



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.457 - SP (2015/0135736-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL BARBOZA DE BRITO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. RECEPÇÃO. CONDENAÇÃO. REVISÃO DA PENA-BASE. SÚMULA 444. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."* Súmula n. 444 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Na espécie, o Juiz sentenciante considerou como circunstância judicial desfavorável a personalidade do agente, justificando que o paciente responde por diversos crimes, o que demonstraria uma tendência à delinquência patrimonial. Todavia, não há qualquer referência ou confirmação de que haja condenação com trânsito em julgado. Além disso, a gravidade do crime de recepção de veículo e a condição do paciente como receptor não traduzem uma reprovabilidade adicional além daquela já prevista no tipo penal incriminador e que enseje uma exasperação na pena-base.

4. Tratando-se de paciente primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, condenado à pena privativa de liberdade igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é cabível o regime inicial aberto, consoante dispõe o art. 33, § 2º, *a* e § 3º, do Código Penal. Precedentes.

5. No caso, a sanção final imposta ao paciente, primário, foi de 1 (um)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ano, não havendo qualquer motivo, considerado no procedimento de individualização da pena, para justificar o agravamento do regime prisional.

6. O benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito é concedido quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

7. O paciente atende às exigências legais, porquanto é primário, com todas as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis na sentença e foi condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos por crime cometido sem violência ou grave ameaça.

8. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção imposta ao paciente, nos autos da Ação Penal n. 0039192-96.2014.8.26.0050, da 25ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, bem ainda, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito a ser estabelecida pelo Juiz das Execuções Criminais.

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 04 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.457 - SP (2015/0135736-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : CRISTINA SON
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL BARBOZA DE BRITO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL BARBOZA DE BRITO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado pelo Juízo da 25ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo, pela prática da conduta descrita no art. 180 do Código Penal, à pena de 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial fechado.

A defesa recorreu da sentença alegando insuficiência de provas para a condenação. Subsidiariamente, pediu a desclassificação do delito para a modalidade culposa, a redução da pena-base, o abrandamento do regime prisional e a substituição da sanção por pena restritiva de direitos. O Tribunal revisor, contudo, negou provimento ao recurso.

Na presente oportunidade, a Defensoria Pública alega não ser papel do "órgão julgador, após enquadrar a conduta humana ao tipo, valer-se dos elementos constitutivos deste para tornar a pena básica mais severa sob pena de violação aos princípios da legalidade, *ne bis in idem* e proporcionalidade" (e-STJ fl. 4), como ocorreu no presente caso, em que a pena inicial foi triplicada na primeira fase. Sustenta, ainda, ser vedada a utilização de processos judiciais em curso para tirar conclusões negativas sobre a personalidade do agente, antecedentes e conduta social, consoante dispõe o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte.

Feitos estes reparos na dosimetria, afirma ser necessário o abrandamento do regime prisional para o cumprimento da sanção, de acordo com o art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59, ambos do Código Penal.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a redução da sanção, a fixação do regime inicial aberto e a substituição por pena restritiva de direitos.

O pleito urgente foi indeferido (e-STJ fls. 55/56).

Dispensadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (e-STJ fls. 64/71), em parecer assim ementado:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CRIME DE RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CP). WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. ANÁLISE DA QUESTÃO DE FUNDO, PORÉM, PARA VERIFICAR SE HÁ ILEGALIDADE FLAGRANTE, ABUSO DE PODER OU TERATOLOGIA - IN CASU, AUSENTES. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO QUANTUM FIXADO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. ARGUMENTOS CONCRETOS. POSSIBILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA REALIZADA POR AGENTE CONTUMAZ. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INVIABILIDADE. AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS INDICARAM COM PRECISÃO AS RAZÕES FÁTICAS E JURÍDICAS PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 326.457 - SP (2015/0135736-5)

VOTO

O EXMO. SENHOR 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - 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.

(...). 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, julg. 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, inicialmente, a revisão do procedimento de individualização da pena.

Com efeito, a dosimetria é o momento em que o julgador, dentro dos parâmetros estabelecidos na legislação penal, busca aplicar uma sanção justa para o caso concreto. Nesse ponto, destaco que o Supremo Tribunal Federal entende que "O *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus não é a via processual adequada ao reexame das circunstâncias judiciais embasadoras da exacerbação da pena-base, ressalvados os casos de teratologia e de flagrante ilegalidade" (HC n. 120.902, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 3/6/2014).

No presente caso, para melhor compreensão, transcrevo da sentença, no que interessa, a dosimetria da pena (e-STJ fls. 35/36):

As circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal são desfavoráveis ao acusado. O réu apresenta personalidade avessa aos padrões de sociabilidade e tendente à delinquência patrimonial. Consoante fls. 20/23, 47/51 e 78, responde por roubos qualificados nos autos do Proc. 592/14 da 29ª Vara Criminal, pelo qual estava revele teve a prisão preventiva decretada (fls. 88). Responde ainda pelo crime de desacato (fls. 87). Há de se convir que a receptação dolosa do automotor reveste-se de gravidade. Na condição (no mínimo) de receptador do veículo da vítima, contribuiu para alimentar a tentacular cadeia da criminalidade patrimonial-organizada, cujos elos principais são o latrocínio, o roubo, o furto e ao final a receptação de veículos automotores.

Trata-se de uma indústria do crime, cuja real idade não pode ser desconsiderada pelo Estado. A perniciosa índole criminoso do infrator, o qual apresentou versões díspares e mentirosas as vezes em que foi interrogado, ficou bem delineada pelo contexto probante e pelas circunstâncias alinhavadas. Por conta dessas desfavoráveis circunstâncias, estabeleço a pena-base em 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa.

Não existem atenuantes ou causas de diminuição de pena a considerar. Torno como definitiva a reprimenda supra, fixando o valor do mínimo legal para a pena de multa.

Disse o Tribunal revisor, por sua vez (e-STJ fl. 43):

Quanto à reprimenda, verifico que a pena-base imposta ao acusado foi corretamente fixada acima do mínimo-legal, ou seja, em 3 anos de reclusão, mais o pagamento de 30 dias-multa, no piso, e assim deve permanecer, porquanto o Juiz sentenciante explicitou os motivos pelos quais resolveu exacerbá-la, obedecendo aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo, e levando em consideração que “há de se convir que a receptação dolosa do automotor reveste-se de gravidade. Na condição (no mínimo) de receptador do veículo da vítima, contribuiu para alimentar a tentacular cadeia da criminalidade patrimonial-organizada, cujos elos principais são o latrocínio, o roubo, o furto e ao final a receptação de veículos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

automotores. Trata-se de uma indústria do crime, cuja realidade não pode ser desconsiderada pelo Estado. A perniciosa índole criminosa do infrator, o qual apresentou versões díspares e mentirosas nas vezes em que foi interrogado, ficou bem delineada pelo contexto probante e pelas circunstâncias alinhavadas” (fl. 97 v., verbis). Registro que esse quantum foi tornado definitivo diante da ausência de outras causas modificadoras.

Como se vê, o Juiz sentenciante considerou como circunstância judicial desfavorável a personalidade, justificando que o paciente responde por diversos crimes (roubos e desacato), o que demonstraria uma tendência à delinquência patrimonial. Todavia, não há qualquer referência ou confirmação de que tenha sofrido condenação com trânsito em julgado, atraindo, assim, a aplicação do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

A motivação adicional apontada na sentença e mantida pelo Tribunal revisor, igualmente, não pode subsistir. Isso porque a gravidade do crime de receptação de veículo e a condição do paciente como receptor, contribuindo para alimentar a criminalidade, não traduzem uma reprovabilidade adicional além daquela já prevista no tipo penal incriminador e que enseje uma exasperação na pena-base.

Por tudo isso, entendo haver constrangimento ilegal no aumento aplicado, o qual deve ser decotado e a pena-base reduzida para o piso mínimo legal.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE RECEPÇÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA (ATUAL ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA RELATIVA À FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CRIME FORMAL. DESNECESSIDADE DO EFETIVO COMETIMENTO DE DELITOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO INDEVIDA. CULPABILIDADE. GRAU DE REPROVABILIDADE SEM QUALQUER FUNDAMENTO CONCRETO INDICATIVO DE MAIOR GRAVOSIDADE. MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. MOTIVOS,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM FATORES INERENTES AO DELITO PRATICADO. INADMISSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. RÉU PRIMÁRIO, PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Tratando-se de crime formal, é suficiente para a configuração do delito de formação de quadrilha (atual associação criminosa), nos termos do art. 288 do CP (na redação antiga, vigente à época), a associação de mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes, não sendo necessária a efetiva prática de delitos. Precedentes.

3. A mera indicação da reprovabilidade da conduta do réu não se presta a fundamentar validamente a exasperação da pena-base como culpabilidade. Precedentes.

4. Ações penais em andamento, sem notícia de trânsito em julgado, não justificam o aumento da pena-base, seja como maus antecedentes, ou como personalidade voltada à prática de delitos. Inteligência da Súmula 444/STJ.

5. O intuito de obtenção de vantagem ilícita sem o sacrifício do trabalho não configura motivação idônea à valoração dos motivos do delito, por se tratar de razão inerente ao delito imputado (receptação), de cunho patrimonial.

6. Do mesmo modo, a gravidade abstrata, fatores comuns ao delito ou meras conjecturas não constituem motivação apta à consideração negativa das circunstâncias e consequências do crime.

7. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi fixada no mínimo legal, o estabelecimento do regime mais gravoso, sem qualquer fundamento concreto, contraria o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF.

8. Com a redução das penas, restam preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, fazendo, pois, jus o paciente ao benefício da substituição das penas.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo das execuções (HC 95.802/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 28/05/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO INJUSTIFICADO. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda.

IV - O aumento imposto à pena-base revela-se injustificado, eis que ausente fundamentação concreta e vinculada.

V - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ). Tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social (Precedente).

VI - As consequências do crime foram as normais à espécie. Portanto, não autorizam a exasperação da pena-base.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal. (HC n. 288.402/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 18/11/2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. RECEPÇÃO. CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES: AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. SÚMULA N.º 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS. DEFERIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA, PARA DETERMINAR AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS QUE DECIDA SOBRE O DEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO, NO TOCANTE À PENA-BASE E AO REGIME INICIAL.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

3. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Incidência do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para determinar que o Juízo das Execuções Penais, atendidos o requisitos subjetivos e objetivos, decida sobre o deferimento da substituição das penas.

Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para reduzir a reprimenda do Paciente para 01 (um) ano de reclusão e estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta, mediante as condições a serem estabelecidas pelo referido Juízo. (HC 205.425/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013)

Passo à revisão da pena.

Na primeira fase, afasto o aumento definido pelas instâncias ordinárias e reduzo a pena-base para o piso mínimo legal que, à míngua de outras modificações, torno definitiva em 1 (um) ano de reclusão.

Quanto ao regime prisional, igualmente deve ser revisto. Isso porque, sendo o paciente primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é cabível o regime inicial aberto para o cumprimento da pena, consoante dispõe o art. 33, § 2º, *a* e § 3º, do Código Penal.

Na espécie, a sanção final imposta ao paciente, primário, foi de 1 (um) ano, não havendo qualquer motivo, considerado no procedimento de individualização da pena, para justificar o agravamento do regime prisional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. RECEPÇÃO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

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 for flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá cumpri-la, desde o início, em regime aberto, conforme preconiza o art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

3. Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44, I a III, do Código Penal, deve ser aplicada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (HC n. 304.801/SP, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO DEMASIADO. SÚMULA 444/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

[...]

V - Redimensionada a pena para o mínimo legal, faz-se necessário readequar o regime prisional inicial para o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Pelas mesmas razões (quantum da pena e existência de circunstâncias judiciais favoráveis) aliado ao fato do crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, autoriza-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ordem não conhecida. Habeas Corpus concedido de ofício para reduzir a pena ao mínimo legal (três anos de reclusão), alterar o regime para o inicial aberto e possibilitar a substituição da pena. (HC n. 281.202/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 18/11/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto à substituição da pena, dispõe o art. 44 do Código Penal:

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 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;

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.

Observa-se que o paciente atende às exigências legais, porquanto é primário, com todas as circunstâncias judiciais consideradas favoráveis e foi condenado à pena inferior a 4 (quatro) anos, a saber, 1 (um) ano de reclusão, por crime cometido sem violência ou grave ameaça. Assim, faz jus ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, a ser definida pelo Juiz das Execuções Criminais.

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem**, de ofício, a fim de fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da sanção imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n. 0039192-96.2014.8.26.0050, da 25ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, bem ainda substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito a ser estabelecida pelo Juiz das Execuções Criminais.

E o voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0135736-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 326.457 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00391929620148260050 20150000239038 391929620148260050 8722014 9620148260050

EM MESA

JULGADO: 04/08/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: CRISTINA SON
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAFAEL BARBOZA DE BRITO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.