



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.844 - SP (2015/0138260-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO PINHEIRO DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ADRIANO PINHEIRO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL FECHADO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O reexame da dosimetria da pena em sede de *mandamus* somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade. Precedentes.

3. A sentença de primeiro grau, referindo-se a "antecedentes desfavoráveis", aumentou a pena base em 1/6, o que foi mantido pelo Tribunal de Justiça, o qual, por sua vez, mencionou "condenação penal definitiva anterior pela prática do crime de furto" (Ação Penal n. 1.071/2003), o que permite a exasperação da pena-base acima do mínimo legal em razão dos maus antecedentes.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça reputam legítima a imposição de regime prisional mais gravoso quando fundamentada nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal.

5. *Habeas corpus* 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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 17 de novembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.844 - SP (2015/0138260-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio com pedido liminar impetrado em favor de ADRIANO PINHEIRO DA SILVA, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, I, c/c o art. 61, II, "h", ambos do Código Penal, à pena de reclusão de 6 anos, 2 meses e 20 dias, a ser cumprida, inicialmente, no regime fechado, e ao pagamento de 14 dias-multa (fls. 21/24).

Interposta apelação, o Tribunal de origem manteve a sentença condenatória (fls. 25/30).

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta a existência de constrangimento ilegal na fixação da pena, ao argumento de que a agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código Penal foi reconhecida apenas com base na qualificação extrajudicial da vítima, sem qualquer documento oficial hábil a comprovar a sua data de nascimento. Sustenta, ainda, a necessidade de valorar a confissão espontânea e o estabelecimento do regime prisional menos gravoso.

Alega que o Tribunal de Justiça modificou a fundamentação da sentença e considerou o paciente reincidente, em recurso exclusivo do réu, o que caracteriza indevida *reformatio in pejus*.

Acrescenta que, à luz do art. 64, I, do CP, não seria possível considerar condenação anterior como reincidência, porquanto transitada em julgado há mais de 5 anos (fl. 6).

Liminar indeferida às fls. 33/34.

O Ministério Público Federal opina pelo parcial conhecimento do *habeas corpus*, mas por sua denegação (fls. 43/47).

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

HABEAS CORPUS Nº 326.844 - SP (2015/0138260-8)

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Deve-se aferir, portanto, a existência de constrangimento ilegal para verificar a possibilidade de concessão, de ofício, da ordem.

Por ocasião da sentença condenatória, o magistrado de primeiro grau decidiu o seguinte (fls. 23/24):

Em vista do que dispõe o artigo 59 do Código Penal, importa considerar que, no caso concreto, o réu ostenta antecedentes desfavoráveis (certidão de fls. 14 do apenso próprio), pelo que fixo a pena base um sexto acima do mínimo legal, resultando em quatro anos e oito meses de reclusão e onze dias multa, no valor unitário mínimo legal. Na segunda fase da fixação da pena, importa assinalar que, sopesadas a circunstância agravante prevista no artigo 61, II, "h" do Código Penal com a confissão, mantenho a pena base tal como originariamente fixada. Incidente, por fim, a causas de aumento capitulada no parágrafo 2º, I, do artigo 157 do Código Penal, impõe-se a majoração da reprimenda em um terço, resultando em seis anos, dois meses e vinte dias reclusão e quatorze dias multa, no valor unitário mínimo legal, à míngua de elementos acerca da capacidade econômica do réu, a qual torno definitiva.

3. Neste contexto, julgo procedente a denúncia, para CONDENAR o réu ADRIANO PINHEIRO DA SILVA, qualificado nos autos, à pena de seis anos, dois meses e vinte dias reclusão e quatorze dias multa, no valor unitário mínimo legal, por incurso artigo 157, parágrafo 2º, I, c.c. artigo 61, II, alínea h, ambos do Código Penal.

À vista do que estabelece o artigo 33, parágrafos 2º e 3º, c.c. artigo 59, ambos do Código Penal, o regime inicial para cumprimento da pena é o fechado, único que se revela adequado e suficiente para a repressão do delito e prevenção de novas práticas, tendo em vista que o réu ostenta antecedentes desfavoráveis (certidão de fls. 14 dos autos apensados). Nada há a prover nos termos do que dispõe o parágrafo 2º do artigo 387 do Código de Processo Penal, tendo em vista que não foi perfeito, na hipótese dos autos, o prazo de 1/6 para a progressão de regime.

Ao decidir o recurso da defesa, o Tribunal de Justiça consignou e decidiu (fl. 28):

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que, nas condições de tempo e lugar descritas na inicial, o apelante, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma branca (uma faca), subtraiu, para si, uma bolsa contendo documentos pessoais e a quantia em dinheiro de 883,00 (oitocentos e oitenta e três reais), pertencente à vítima T.Y., maior de 78 (setenta e oito anos) de idade.

[...]

No que tange à qualificação jurídica da conduta do apelante, em conformidade com a prova já analisada, não há dúvida de que se trata de roubo consumado, praticado mediante emprego de arma contra vítima maior de 60 (sessenta) anos.

A qualificação da vítima realizada na fase extrajudicial é suficiente para o reconhecimento da agravante prevista no art. 61, II, "h", do Cód. Penal (vítima maior de 60 anos).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Quanto à dosimetria das penas, não comporta reparo.

As penas-bases foram adequadamente majoradas em 1/6 (um sexto) em razão da existência de condenação penal definitiva anterior pela prática do crime de furto (fls. 14, apenso), considerada como antecedente criminal.

A seguir, a agravante prevista no art. 61, II, "h", do Cód. Penal, foi compensada com a atenuante da confissão.

O aumento de 1/3 (um terço), em razão do emprego de arma, cujo reconhecimento, como já anotado, era de rigor, apresenta-se como compatível com o caso em tela.

Por derradeiro, o regime prisional inicial fechado é o compatível com o presente caso, dadas as concretas circunstâncias da prática do roubo contra pessoa idosa, bem como das condições pessoais desfavoráveis do réu, que é reincidente.

Face ao exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

Pois bem.

Consigne-se, de início, que a qualificação da vítima perante as autoridades policiais é suficiente para o reconhecimento da hipótese de aplicação da agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código Penal (v.g.: HC n. 302.098/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, DJe 23/10/2015).

Não obstante, observa-se que houve compensação da agravante prevista no art. 61, II, "h", do Código Penal com a atenuante da confissão espontânea do art. 65, III, "d", do Código Penal.

De outro lado, não houve *reformatio in pejus*.

A sentença de primeiro grau, referindo-se a "antecedentes desfavoráveis" da fl. 14, aumentou a pena-base em 1/6, o que foi mantido pelo Tribunal de Justiça, o qual, por sua vez, mencionou "condenação penal definitiva anterior pela prática do crime de furto" (Ação Penal n. 1.071/2003).

Não houve conclusão pela configuração da reincidência, mas verificação da existência de maus antecedentes, o que também permite a exasperação da pena-base acima do mínimo legal.

A respeito:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE.

1. Condenação criminal transitada em julgado há mais de 5 (cinco) anos, embora não possa ser utilizada para configurar a reincidência (art. 64, I, do Código Penal), pode ser considerada como maus antecedentes. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 323.661/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. MAJORAÇÃO NO TRIBUNAL. MAUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. PERÍODO DEPURADOR PARA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. REDUÇÃO DA PENA PELA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SEIS MESES. RAZOABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes, permitindo o aumento da pena-base acima do mínimo legal e a devida individualização das penas.

2. A redução da pena em seis meses, em razão da atenuante de confissão espontânea, resultou de uma valoração feita pelo julgador; ademais, a quantidade de seis meses encontra-se dentro da razoabilidade, sendo desnecessária a intervenção desta Corte a respeito.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 508.791/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015).

Isso considerado, deve-se acrescentar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a do Superior Tribunal de Justiça reputam legítima a imposição de regime prisional mais gravoso quando fundamentada nas circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Sobre o tema, *vide*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO A PENA INFERIOR A OITO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. A aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 está condicionada ao preenchimento, cumulativo, dos requisitos legais: primariedade, bons antecedentes e agente que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Precedentes: HC 108.135, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 27.06.12; RHC 105.150, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 04.05.12; HC 101.265, Segunda Turma, Relator para o acórdão o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 06.08.12; RHC 107.860, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 25.09.12.

2. *In casu*, a paciente, na condição de “mula”, foi surpreendida transportando expressiva quantidade de droga ao exterior. Tal fato afasta o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, conforme parecer ministerial: “as instâncias ordinárias com base no acervo fático-probatório, evidenciaram que a paciente integrava organização criminosa ou, ao menos, dedicava-se a atividades criminosas, desautorizando a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06¹, uma vez que o redutor é incompatível com ambas as condições. A revisão de tal entendimento é inviável de ser realizada na via estreita do writ, por exigir dilação probatória. Contra a pretensão da paciente, é importante argumentar que o transportador da droga é elemento essencial na dinâmica do tráfico, pois sem a pessoa que conduza a droga ao seu local de destino fica inviabilizado o seu comércio.”

3. O regime inicial fechado revela-se possível em condenações por tráfico de entorpecentes, mesmo para o cumprimento de pena inferior a 8 (oito) anos, desde que desfavoráveis as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal.

4. *In casu*, considerada tão-somente a quantidade da pena aplicada, o paciente teria direito ao regime inicial semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal. Todavia, a fixação de regime mais gravoso, deu-se à luz das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e, no caso da regência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

específica do crime de tráfico de entorpecentes, do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, verbis: “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

5. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes: HC 111.412-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 14.08.13; RHC 116.038, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 15.08.13; RHC 116.204, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 02.05.13; HC 115.609, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.04.13; RHC 111.547, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 15.06.12. E a condenação transitou em julgado em 13.06.2014.

6. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte.

7. *Habeas Corpus* extinto. (STF, HC 123.430, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 17/11/2014).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. CASO CONCRETO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA.

1. Concluído pelo Tribunal a quo que o paciente se dedica a atividade criminosa, não incide a referida minorante, porquanto não preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

2. Para concluir em sentido diverso, há necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*.

3. Embora esta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, entenda possível, em tese, o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena, no caso concreto, tal benesse não se mostra razoável, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente (natureza e quantidade de droga apreendida - 10,17 gramas de cocaína e 148,2 gramas de maconha -, maus antecedentes).

4. Pelo mesmo raciocínio, também é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Ordem denegada. (HC 220.401/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 11/04/2012).

Nessa linha, embora, em tese, o art. 33, §§ 1º e 2º, "b", do Código Penal permita ao "condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), [...] cumpri-la em regime semiaberto", no caso, porque desfavoráveis as circunstâncias judiciais, há fundamentação idônea para o estabelecimento do regime fechado para o cumprimento da pena.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0138260-8

HC 326.844 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00587635320148260050 20150000297405 587635320148260050

EM MESA

JULGADO: 17/11/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GLAUCO PINHEIRO DA SILVA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ADRIANO PINHEIRO DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.