - A circunstância agravante da reincidência está configurada sempre que o agente cometer novo crime depois do trânsito em julgado de sentença que o tenha condenado por crime anterior. Inteligência do art. 63, do Código Penal.

[...]"

VI - Em decorrência do quantum da pena do paciente, não há falar em possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que, na presente hipótese, não estão preenchidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal.

*Habeas corpus não conhecido" (HC n. 391.353/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 25/05/2017, grifei).*

"PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGOS 168, § 1º, III, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA POSTERIORMENTE AOS FATOS EM APURAÇÃO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. TEMA NÃO SUSCITADO/ENFRENTADO PELA CORTE LOCAL. CIRCUNSTÂNCIA PESSOAL PREVISTA NO § 1º DO ART. 168 DO CP. INCOMUNICABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Nos termos do artigo 63 do Código Penal, a caracterização da reincidência é necessário que o agente cometa novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior.

[...]

6. Diante do redimensionamento da pena do paciente, apura-se o transcurso do lapso prescricional, fato que exige o reconhecimento da extinção da punibilidade

7. Ordem concedida, para declarar extinta a punibilidade dada a prescrição punitiva estatal" (HC n. 385.475/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 16/03/2017, grifei).

Desse modo, o afastamento da anotação criminal, considerada pelas instâncias ordinárias como reincidência, é medida que se impõe.

Passo ao exame da dosimetria da pena:

Na primeira fase, mantenho a pena fixada no mínimo legal de 3 (três) anos de reclusão. **Na segunda etapa**, ausente circunstância atenuante e agravante, mantenho a pena provisoriamente estabelecida no patamar anteriormente fixado. **No último estágio**, à mingua de causas de aumento ou diminuição, fica a pena estabelecida definitivamente em **3 (três) anos de reclusão, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa.**

Quanto ao regime prisional, a presença de **maus antecedentes** (anotação por fato anterior com trânsito em julgado posterior ao presente processo) indica que o regime **semiaberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda no presente caso, nos termos do **art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.**

Por fim, inviável o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da falta de requisitos para concessão da benesse (**maus antecedentes**), nos termos **do art. 44, inciso III, do Código Penal.**

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para redimensionar a pena do paciente para **3 (três) anos de reclusão** e fixar o regime **semiaberto** para resgate da pena, mais pagamento de **10 (dez) dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0192800-7

HC 462.100 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00545322220108260050 050100545327 20170000096325 50100545327
545322220108260050

EM MESA

JULGADO: 25/09/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : SHIRO NARUSE E OUTRO
ADVOGADOS : MIYOSHI NARUSE - SP078083
SHIRO NARUSE - SP252325
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBERTO SOUZA DA SILVA
CORRÉU : TACIO EDUARDO DA SILVA MENDES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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