



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.066 - MS (2011/0281511-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ENY CLEYDE SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADEMIR ROSA GONÇALVES (PRESO)
PACIENTE : CARLOS EDUARDO MARQUES FERREIRA (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 288, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. CONDENÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. (A) PACIENTE ADEMIR. MAUS ANTECEDENTES. INCREMENTO JUSTIFICADO. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (B) PACIENTE CARLOS EDUARDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ACRÉSCIMO.. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. TEMA NÃO AGITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, em 1/6 (um sexto), considerar como desfavorável os antecedentes do paciente **Ademir**. Todavia, imprescindível o decote do incremento sancionatório, referente as demais circunstâncias judiciais, por falta de fundamentação idônea. Quanto ao paciente **Carlos Eduardo**, é de ver que não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações.

3. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa ao regime inicial de cumprimento da pena não foi agitada/enfrentada no Tribunal de origem.

4. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de reduzir, **apenas no tocante ao crime previsto no art. 288, caput, do código Penal**, as penas do paciente **Ademir**, para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, bem como, no que diz respeito ao paciente **Carlos**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Eduardo, para 1 (um) ano de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão. Resta, portanto, a pena final do paciente **Ademir** em 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 75 dias-multa, e do paciente **Carlos Eduardo**, 7 (sete) anos de reclusão, mais 15 dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 29 de agosto de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.066 - MS (2011/0281511-1)

RELATORA : **MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : ENY CLEYDE SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : ADEMIR ROSA GONÇALVES (PRESO)
PACIENTE : CARLOS EDUARDO MARQUES FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado por Defensora Pública em favor de ADEMIR ROSA GONÇALVES e CARLOS EDUARDO MARQUES FERREIRA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (Apelação n.º 2010.033658-0).

Consta dos autos que os pacientes, Ademir e Carlos, foram condenados pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2.º, I, II e V, do Código Penal, às penas de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 9 (nove) anos de reclusão, bem como por infração ao art. 288, *caput*, do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos de reclusão e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão. O paciente Ademir restou condenado à pena total de 11 (onze) anos de reclusão, mais 90 dias-multa, em regime fechado. O paciente Carlos foi condenado à pena total de 9 (nove) anos de reclusão, mais 75 dias-multa, também em regime inicial fechado, nestes termos:

Dosimetria da Pena - Ademir Rosa Gonçalves:

I. Primeira Fase - Pena Base. Analisam-se as diretrizes do Art. 59 do Código Penal: I. Culpabilidade: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade. II. Antecedentes: possui péssimos antecedentes. III. Conduta Social: sem elementos. IV. Personalidade: a personalidade do acusado demonstra ser de má índole. V. Motivos do Crime: Não se verifica nos autos elementos que minimizem a conduta ilícita do acusado. VI. Circunstâncias e Consequências do Crime: as circunstâncias são as normais para o tipo penal. Quanto Às consequências do crime, é certo que são normais a espécie, o medo e a insegurança gerada à população de uma Comarca pacata como esta. VII. Comportamento da vítima: em nada contribuiu para a prática delitiva.

Diante disso, fixa-se a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 06 anos de reclusão e 60 dias-multa para o crime de roubo e 02 anos e de reclusão para o crime de formação de quadrilha, totalizando em 08 anos de reclusão e 60 dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos nos termos do Art. 49, §1º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Segunda Fase. A) não há circunstâncias atenuantes. B) não há circunstâncias agravantes.

III. Terceira Fase. A) não há causa de diminuição da pena. B) presentes as causas de aumento de pena, previsto nos incisos I, II e V, § 2.º, Art. 157, do CP, motivo pelo qual, aumenta-se a pena para o crime de roubo até a metade, fixando-a portanto em 09 anos de reclusão e 90 dias-multa, com mais os dois 02 anos de reclusão fixados para o crime de formação de quadrilha, toma-se a pena definitiva em 11 anos de reclusão e 90 dias-multa.

Dosimetria da Pena - Carlos Eduardo Marques Ferreira:

I. Primeira Fase - Pena Base. Analisam-se as diretrizes do Art. 59 do Código Penal: I. Culpabilidade: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade. II. Antecedentes: não possui antecedentes. III. Conduta Social: sem elementos. IV. Personalidade: sem elementos. V. Motivos do Crime: Não se verifica nos autos elementos que minimizem a conduta ilícita do acusado. VI. Circunstâncias e Consequências do Crime: as circunstâncias são as normais para o tipo penal. Quanto às consequências do crime, é certo que são normais a espécie, o medo e a insegurança gerada à população de uma Comarca pacata como esta. VII. Comportamento da vítima: em nada contribuiu para a prática delitiva. Diante disso, fixa-se a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 50 dias-multa para o crime de roubo e 01 ano e 06 meses e de reclusão para o crime de formação de quadrilha, totalizando em 06 anos e 06 meses reclusão e 50 dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos nos termos do Art. 49, §1º, do Código Penal.

IV. Segunda Fase. A) não há circunstâncias atenuantes. B) não há circunstâncias agravantes.

V. Terceira Fase. A) não há causa de diminuição da pena. B) presentes as causas de aumento de pena, previsto nos incisos I, II e V, § 2º, Art. 157, do CP, motivo pelo qual, aumenta-se a pena para o crime de roubo até a metade, fixando-a portanto em 07 anos e 06 meses de reclusão e 75 dias-multa, com mais 01 ano e 06 meses de reclusão fixados para o crime de formação de quadrilha, toma-se a pena definitiva em 09 anos de reclusão e 75 dias-multa. (fls. 22-23).

Inconformada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de Justiça, que proveu parcialmente o recurso, para reduzir a pena de ambos pacientes pelo crime de roubo qualificado, restando Ademir Rosa, pena-base de 5 (cinco) anos e para Carlos Eduardo, fixado no mínimo legal de 4 (quatro) anos de reclusão, *verbis*:

2. 2 Em relação à pena-base de Ademir (. .)

Constata-se que o magistrado considerou desfavoráveis a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade e os motivos do delito. Como reconheceu a Defensoria Pública, os antecedentes justificam a fixação da pena acima do mínimo legal. A personalidade do agente também deve ser tida desfavorável, uma vez que se estabeleceu na vida delituosa.

Já quanto aos motivos e a culpabilidade considero que não há elementos para considerá-los negativos. Assim, é de se reconhecer que restou exagerada a fixação da pena-base dois anos acima do mínimo legal para o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

delito de roubo, devendo ser reduzida para 5 anos de reclusão e 50 dias-multa.

Na terceira fase, o magistrado aplicou em 1/2 a causa de aumento, pelo fato do delito ter ocorrido em concurso de pessoas, com privação da liberdade das vítimas e, ainda, emprego de arma. A proporção aplicada - 1/2 - em decorrência das três causas de aumento, deve ser mantida, dada as peculiaridades do caso. A pena resta em 7 anos e seis meses de reclusão e 75 dias-multa. Já a pena para o crime de quadrilha armada restou fixada dentro dos parâmetros da lei, ou seja, em dois anos. Logo, somadas, as penas de Ademir totalizam 9 anos e seis meses de reclusão e 75 dias-multa.

2.3. Em relação à pena-base de Carlos Eduardo (...)

Como já considerado em relação ao corréu Ademir, não foram apontados elementos para considerar os motivos e a culpabilidade negativos. Logo, no caso de Carlos Eduardo, a pena-base deve ficar no mínimo legal, em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa. Na terceira fase, aumento a pena em 1/2, respeitando o quantum fixado pelo magistrado, restando em 6 anos e 15 dias-multa pelo crime de roubo.

Soma-se a pena fixada pelo crime de quadrilha, que não merece reparos, vez que foi definida em um ano e seis meses, mesmo em se tratando de quadrilha armada, ou seja, mais favorável ao réu. Logo, a pena de Carlos Eduardo fica em 7 anos e seis meses de reclusão e 15 dias-multa. (fls. 92-93).

Daí o presente *writ*, no qual o impetrante alega que o Tribunal de origem reduziu as penas-base dos pacientes quanto ao crime do art. 157, § 2.º, I, II e V, do Código Penal, mas não o fez relativamente ao crime do art. 288 do Código Penal.

Requer seja decotado em 1/6 (um sexto) a pena-base aplicada a Ademir Rosa pelo crime de formação de quadrilha, bem como no que diz respeito ao paciente Carlos Eduardo, seja reduzida ao mínimo legal a pena-base pelo crime de formação de quadrilha. Pleiteia, ainda, seja fixado o regime semiaberto como inicial de cumprimento da pena para o paciente Carlos.

As informações foram juntadas às fls. 104, 106, 108-109, 111-113 e 115-158.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 161-166, da lavra do Subprocurador-Geral da República Alcides Martins, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 226.066 - MS (2011/0281511-1)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 288, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. (1) *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. (A) PACIENTE ADEMIR. MAUS ANTECEDENTES. INCREMENTO JUSTIFICADO. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (B) PACIENTE CARLOS EDUARDO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ACRÉSCIMO.. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. TEMA NÃO AGITADO/ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO INVIABILIDADE. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus* (STF: HC 97677/PR, 1.ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009). Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, em 1/6 (um sexto), considerar como desfavorável os antecedentes do paciente **Ademir**. Todavia, imprescindível o decote do incremento sancionatório, referente as demais circunstâncias judiciais, por falta de fundamentação idônea. Quanto ao paciente **Carlos Eduardo**, é de ver que não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações.

3. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa ao regime inicial de cumprimento da pena não foi agitada/enfrentada no Tribunal de origem.

4. *Habeas corpus* não conhecido. **Ordem concedida, de ofício**, a fim de reduzir, **apenas no tocante ao crime previsto no art. 288, caput, do código Penal**, as penas do paciente **Ademir**, para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, bem como, no que diz respeito ao paciente **Carlos Eduardo**, para 1 (um) ano de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão. Resta, portanto, a pena final do paciente **Ademir** em 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 75 dias-multa, e do paciente **Carlos Eduardo**, 7 (sete) anos de reclusão, mais 15 dias-multa.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, cumpre deixar assentado que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na seqüência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das conseqüências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e conseqüências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada.

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O *quantum* de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados.

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o *habeas corpus* presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

Na espécie, constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base, em 1/6 (um sexto), considerar como desfavorável os antecedentes do **paciente Ademir**. Todavia, imprescindível o decote do incremento sancionatório, referente as demais circunstâncias judiciais, por falta de fundamentação idônea. Assim, altero a pena-base, referente ao crime do art. 288, *caput*, do Código Penal, de 2 (dois) anos para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Quanto ao **paciente Carlos Eduardo**, é de ver que não constitui fundamentação adequada para o acréscimo da pena-base considerar as circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente porque, na espécie, não arrola o juiz elementos concretos dos autos para dar supedâneo às suas considerações. Portanto, altero a pena-base, relativamente ao crime do art. 288, *caput*, do Código Penal, de 1 (um) ano e 6 (seis) meses para o mínimo legal (um ano de reclusão).

Nesse passo, a pena do paciente **Ademir** totaliza 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 75 dias-multa, sendo 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 75 dias-multa, pelo crime de roubo circunstanciado, que não foi objeto deste *writ*, e 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão pelo crime de quadrilha ou bando.

Referente ao paciente **Carlos Eduardo**, a pena totaliza 7 (sete) anos de reclusão, mais 15 dias-multa, sendo 6 (seis) anos de reclusão, mais 15 dias-multa, pelo crime de roubo circunstanciado, que não foi objeto deste *writ*, e 1 (um) ano de reclusão pelo crime de quadrilha ou bando.

Com relação ao pedido de alteração do regime inicial de cumprimento da pena, sequer será necessária a verificação de existência ou não de patente ilegalidade, de tal arte a justificar a cognição deste inusitado sucedâneo recursal, uma vez que a referida matéria não foi agitada/enfrentada no Tribunal de origem.

Nesse cenário, avançar-se sobre o assunto implicaria indevida supressão de instância.

Em hipóteses tais, eis a judiciosa compreensão desta Corte:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. **DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA**. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MEDIDA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. 1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o *habeas corpus* utilizado em substituição ao recurso adequado. 2. As hipóteses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes. 3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, *ex officio*, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

4. O tema referente à falta de fundamentação para fixação da pena, sequer foi questionado ou debatido na instância precedente, o que atrai o óbice da supressão de instância, tornando incabível o exame do pleito neste ponto.

5. Nos termos do art. 44, I, do Código Penal, não cabe substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao réu condenado por crime cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, como ocorre na hipótese dos autos (e-STJ fl. 24). 6. Ordem não conhecida. (HC 261.498/DF, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 27/05/2013)

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. NARCOTRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA ANTES DA NOTIFICAÇÃO DO ACUSADO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRELIMINAR NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO EM 17.01.2010. LIBERDADE PROVISÓRIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DE TODAS AS PRISÕES PROVISÓRIAS. ART. 93, IX DA CF. CUSTÓDIA CAUTELAR DEVIDAMENTE JUSTIFICADA NO CASO CONCRETO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA (50 GRAMAS DE CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PACIENTE QUE FUGIU DA CADEIA LOGO APÓS O FLAGRANTE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. HABEAS CORPUS CONHECIDO EM PARTE E, NESSA PARTE, DENEGADA A ORDEM.

1. A partir da leitura da ementa e do inteiro teor do acórdão combatido, verifica-se que a questão relativa à nulidade alegada pela defesa não foi analisada pelo Tribunal de origem, fato que impede a manifestação desta Corte sobre o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Com efeito, não compete a esta Corte a análise de matéria não debatida nas instâncias ordinárias, nos termos do art. 105 da Constituição da República. Precedentes.

2. Todas as prisões antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória tem caráter cautelar e devem estar amparadas em algum dos pressupostos do art. 312 do CPP; dessa forma, a adequada fundamentação da decisão judicial que a decreta ou que a mantém (no caso de prisão em flagrante), ainda que se trate de crime hediondo ou a ele equiparado, como na hipótese de tráfico de drogas, é requisito fundamental e indispensável para a sua validade no nosso ordenamento jurídico, em face do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal, que não pode ser excepcionado por norma de caráter infraconstitucional. 3. No caso concreto, presentes indícios veementes de autoria e provada a materialidade do delito, a manutenção da prisão cautelar encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, tendo em vista a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quantidade e a natureza do entorpecente apreendido (50 gramas de *crack*), e a condição de foragido do paciente, tudo a indicar que este faz do tráfico seu meio de vida. 4. *Habeas Corpus* conhecido em parte e, nessa parte, denegada a ordem.

(HC 173.595/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 27/06/2011).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, **de ofício**, a fim de reduzir a pena do paciente **Ademir**, para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, bem como, no que diz respeito ao paciente **Carlos Eduardo**, para 1 (um) ano de reclusão, no tocante ao crime previsto no art. 288, *caput*, do código Penal, mantidos os demais termos do acórdão.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0281511-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 226.066 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20100336580 7090020223

EM MESA

JULGADO: 29/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: ENY CLEYDE SARTORI NOGUEIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: ADEMIR ROSA GONÇALVES (PRESO)
PACIENTE	: CARLOS EDUARDO MARQUES FERREIRA (PRESO)
CORRÉU	: ANA PAULA BARBOSA SILVA
CORRÉU	: MARILIS OLIVEIRA DE MELO
CORRÉU	: UERDEM BURRIGUE NEVES DE AGUIAR

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Assusete Magalhães votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.