



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 507.569 - SP (2019/0122636-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO ALEXANDRE MATIAS (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONDUTA DESCLASSIFICADA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO STJ. DESVALOR DA PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. **HABEAS CORPUS** 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 - Com efeito, para a configuração de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, o exame pericial não se constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, **sendo lícito**, considerando **o sopesamento das circunstâncias do caso concreto**, a utilização de **outras formas**, tais como a prova documental e a testemunhal, **desde que devidamente justificada a impossibilidade de realização do laudo pericial**.

III - **Na hipótese em foco**, as instâncias ordinárias não justificaram a impossibilidade de realização do laudo pericial; mas, apenas, se limitaram a afirmar a suficiência dos depoimentos testemunhais. Assim, diante da falta de justificação da não realização de perícia, forço é o afastamento da qualificadora.

IV - Pleito de diminuição da pena-base. O magistrado sentenciante exasperou a reprimenda inicial, ao fundamento da “*personalidade desvirtuada, já que [o ora paciente] ostenta sentença condenatória referente a fato anterior, relativo a roubo (fls. 116/117).*” (fl. 31). A Corte de origem, por sua vez, admitiu que a anotação referida pelo Juízo de Direito de primeiro grau não é dotada de definitividade, pois o processo se encontrava em andamento. **A despeito disso**, o Tribunal local asseverou que inquéritos e ações penais em andamento são suficientes para caracterizar maus antecedentes, em que pese a orientação sumular n. 444 do STJ. **Nesse passo**, a Corte originária afirmou ser lícito o desvalor da personalidade, quando fundado nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores penais desabonadores. **Todavia**, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, **em recente decisão alterou o seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a **personalidade** do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua **conduta social** inadequada. **No caso, percebe-se que o aumento da pena-base a título de personalidade não mereceu motivação concreta, pois foi baseado no suposto histórico criminal do réu.**

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, a fim de, tão somente, **desclassificar** a conduta para a figura típica do **art. 155, caput, c/c art. 14, II, todos do Código Penal** e, por conseguinte, fixar a reprimenda em **8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) dias-multa, em regime aberto, concedendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**, a ser estabelecida pelo Juízo de Direito da Vara das Execuções Penais, 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.

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

Brasília (DF), 06 de junho de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 507.569 - SP (2019/0122636-3)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO ALEXANDRE MATIAS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, **com pedido liminar**, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de RICARDO ALEXANDRE MATIAS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação criminal n. 0002466-21.2017.8.26.0535.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de **1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mais o pagamento de 7 (sete) dias multa, em regime inicial semiaberto**, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, II, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal (fls. 28-32).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos da ementa a seguir transcrita:

“APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO ART. 155, § 4º, II (rompimento de obstáculo), C.C. O 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL.

Preliminar Nulidade Violação ao princípio da correlação imputação-acusação – descabimento Magistrado apenas alterou a qualificação jurídica dos fatos imputados emendatio libelli, em conformidade com o artigo 383, do Código de Processo Penal réu que se defende dos fatos apontados na denúncia e não do artigo de lei declinado ademais, ausência de prejuízo ao acusado inteligência do artigo 563, do código de processo penal Preliminar afastada.

Mérito Absolvição por fragilidade probatória Materialidade e autoria delitiva comprovada pelos relatos seguros da vítima e do agente da lei, válidas e substanciais, devendo ser consideradas com primazia na formação do convencimento Réu preso em flagrante, com os fios que pretendia subtrair, já cortados Acervo probatório que justifica a condenação, bem provada a qualificadora do rompimento de obstáculo Ausência de laudo pericial suprida pelas palavras da vítima e do guarda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

municipal - Redução da fração pela tentativa, em seu grau mínimo (1/3) Manutenção Réu aproximou-se muito da consumação, em atenção ao iter criminis percorrido Dosagem das penas que não merecem reparos, observado o critério trifásico Regime semiaberto bem escolhido, não se mostrando socialmente recomendáveis as benesses da substituição e “sursis” Recurso desprovido” (fl. 42).

Daí o presente **writ**, no qual a defesa alega constrangimento ilegal, pois, a qualificadora – rompimento de obstáculo – não deveria incidir na espécie, já que não há laudo pericial atestando o rompimento.

Indica ser a confissão do acusado insuficiente para fazer incidir a referida qualificadora.

Sustenta que as ações penais em andamento são insuficientes para caracterizar maus antecedentes.

Aduz ser aplicável o regime inicial aberto e a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja: i) afastada a qualificadora referente ao rompimento de obstáculo; e ii) diminuída a pena-base, ante a inexistência de maus antecedentes; iii) fixado o regime inicial menos severo; e iv) substituída a pena corporal pela restritiva de direitos.

Não houve pedido liminar.

Informações prestadas às fls. 72-100.

O Ministério Público Federal, às fls. 102-110, manifestou-se pela manutenção da decisão impugnada, em parecer sem ementa.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 507.569 - SP (2019/0122636-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RICARDO ALEXANDRE MATIAS (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
FURTO QUALIFICADO TENTADO.
DOSIMETRIA. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO.
AUSÊNCIA DE PERÍCIA. INEXISTÊNCIA DE
FUNDAMENTAÇÃO. CONDUTA
DESCLASSIFICADA. INQUÉRITOS E AÇÕES
PENAIAS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 DO
STJ. DESVALOR DA PERSONALIDADE.
IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO
MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL ABERTO.
POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA
PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA
DE DIREITOS. **HABEAS CORPUS** 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 - Com efeito, para a configuração de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, o exame pericial não se constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, **sendo lícito, considerando o sopesamento das circunstâncias do caso concreto**, a utilização de **outras formas**, tais como a prova documental e a testemunhal, **desde que devidamente justificada a impossibilidade de realização do laudo pericial**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Na hipótese em foco, as instâncias ordinárias não justificaram a impossibilidade de realização do laudo pericial; mas, apenas, se limitaram a afirmar a suficiência dos depoimentos testemunhais. Assim, diante da falta de justificação da não realização de perícia, forço é o afastamento da qualificadora.

IV - Pleito de diminuição da pena-base. O magistrado sentenciante exasperou a reprimenda inicial, ao fundamento da *“personalidade desvirtuada, já que [o ora paciente] ostenta sentença condenatória referente a fato anterior, relativo a roubo (fls. 116/117).”* (fl. 31). A Corte de origem, por sua vez, admitiu que a anotação referida pelo Juízo de Direito de primeiro grau não é dotada de definitividade, pois o processo se encontrava em andamento. **A despeito disso**, o Tribunal local asseverou que inquéritos e ações penais em andamento são suficientes para caracterizar maus antecedentes, em que pese a orientação sumular n. 444 do STJ. **Nesse passo**, a Corte originária afirmou ser lícito o desvalor da personalidade, quando fundado nos antecedentes penais desabonadores. **Todavia**, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, **em recente decisão alterou o seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a **personalidade** do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua **conduta social** inadequada. **No caso, percebe-se que o aumento da pena-base a título de personalidade não mereceu motivação concreta, pois foi baseado no suposto histórico criminal do réu.**

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, a fim de, tão somente, **desclassificar** a conduta para a figura típica do **art. 155, caput, c/c art. 14, II, todos do Código Penal** e, por conseguinte, fixar a reprimenda em **8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) dias-multa, em regime aberto, concedendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**, a ser estabelecida pelo Juízo de Direito da Vara das Execuções Penais, mantidos os demais termos da condenação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Insta consignar, inicialmente, que 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 no presente **writ**: i) o afastamento da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo; e ii) a diminuição da pena-base; iii) a fixação do regime inicial menos severo; e iv) a substituição da pena corporal pela 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).

Em relação ao afastamento da qualificadora – rompimento de obstáculo -, o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Guarulhos/SP assim se pronunciou:

“Com relação à qualificadora atinente ao rompimento do obstáculo, igualmente, todas as testemunhas confirmaram a necessidade de rompê-lo, uma vez que os cabos ficam sob a terra. Ainda, prescinde, no caso, de laudo pericial para a comprovação do referido rompimento de obstáculo, eis que a prova testemunhal o supre satisfatoriamente, nos termos do artigo 167, Código de Processo Penal. Todas as provas, portanto, convergem para a mesma conclusão, pelo que a condenação se impõe nos exatos termos formulados pela peça acusatória” (fl. 31, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por sua vez, o Tribunal de Justiça bandeirante, ao analisar a aludida questão, não vislumbrou nenhuma ilegalidade, tecendo as seguintes considerações sobre a matéria:

“Neste diapasão, da mesma forma, não acolho o pleito de afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, sob o argumento de ausência de laudo pericial.

Em que pese não haver um laudo pericial conclusivo no sentido de que houve rompimento de obstáculo, anoto que a prova oral colhida deu conta de que os fios estavam enterrados na via pública, o que, de certo, supre a ausência de laudo pericial.

Inadmissível, assim, o afastamento da qualificadora, ainda que ausente o laudo pericial, pois a prova testemunhal supriu-lhe a falta, nos termos do artigo 167 do Código de Processo Penal” (fls. 61-62, grifei).

Com efeito, para a configuração de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, o exame pericial não se constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, **sendo lícito**, considerando **o sopesamento das circunstâncias do caso concreto**, a utilização de **outras formas**, tais como a prova documental e a testemunhal, **desde que devidamente justificada a impossibilidade de realização do laudo pericial**.

Na hipótese em foco, as instâncias ordinárias não justificaram a impossibilidade de realização do laudo pericial; mas, apenas, se limitaram a afirmar a suficiência dos depoimentos das testemunhas.

Assim, diante da ausência de justificação da não realização de perícia, forço é o afastamento da qualificadora.

A propósito:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA NÃO CONFIGURADA. VALOR DA RES FURTIVA SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO MÍNIMO. BENS RESTITUÍDOS À VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. QUALIFICADORA DA ESCALADA. PERÍCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA NÃO JUSTIFICADA. INCIDÊNCIA AFASTADA. DOSIMETRIA REVISTA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

6. A *jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direito, o que não restou explicitado nos autos.*

7. Tendo a qualificadora sido reconhecida com base em prova testemunhal e no fato de o réu ter sido surpreendido no telhado da agência bancária, deve ser afastada a escalada e reconhecida a prática de furto simples, pois, além de não ter sido demonstrada a impossibilidade de realização da perícia técnica, tais provas não suprem a necessidade de sua efetivação.

8. **Writ** não conhecido. **Habeas corpus** concedido, de ofício, a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente, fixando-a em 6 meses e 12 dias de reclusão, mais o pagamento de 3 dias-multa, mantida, no mais, a sentença condenatória” (HC n. 456.480/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 26/09/2018).

“[...]

FURTO. RECONHECIMENTO DA QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. INEXISTÊNCIA DE PERÍCIA DIRETA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE SUA REALIZAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Segundo a *jurisprudência consolidada nesta Corte, quando a conduta deixar vestígios, o exame de corpo de delito é indispensável à comprovação da materialidade do crime, podendo o laudo pericial ser suprido por outras provas somente quando os vestígios tenham desaparecido por completo ou o lugar se tenha tornado impróprio para a constatação dos peritos.*

2. *No caso dos autos, não tendo sido realizada perícia no local e inexistindo nos autos qualquer menção sobre a impossibilidade da sua realização, deve ser afastada a incidência da qualificadora relativa ao rompimento de obstáculo, prevista no artigo 155, § 4.º, inciso I, do Código Penal*

3. *Agravo regimental não conhecido, concedido, no entanto, habeas corpus de ofício, com fulcro no art. 654, § 2.º, do CPP, para afastar a qualificadora prevista no inciso I do § 4.º do artigo 155 do CP, redimensionando-se, em consequência, a reprimenda, que resta fixada em 1 ano e 2 meses de reclusão” (AgRg no REsp n. 1.227.513/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min **Jorge Mussi**, DJe de 30/08/2017).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. EXAME PERICIAL DIRETO NÃO REALIZADO. LAUDO INDIRETO E PROVA TESTEMUNHAL. INEXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PARA A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DIRETO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a incidência da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal exige exame pericial para a comprovação do rompimento de obstáculo, somente admitindo-se prova indireta quando justificada a impossibilidade de realização do laudo direto.

2. **Hipótese em que a qualificadora deixou vestígios e foi aplicada com base em laudo indireto e prova testemunhal, ausente justificativa sobre eventual impossibilidade de realização da perícia direta.**

3. Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial e desclassificar a conduta de furto qualificado para furto simples (art. 155, caput, do Código penal), devolvendo-se ao Tribunal a quo o ajuste da pena” (AgRg no REsp n. 1.513.004/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 07/10/2015, grifei).

No que tange ao pleito de diminuição da pena-base, observa-se que o magistrado sentenciante exasperou a reprimenda inicial, ao fundamento da *“personalidade desvirtuada, já que [o ora paciente] ostenta sentença condenatória referente a fato anterior, relativo a roubo (fls. 116/117)”* (fl. 31).

Instada a se pronunciar sobre o tema, a Corte paulista admitiu que a anotação referida pelo Juízo de Direito de primeiro grau não é dotada de definitividade, pois o processo se encontrava em andamento. A despeito disso, o Tribunal local asseverou que inquéritos e ações penais em andamento são suficientes para caracterizar maus antecedentes, em que pese a orientação sumular n. 444 do STJ. Nesse passo, a Corte originária afirmou ser lícito o desvalor da personalidade, quando fundado nos antecedentes penais desabonadores.

Confirmam-se os seguintes excertos do aresto impugnando:

“Aqui, o aumento não se refere aos maus antecedentes do recorrente e sim sua personalidade voltada para a prática de crimes, que pode ser comprovado, ao contrário do que aduz a defesa, por processos que estão em andamento (fls. 116/117).

Lembro, por oportuno, que não se esquece do teor da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça. Todavia, não é o caso dos autos, porquanto se atingiu a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

premissa maior do princípio da individualização das penas, pois, considero como mais grave a conduta de Ricardo, uma vez que ele já suportara o peso de ações penais, em relação à mesma atitude praticada por outros criminosos que não possuíam qualquer comprometimento anterior.

Ora, hipoteticamente, ainda que o réu seja considerado primário, é certo que ele só teria bons antecedentes, se não apresentasse qualquer conduta repreensível, social, laboral ou familiar, tais como, por exemplo, envolvimento em fatos que não ensejam a persecução penal, o que, como já dito anteriormente, não é o caso do réu, considerando a sua folha de antecedentes.

O presente posicionamento faz valer, efetivamente, o princípio da individualização da pena, porquanto, é sensato punir com mais rigor aqueles indivíduos que possuem investigações criminais, inquéritos, medidas cautelares, processos penais dentre outras possibilidades, do que tratá-los igualmente àquelas pessoas que não possuem qualquer registro, privilegiando, assim, o cidadão de bem eventualmente envolvido em um delito.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, apontou mudança no seu entendimento, pois no julgamento dos habeas corpus nº 94.620 e 94.680, que haviam sido sobrestados para aguardar a decisão da repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 591.054, a maioria dos ministros (6 a 4) mostrou que não concorda mais com a tese de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem ser considerados como maus antecedentes para a dosimetria das penas, antecipando que, em um próximo julgamento, deverá rever tal jurisprudência.

Assim, desconsiderar registros anteriores seria tornar letra morta o artigo 59 do Código Penal, desrespeitando diretamente o princípio da individualização das penas, nivelando por baixo todos os réus, de forma que a r. sentença de 1º grau deve se manter inalterada, inclusive nos exatos termos da sua fundamentação, na qual afasta, ainda que indiretamente, a aplicação do enunciado da súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, posicionamento ao qual também me filio, com base em julgados desta Corte Paulista” (fls. 64-65, grifei).

Ciente disso, assinale-se que a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, **em recente decisão alterou o seu posicionamento sobre o tema**, decidiu que as condenações transitadas em julgado não são fundamentos idôneos para se inferir a **personalidade** do agente voltada a prática criminosa ou até mesmo para certificar sua **conduta social** inadequada. **No caso, percebe-se que o aumento da pena-base a título de personalidade não mereceu motivação concreta, pois foi baseado no suposto histórico criminal do réu.**

Vejamos os julgados **mais recentes** que respalda esse entendimento:

"PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E DIREÇÃO PERIGOSA. DOSIMETRIA. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTO INIDÔNEO. DECOTE DA REFERIDA VETORIAL. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA REPRIMENDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O julgador possui discricionariedade vinculada para fixar a pena-base, devendo observar o critério trifásico (art. 68, do Código Penal), e as circunstâncias delimitadoras do art. 59, do Código Penal, em decisão concretamente motivada e atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente. A revisão desse processo de dosimetria da pena somente pode ser feita, por esta Corte, mormente no âmbito do habeas corpus, em situações excepcionais.

- A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça.

- As condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base, a título de valoração negativa da conduta social e personalidade, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes, na primeira fase da calibragem, se o caso.

- Na hipótese, deve ser afastada a vetorial da personalidade da dosimetria das penas do paciente relativa a ambos os delitos pelos quais resultou condenado.

- Habeas corpus não conhecido.

- Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas do paciente ao novo montante de 1 ano, 8 meses e 16 dias de detenção, 20 dias-multa, e suspensão ou proibição de obtenção de habilitação para dirigir veículo automotor, pelo período de 5 meses, mantidos os demais termos da condenação" (HC n. 480.726/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo da Soares da Fonseca**, DJe de 1º/03/2019, grifei).

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENA-BASE EXASPERADA EM FUNÇÃO DA PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES EM FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. VETORIAL DECOTADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE.

*De acordo com o entendimento da Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a circunstância judicial referente a personalidade do agente não pode ser apreciada com base em folha de antecedentes. "A Quinta Turma decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a **personalidade** ou a **conduta social** do agente" (HC 366.639/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe 5/4/2017).*

Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1.721.920/DF, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 1º/08/2018, grifei).

De mais a mais, não há motivos nos autos para excepcionar a aplicação da Súmula 444 do STJ: *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Destarte, a pena-base merece ser fixada no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Neste contexto, **mantenho incólumes os demais critérios dosimétricos adotados pelas as instâncias ordinárias** e fixo a pena-base no mínimo legal – 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Mantida a reprimenda inalterada na segunda fase à minguia de agravantes e de atenuantes. Na terceira etapa, em razão da tentativa, diminuo a pena em 1/3 (um terço), **tornando-a definitiva em 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) dias-multa.**

Estabeleço o regime inicial aberto, tendo em vista as disposições contidas no art. 33, §§ 2º, c, 3º do Código Penal.

No que concerne à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o art. 44 do Código Penal dispõe:

"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 culposos;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

Na hipótese, observa-se ser o paciente primário, a fixação da pena-base no mínimo legal, a prática delitiva sem violência ou grave ameaça à pessoa e a reprimenda fixada em 8 (oito) meses de reclusão.

Portanto, a pretensão de ver substituída a pena corporal por restritiva de direitos merece ser acolhida.

Veja-se:

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PENA SUPERIOR A 1 ANO DE RECLUSÃO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. O art. 44 do Código Penal exige que a pena privativa de liberdade fixada para crime doloso sem violência ou grave ameaça a pessoa não seja superior a 4 anos, que o réu não seja reincidente em crimes dolosos, bem como que as circunstâncias judiciais tenham sido favoravelmente valoradas.

3. No caso, o paciente adimpliu os requisitos legais, porquanto é primário, a pena definitiva foi estabelecida em 3 anos de reclusão, e a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo, pois, de rigor a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal. Entrementes, a escolha dentre as opções traçadas pelo legislador enquadram-se na discricionariedade regrada do julgador, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer ilegalidade a ser sanada na via do writ. Precedentes.

4. **Habeas corpus não conhecido**” (HC n. 390.689/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 06/10/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIALMENTE MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. **WRIT** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

V - *In casu*, o paciente, não reincidente, teve valoradas como favoráveis todas as circunstâncias judiciais, com a pena-base fixada no mínimo legal, e foi condenado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (tráfico), à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, diante da redução de 2/3 (dois terços) em razão da incidência do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Assim, à luz do art. 44 do Código Penal, também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva(s) de direito(s).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar deferida, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal, a ser estabelecida pelo juízo **a quo**” (HC n. 351.165/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 1º/08/2016).

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

Contudo, **concedo a ordem de ofício**, a fim de, tão somente, **desclassificar** a conduta para a figura típica do **art. 155, caput, c/c art. 14, II, todos do Código Penal** e, por conseguinte, fixar a reprimenda em **8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) dias-multa, em regime aberto, concedendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos**, a ser estabelecida pelo Juízo de Direito da Vara das Execuções Penais, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0122636-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 507.569 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00024662120178260535 20190000160834 24662120178260535

EM MESA

JULGADO: 06/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO CARLOS HIDEKI NAKAGOMI - SP329880
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	RICARDO ALEXANDRE MATIAS (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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.