



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.386 - SP (2015/0310353-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARILENE DA SILVA ROCHA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. PERÍODO DE DEPURAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento adotado pelo col. Pretório Excelso e pela Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base (**precedentes**).

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que 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 (**precedentes**).

IV - Revela-se adequado, na hipótese, consoante o disposto nos arts. 33, § 2º e § 3º, e 59, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto à paciente, não reincidente, condenada a pena inferior a quatro anos, ostentando circunstância judicial desfavorável. Também não faz jus à substituição da pena de prisão por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, para afastar a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria e, assim, redimensionar a pena da paciente.

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 e conceder "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.

Brasília (DF), 07 de abril de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.386 - SP (2015/0310353-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, em benefício de MARILENE DA SILVA ROCHA, contra v. acórdão do eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada, pela prática do delito previsto no art. 155, **caput**, do Código Penal, à pena de **1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão**, no regime inicial semiaberto.

Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal perante a corte estadual, que a ela negou provimento, nos termos de v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO. FURTO SIMPLES. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TESTEMUNHOS DOS POLICIAIS MILITARES. VALIDADE. 'RES' ENCONTRADA NA POSSE DA RECORRENTE, O QUE EXIGE EXPLICAÇÃO SOBRE A POSSE ESPÚRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRECEDENTES. FURTO CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA FIXADA DE MODO ESCORREITO. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO.

1. Materialidade e autoria comprovadas com relação ao crime de furto simples, sobretudo amparado pelas provas orais e pelo modo como ocorreu o delito.

2. Depoimentos dos policiais militares, harmônicos e uníssonos, no sentido da responsabilização criminal da recorrente, versões que se coadunam com as apresentadas na fase extrajudicial. Validade dos seus depoimentos, corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Precedentes do STF e do STJ.

3. A apreensão da 'res' em poder da acusada acarreta a inversão do ônus probatório, competindo-lhe a apresentação de justificativa inequívoca para a posse do bem. Precedentes do TJSP.

4. Ré detentora de mácula de maus antecedentes. A imposição de regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena é o único compatível com o caso em tela, ré contumaz na prática do rapino ao patrimônio alheio, tendo condenação transitada em julgado a orquestrar mácula de maus antecedentes, a revelar inservível medida diferente à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aplicada.

5. *Não se cogita da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos ou da suspensão condicional da pena privativa de liberdade, benesses incompatíveis com a condição da apelante (arts. 44, III e 77, II, ambos do Código Penal).*

6. *Recurso defensivo que não comporta provimento"* (fl. 37).

Daí o presente **mandamus**, no qual se alega a ocorrência de constrangimento ilegal, em razão de erros manifestos na dosimetria da pena, notadamente, na consideração dos **maus antecedentes** e da **reincidência** da paciente.

Requer, ao final, a revisão da dosimetria e a consequente correção do regime inicial e substituição da pena de prisão por restritiva de direitos.

A liminar foi **indeferida** à fl. 81.

As informações foram prestadas às fls. 91-127.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 96-100, opinou pela **concessão da ordem, de ofício**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 344.386 - SP (2015/0310353-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. PERÍODO DE DEPURAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO COMO AGRAVANTE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento adotado pelo col. Pretório Excelso e pela Terceira Seção deste eg. Superior Tribunal de Justiça, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

II - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base (**precedentes**).

III - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que 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 (**precedentes**).

IV - Revela-se adequado, na hipótese, consoante o disposto nos arts. 33, § 2º e § 3º, e 59, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto à paciente, não reincidente, condenada a pena inferior a quatro anos, ostentando circunstância judicial desfavorável. Também não faz jus à substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de prisão por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

Habeas Corpus não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, para afastar a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria e, assim, redimensionar a pena da paciente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

A Defesa pretende, em síntese, que se reveja a dosimetria da pena da paciente, em razão de erros manifestos na consideração de seus maus antecedentes e da reincidência.

Impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise da dosimetria da pena caso se trate de flagrante ilegalidade e não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. 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).

Quanto à primeira tese defensiva, **do erro na consideração dos maus antecedentes da paciente**, colaciono os seguintes trechos da r. sentença condenatória e do v. acórdão ora objurgado, relevantes, no ponto:

"[Sentença condenatória]: Sopesados os critérios estabelecidos nos arts. 59 e 60 do Código Penal, fixo a pena base majorada em 1/6 ante aos maus antecedentes ostentados pela ré (certidão condenatória de fls. 12 do apenso próprio)" (fl. 33).

"[Apelação Criminal]: Na primeira etapa, pretextando-se a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, aferida pela certidão de fls. 12 do apenso, apontada pela r. sentença e atualizada pelo Promotor de Justiça, uma vez que deixou de constar o trânsito em julgado da condenação, a fls. 143, a pontilhar precedente de maus antecedentes, aliás, por crime análogo aos dos presentes autos, exasperou-se a pena-base da ré, que atingiu 01 (um) ano e 02 (dois) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, diária mínima" (fl. 52).

Na hipótese, verifica-se que a condenação pelo delito de furto utilizada para caracterizar os maus antecedentes da paciente só transitou em julgado na data de 19.08.2013 (fl. 77), portanto, em momento posterior ao delito apurado na ação penal à qual o presente **writ** se relaciona, praticado na data de 15.04.2013 (fl. 10).

A despeito da argumentação da Defesa e do parecer do Ministério Público Federal em sentido contrário, a jurisprudência desta Corte tem admitido, em casos semelhantes, a valoração negativa, como antecedentes, de condenações posteriores ao delito de cuja dosimetria se cuida, contanto que se refiram a crimes praticados em momento anterior. Sobre o tema:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURAÇÃO. CONDENAÇÃO POR CRIME ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À PRÁTICA DELITIVA EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APURAÇÃO. POSSIBILIDADE. DUPLA REINCIDÊNCIA. AUMENTO DE 3/10 (TRÊS DÉCIMOS). FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

I - A condenação por crime anterior, com trânsito em julgado posterior à prática delitiva em apuração, justifica a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes, lastreando a exasperação da pena-base.

[...]

Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 723.424/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 14/3/2016).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. (I) - REDUÇÃO PELO AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. RAZÕES DISSOCIADAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. (II) - VETORIAL DOS MAUS ANTECEDENTES. CRIME PRATICADO ANTES DOS FATOS EM APURAÇÃO, MAS COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME DEBATIDO NOS AUTOS. CABIMENTO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. [...] AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

[...]

2. A condenação por crime anterior, mas com trânsito em julgado posterior à nova prática delitiva, justifica o reconhecimento dos maus antecedentes. Incidência do enunciado 83 da Súmula deste Sodalício.

[...]

8. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 808.841/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 1º/2/2016).

Assim, o v. acórdão impugnado não merece reforma, nesse ponto.

No que se refere à segunda tese defensiva, **do erro na consideração da reincidência**, transcrevo os seguintes excertos dos títulos judiciais das instâncias ordinárias:

[Sentença condenatória]: "A reincidência da acusada (certidão condenatória de fls. 08 do apenso próprio) permite nova exasperação da pena em 1/6" (fls. 33-34).

[Apelação Criminal]: "Por sua vez, na segunda etapa da dosimetria da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena, à míngua de circunstâncias que pudessem atenuar a pena, presente está a circunstância agravante da reincidência, uma vez que a ré ostenta uma condenação por crime de tráfico de drogas com sentença transitada em julgado (fls. 08 do apenso), circunstância assaz para justificar o seu agravamento em 02 (dois) meses e 01 (um) dia-multa" (fl. 54).

Observo que a condenação utilizada para o reconhecimento da reincidência pelo crime de tráfico de drogas já foi alcançada pelo período depurador do art. 64, inciso I, do Código Penal.

De fato, entre a data da extinção da pena (21/2/2008) (fl. 68) e a data da infração posterior (15/4/2013) decorreu período superior a cinco anos. Em casos como o presente, é ilegal a consideração da condenação anterior para efeitos de reincidência, embora possa continuar a ser valorada como mau antecedente. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. CONDENAÇÕES ANTERIORES ATINGIDAS PELO PERÍODO DEPURADOR. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MODUS OPERANDI. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DIFICULDADE DA VÍTIMA EM VOLTAR A TRABALHAR. TENTATIVA DE MUDANÇA DE PROFISSÃO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AUMENTO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. ATENUANTE INOMINADA. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem o reconhecimento dos maus antecedentes.

[...]

7. **Habeas corpus** não conhecido" (HC n. 338.967/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 29/2/2016).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RES FURTIVA DE PEQUENO VALOR. MAUS ANTECEDENTES E ARROMBAMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*INAPLICABILIDADE. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. PRIVILÉGIO DO ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. CABIMENTO. SÚMULA 511/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS NÃO ATENDIDOS. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

VII - A pacífica jurisprudência deste Tribunal estabelece que 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, o que ocorreu na espécie.

[...]

***Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar ao MM. Juiz das Execuções o redimensionamento da pena imposta, com a aplicação do privilégio do § 2º do art. 155 do Código Penal" (HC n. 332.403/SP, **Quinta Turma, de minha relatoria**, DJe de 4/3/2016).*

Dessa forma, impõe-se a reforma do v. acórdão de apelação, nessa extensão, reduzindo-se a pena final para **1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão**.

O regime inicial de cumprimento da reprimenda fixado deve ser mantido, visto que, com o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, está legitimada a aplicação de regime mais gravoso que o inicialmente previsto segundo o **quantum** da pena, nos termos do art. 33, § 2º e § 3º e art. 59 do Código Penal.

Também a mesma motivação afasta a possibilidade de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

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

Concedo, no entanto, **a ordem, de ofício**, apenas para afastar a agravante da reincidência, na segunda fase da dosimetria penal, e assim reduzir a pena da paciente para o montante de **1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão**, mantidos, no restante, os termos do v. acórdão impugnado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0310353-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 344.386 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00060230720138260066 20150000544819 4052013 60230720138260066

EM MESA

JULGADO: 07/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : RAFAELA COMUNALE ALEIXO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARILENE DA SILVA ROCHA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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.