



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.215 - SP (2015/0169834-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON CORDEIRO DO NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PORTE ILEGAL DE ARMA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PERSONALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. ATO INFRACIONAL COMETIDO PELO PACIENTE QUANDO MENOR. IMPOSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Em relação à dosimetria realizada, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

3. A pena-base foi exasperada em virtude da personalidade do acusado, porquanto *após ter sido beneficiado com a concessão de medidas cautelares em outro processo, foi indiferente aos compromissos assumidos judicialmente e voltou a delinquir, no mesmo local*. Dessa forma, esse fundamento revela-se idôneo para a majoração da pena-base. Precedentes.

4. Em relação aos maus antecedentes, revela-se inidôneo o fundamento, consistente na assertiva de que *o vínculo com a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminalidade é flagrante, já que o réu fora apreendido, quando menor, por envolvimento a roubo à residência, consoante informação prestada em seu interrogatório e certidão encartada nos autos do apenso próprio, pois remete a ato infracional praticado pelo acusado quando este era menor. E, como é cediço, a prática de ato infracional não pode ser considerada como maus antecedentes.

5. Quanto ao regime semiaberto, este deve ser mantido tal como determinado pelas instâncias ordinárias, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis ao paciente e a pena-base foi arbitrada acima do mínimo legal.

6. Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não são favoráveis.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente.

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. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de junho de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.215 - SP (2015/0169834-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON CORDEIRO DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de ROBSON CORDEIRO DO NASCIMENTO, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação n. 0027131-09.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/2003, à pena de 3 anos de reclusão, em regime semiaberto e multa. Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso (fls. 18/28).

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porquanto a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, bem como foi fixado o regime semiaberto e não substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Sustenta que houve ilegalidade na exasperação da pena-base em 1/5, porquanto os fundamentos *a personalidade antissocial e desvirtuada do réu, o fato de que fora detido pela polícia pouco mais de um mês depois de ser preso por portar arma de fogo no mesmo local e de que fora apreendido, quando menor, por envolvimento a roubo à residência* (fl. 3) não são idôneos. Afirma que o fato de o acusado portar uma pistola no momento em que foi detido pela polícia diz respeito à própria elementar do tipo e que a prática de ato infracional não pode ser considerada como Maus antecedentes.

Uma vez fixada a pena-base no mínimo legal, aponta a ausência de motivação idônea para a manutenção do regime inicial mais gravoso, devendo ser fixado no caso o aberto. Ademais, aduz que o paciente faz jus ao benefício da substituição da pena, na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma do art. 44 do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, que seja fixada a pena-base no mínimo, fixado o regime aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 41/42.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 68/71, pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 330.215 - SP (2015/0169834-8)

VOTO

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

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - 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 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 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 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

[...] Habeas corpus não conhecido.

(HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...].

(STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base, na fixação do regime semiaberto e na não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em relação à dosimetria realizada, cabe ressaltar que o julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

68 do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras dos arts. 59 do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetiva dos agentes. Assim, a revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do *habeas corpus*, em situações excepcionais.

Na hipótese, veja-se como foi realizada a dosimetria da pena-base pelo magistrado (fl. 15):

Analizando as circunstâncias judiciais do artigo 59, "caput", do Código Penal, aumento a reprimenda em 1/5 (um quinto), considerando a personalidade antissocial e desvirtuada do réu, que fora detido pela polícia quando empunhava a pistola em questão a um condutor de um veículo, que transitava em via pública.

Não bastasse, fora detido pela polícia, pouco mais de um mês depois de ser preso por portar arma de fogo no mesmo local. Após ser beneficiado com a concessão de medidas cautelares, indiferente aos compromissos assumidos judicialmente, voltou a ser preso no mesmo local, com uma pistola, de numeração raspada, quando evidentemente estava se preparando para praticar um roubo.

Também, o vínculo com a criminalidade é flagrante, já que o réu fora apreendido, quando menor, por envolvimento a roubo à residência, consoante informação prestada em seu interrogatório e certidão encartada nos autos do apenso próprio.

Desta feita, no que tange à primeira fase, considerando tais elementos, fixo a pena-base em 03 (três) anos . 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Da leitura do trecho supracitado, verifica-se que a pena-base foi exasperada em virtude da personalidade do acusado, porquanto *após ter sido beneficiado com a concessão de medidas cautelares em outro processo, foi indiferente aos compromissos assumidos judicialmente e voltou a delinquir, no mesmo local*. Dessa forma, o fundamento revela-se idôneo para a majoração da pena-base.

A propósito:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. EXASPERAÇÃO SUPERIOR A 1/3. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA/STJ 443. REGIME FECHADO MOTIVADO. WRIT NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. Hipótese em que a reprimenda foi estabelecida acima do piso legal em virtude da personalidade do réu, pois este, beneficiado com saída temporária enquanto descontava pena em regime semiaberto, não retornou ao estabelecimento prisional, tendo permanecido foragido até ser preso em razão da prática delitiva apurada nos autos do processo criminal em exame. Decerto, tal fundamento revela-se idôneo para a majoração da pena-base, porquanto denota a personalidade desvirtuada do agente. Precedentes.

(...)

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena, considerando o aumento de 1/3 pela incidência das duas majorantes do crime de roubo.

(HC 298.019/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 12/12/2016)

Em relação aos maus antecedentes, revela-se inidôneo o fundamento consistente na assertiva de que o vínculo com a criminalidade é flagrante, já que o réu fora apreendido, quando menor, por envolvimento a roubo à residência, consoante informação prestada em seu interrogatório e certidão encartada nos autos do apenso próprio (fl. 15), pois remete a ato infracional praticado pelo acusado quando este era menor. E, como é cediço, a prática de ato infracional não pode ser considerada como maus antecedentes:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO DE MENORES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DOS RESPECTIVOS MÍNIMOS LEGAIS. MÁ CONDUTA SOCIAL. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE ARREPENDIMENTO, ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. PACIENTE QUE INTEGRA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NA CONDUTA SOCIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Tanto os atos infracionais cometidos anteriormente, quanto ações penais em curso, não podem ser utilizados para elevar a pena-base a título de conduta social, personalidade e maus antecedentes (Súmula 444/STJ).

(...)

5. *Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 8 anos, 9 meses e 23 dias de reclusão e 550 dias-multa.*

(HC 373.320/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016)

Dessa forma, a pena-base deve ser redimensionada e passo a refazer a dosimetria da pena.

Na primeira fase, reduzo a fração de aumento para 1/6, razão pela qual fixo em 3 anos e 6 meses de reclusão e multa. Na segunda fase, em razão da atenuante da menoridade reconhecida pelas instâncias ordinárias, a pena retorna para o mínimo legal de 3 anos de reclusão e multa, ficando definitivamente arbitrada nesse patamar, tendo em vista a ausência de causas de aumento e diminuição na terceira etapa.

Quanto ao regime, ainda que o paciente seja primário, condenado a pena inferior a 4 anos, não há se falar em outro regime senão o semiaberto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não eram todas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não são favoráveis.

Ante o exposto, não conheço o *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para reduzir a pena do paciente, para 3 anos de reclusão e multa, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0169834-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 330.215 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00271310920148260050 20150000233982 271310920148260050

EM MESA

JULGADO: 01/06/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ALINE TOYAMA SHIRAKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROBSON CORDEIRO DO NASCIMENTO

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.