



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.560 - SP (2015/0257457-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI CERINO JUNIOR
PACIENTE : MARCOS ANTONIO DE JESUS SANTOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. REINCIDÊNCIA DEPURADA UTILIZADA COMO MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PLEITO DE DETRAÇÃO NOS TERMOS DO ART. 387, § 2º, DO CPP. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE CONHECIMENTO. OMISSÃO. ILEGALIDADE. INDEFERIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. FUNDAMENTO CONCRETO. *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. Embora não possam caracterizar a reincidência, as condenações definitivas que já ultrapassaram o período depurador do art. 64, I, do Código Penal, podem ser utilizadas como maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria. Precedentes.
3. É legítima a fixação de regime inicial semiaberto a réu primário condenado a pena inferior a 4 anos, se a pena-base ficou acima do mínimo legal. Precedentes.
4. A detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP, se refere à *fixação de regime inicial de cumprimento de pena, a ser imposto pelo Juízo da condenação por ocasião da sentença, oportunidade na qual se computará o período em que o condenado permaneceu preso provisoriamente para fins de escolha do modo inicial de execução da sanção privativa de liberdade, por intenção e determinação do legislador* (AgRg no AREsp 652.915/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016), não se tratando, portanto, de progressão de regime, instituto cuja análise compete ao juízo da execução da pena.
5. Não há ilegalidade no indeferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se concretamente fundamentado.
6. *Habeas corpus* não conhecido, mas, concedida a ordem, de ofício, para para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com observância às regras do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de agosto de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.560 - SP (2015/0257457-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : VANDERLEI CERINO JUNIOR
PACIENTE : MARCOS ANTONIO DE JESUS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de VANDERLEI CERINO JUNIOR e MARCOS ANTONIO DE JESUS SANTOS, em face de acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que VANDERLEI e MARCOS foram condenados como incursos nas sanções do art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, igualmente, a 2 anos e 4 meses de reclusão, e 11 dias-multa, cada.

Interpostas apelações, o Tribunal de origem, deu parcial provimento aos recursos para *redimensionar a reprimenda do réu Marcos Antônio de Jesus Santos para 2 (dois) anos de reclusão, mais 10 (dez) diárias de multa, à razão menor da lei* (fl. 23).

Requer, liminarmente, a determinação do cumprimento de pena em regime aberto.

No mérito, busca a revisão da pena-base do paciente VANDERLEI, ao argumento de que a condenação, embora definitiva, ocorreu há mais de 10 anos, não podendo configurar maus antecedentes.

Sustenta que *sua aplicação, no caso, geraria julgamento do acusado por seu passado, e não pela conduta imputada, o que fere o princípio constitucional da lesividade e da culpabilidade, empregando, na prática, preceitos do direito penal do autor* (fl. 5).

Pleiteia, ainda, a fixação do regime aberto para MARCOS, alegando que não há fundamento idôneo para a aplicação do regime mais severo.

Aduz que, *se a confissão é capaz de impedir o aumento obrigatório de uma agravante, cujo rol é taxativo, com maior razão deve embasar o estabelecimento do regime inicial menos gravoso* (fl. 9).

Por fim, requer, para ambos os pacientes, a detração da pena para fins de aplicação de regime menos gravoso, nos termos do art. 387, § 2º, do Código Penal, e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

A liminar foi indeferida às fls. 61/62.

As informações foram prestadas às fls. 70/85 e 88/121.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal se manifestou *pelo não conhecimento da impetração* (fl. 124).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 338.560 - SP (2015/0257457-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que os pacientes foram condenados como incursos no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, a 2 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto.

Aponta a impetrante, vícios na dosimetria da pena, o que ora passo a analisar.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos da sentença e do acórdão do, no que tange à aplicação da pena:

A. Do réu Vanderlei Cerino Juttior.

Em vista do que dispõe o artigo 59 do Código Penal e considerando a personalidade do réu, voltada para a prática de delitos (condenação definitiva ostentada pela certidão de fls. 39 do apenso próprio), fixo a pena base em dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias multa, no valor unitário mínimo legal. Na segunda fase da fixação da pena, compensando-se a circunstância atenuante da confissão com a circunstância agravante da reincidência (certidão de fls. 40 do apenso próprio), resta a pena tal como originariamente fixada, a qual é tornada definitiva, à míngua de causas de aumento ou de diminuição de pena.

B. Do réu Marcos Antonio de Jesus Santos.

Em vista do que dispõe o artigo 59 do Código Penal e considerando a personalidade do réu, voltada para a prática de delitos (condenação definitiva ostentada pela certidão de fls. 38 do apenso próprio), fixo a pena base em dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias multa. no valor unitário mínimo legal. Na segunda fase da fixação da pena, compensando-se a circunstância atenuante da confissão com a circunstância agravante da reincidência (certidão de fls. 24/25 do apenso próprio), resta a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena tal como originariamente fixada, a qual é tornada definitiva, à míngua de causas de aumento ou de diminuição de pena.

3. Neste contexto, julgo procedente a denúncia, para CONDENAR o réu VANDERLEI CERINO JÚNIOR, qualificado nos autos, às penas de dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias multa, no valor unitário mínimo legal. por incurso artigo 155, parágrafo 4º, IV, do Código Penal. Julgo, outrossim, procedente a denúncia, para CONDENAR o réu MARCOS ANTONÍO DE JESUS SANTOS, qualificado nos autos, às penas de dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias multa, no valor unitário mínimo legal. por incurso artigo 155, parágrafo 4º, IV, do Código Penal.

À vista do que estabelece o artigo 33 e parágrafos do Código Penal, o regime inicial para cumprimento da pena é o semiaberto para ambos os réus, uma vez que, nada obstante a confissão e a ausência de violência no bojo do tipo penal em exame, diante da reincidência ostentada por ambos, aliada aos antecedentes desfavoráveis relativos a qual. Outrossim, em relação ao réu Vanderlei, há que se considerar a existência de dois registros de evasão (certidão de fls. 9 do apenso próprio), a evidenciar a necessidade de ser melhor observado. Nada há a prover à luz do disposto no artigo 287, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, já que os réus não perfizeram, em sede de prisão provisória, o lapso temporal necessário à eventual progressão de regime.

Não se afigura socialmente recomendável, em relação ao réu Vanderlei, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista as condenações definitivas anteriores e os registros de evasão. A substituição revela-se, ainda, incabível em relação ao corréu Marcos Antonio, diante da reincidência específica.

Não há falar em suspensão condicional da pena, diante do quantum imposto a cada qual dos denunciados, aliados à reincidência ostentada por ambos.

Mantidos os pressupostos à segregação cautelar, obsta-se o recurso em liberdade, recomendando-se os réus nas prisões em que se encontram e expedindo-se guia de recolhimento, provisória ou definitiva, conforme o caso (sentença, fls. 21/22).

Daí, porque, na forma do art. 59, do Cód. Penal, na primeira etapa, o acréscimo em razão da personalidade dos réus, voltada para a prática de outros delitos, ante os maus antecedentes ostentados por ambos, cf. fls. 12 e 39 (referindo-se a uma só condenação), quanto a Vanderlei, e fl. 20, quanto ao réu Marcos, justifica maior reprovação da conduta.

Neste ponto, pese a alegação da d. Defesa de que já se passaram mais de 10 anos do trânsito em julgado da condenação referida à fl. 39 (18.01.1996), constata-se que o cumprimento da pena deu-se somente em 01.09.2006, como se depreende da fl. 12 do apenso, configurando-se, portanto, os maus antecedentes.

Ademais, o cometimento reiterado de delitos deste jaez,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provado pela instauração de processos criminais, que resultaram em condenações transitadas em julgado, não permitem minguar a pena-base.

A respeito, confira-se julgado desta Colenda Nona Câmara: Apel. 0054110-57.2004.8.26.0050, rei. Des. Roberto Midolla, julgado em 13.12.2006.

Na segunda fase, atestada a recidiva do réu Vanderlei (fl. 40 do apenso) e presente a atenuante da confissão, não seria o caso, data vênua, de compensar tais circunstâncias, tendo em vista a preponderância da reincidência. No entanto, ausente insurgência ministerial, preserva-se a compensação, tornando-se, portanto, definitiva a reprimenda em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 11 (onze) dias-multa, no seu mínimo legal.

De outro tanto, ainda nesta etapa e no tocante a pena do réu Marcos, não há se falar em reincidência vez que, cf. documentos acostados pela Defesa, o irrogado teve a extinta a sua punibilidade pela prescrição.

Desta forma, afastada a recidiva e presente a atenuante da confissão, a pena base do irrogado Marcos retorna ao patamar mínimo, tornando-se, assim, definitiva em 2 (dois) anos de reclusão, mais 10 (dez) diárias de multa, à razão menor da lei.

- 4 -

No mais, mantenho os regimes prisionais iniciais no meio semiaberto.

Isso porque que se mostram suficientes diante das peculiaridades do caso, guardada a devida proporção com a gravidade do fato e, ademais, somada a culpabilidade demonstrada, bem como as circunstâncias judiciais desfavoráveis de ambos os acusados, além da recidiva do réu Vanderlei. Neste sentido, confira-se julgado do E. Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 1328891 SP 5ª T - rei. min. Marco Aurélio Bellizze.

[...]

Por derradeiro, a respeito da aplicação do art. 387, § 2º do Cód. de Processo Penal, observa-se que detração de pena é matéria cuja apreciação é de competência exclusiva do Juízo das Execuções Criminais, respaldada em legislação especial, específica, não obstante relativamente recente reforma parcial do Estatuto Adjetivo tenha estabelecido a matéria no dispositivo legal em comento.

Nem poderia ser diferente, uma vez que apenas o MM. Juiz das Execuções Criminais tem em mãos todo o histórico de condenações do sentenciado, aí incluídas todas as suas eventuais execuções, como também o seu histórico comportamental, na condição de detento.

E, por fim, nos termos do art. 44, incs. II e III, e § 3º, e art. 77, incs. I e II, do Cód. Penal, quanto a Vanderlei, e 44, inc. III, e art. 77, inc. II, do Cód. Penal a respeito de Marcos, incabível a substituição da corporal por restritiva de direitos, bem como a concessão do sursis.

Ante o exposto, nos termos do voto, dou parcial provimento aos recursos apenas para redimensionar a reprimenda do réu Marcos Antônio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de Jesus Santos para 2 (dois) anos de reclusão, mais 10 (dez) diárias de multa, à razão menor da lei (acórdão fls. 29/33).

Insurge-se a impetrante, inicialmente, contra o aumento na pena-base do paciente VANDERLEI, ao argumento de que a reincidência depurada não pode ser negativamente valorada a título de maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria.

Entretanto, o entendimento desta Corte se uniformizou no sentido de que *condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes* (AgRg no REsp 1505100/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015).

A propósito:

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006 - cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal (Resolução n. 5 de 16/2/2012) -, permitiu a concessão da benesse legal aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal.

2. Hipótese em que o réu não preenche as condições expressas no artigo supracitado para a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pois é portador de maus antecedentes.

3. Segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, condenações anteriores transitadas em julgado, alcançadas pelo prazo depurador de cinco anos previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora afastem os efeitos da reincidência, não impedem a configuração de maus antecedentes 4. *Agravo regimental desprovido.*

(AgRg no REsp 1505100/MG, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 04/08/2015);

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. 1) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO CUMPRIDA HÁ MAIS DE 5 ANOS. PERÍODO DEPURADOR. VALIDADE. 2) REGIME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRISIONAL FECHADO. ADEQUAÇÃO.

CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA EM PATAMAR SUPERIOR A 4 ANOS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Escoado o período depurador, o delito anteriormente cometido não se presta para caracterizar a reincidência, todavia, é suficiente justificar a presença de maus antecedentes.

- Nos termos do art. 33, § 3º do Código Penal, considerando a pena aplicada, superior a 4 anos e a presença de circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, fica perfeitamente justificado o regime prisional fechado, não havendo falar, portanto, em existência de constrangimento ilegal.

Habeas Corpus não conhecido.

(HC 318.549/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 30/06/2015).

Quanto ao regime inicial do paciente MARCOS, segundo consta dos autos, ao paciente, réu primário, foi fixada pena-base acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, qual seja, os maus antecedentes, tendo em vista a presença de condenação criminal transitada em julgado que não serve à reincidência, sendo fixado o regime semiaberto.

Nesse contexto, não verifico, no ponto, a presença de ilegalidade flagrante, apta a justificar a concessão da ordem de ofício.

Com efeito, não obstante tratar-se de réu primário, cuja pena reclusiva não supera 4 anos, foi-lhe fixada pena-base acima do mínimo legal, com o reconhecimento de circunstância judicial desfavorável, razão pela qual não há qualquer ilegalidade na fixação do regime mais gravoso, *in casu*, o semiaberto.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. VALOR DA COISA FURTADA. MAIS DE 30% DO SALÁRIO MÍNIMO DA ÉPOCA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. NÃO RECONHECIMENTO. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA DO ART. 155, § 2º, DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS.

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR. PENA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. *Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*

2. *Consoante entendimento jurisprudencial, o "princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentaridade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material.*

(...) Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público." (HC nº 84.412-0/SP, STF, Min. Celso de Mello, DJU 19.11.2004) 3. *Não é insignificante a conduta de subtrair um esmeril avaliado indiretamente em R\$ 250,00 (mais de 30% do salário mínimo da época).*

4. *O montante da res furtiva denota reprovabilidade suficiente da conduta, em ordem a afastar o reconhecimento do caráter bagatelar do comportamento imputado, podendo-se afirmar que há afetação do bem jurídico.*

5. *A aplicação da redução de pena prevista no art. 155, § 2.º, do Código Penal, exige o preenchimento de certos requisitos para a concessão do benefício, no caso, ausentes, como bem ressaltou o acórdão vergastado. Ainda que assim não fosse, na espécie, não pode ser considerada a coisa furtada de pequeno valor, o que obsta a aplicação do redutor.*

6. *Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, estabelecida a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é adequada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante de circunstância judicial desfavorável.*

7. *Ausência de flagrante ilegalidade, apta a relevar a impropriedade da via eleita.*

8. *Impetração não conhecida.*

(HC 329.491/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 28/09/2015);

CONSTITUCIONAL. PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE EM VIRTUDE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DA CONDUTA DELITUOSA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INSUFICIÊNCIA DA MEDIDA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (CP, ART. 33, § 3º). HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o habeas corpus será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art.

654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no habeas corpus devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. p/ acórdão Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma; HC 111.670, Rel.

Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. O Código Penal não estabelece critérios objetivos para a fixação da pena; confere ao juiz relativa discricionariedade.

Não demonstrado o abuso no seu exercício, impor-se-á a denegação de habeas corpus se nele a parte objetiva a "mera substituição do juízo subjetivo externado em decisão fundamentada, dentro dos parâmetros cominados pela lei" (STJ, AgRg no HC 267.159/ES, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 24/09/2013; HC 240.007/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/05/2015; STF, HC 125.804/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 24/02/2015; RHC 126.336/MG, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 24/02/2015).

03. Será permitida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se, entre outros requisitos, "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" (CP, art. 44, inc. III).

Não se presta o habeas corpus para a reavaliação dos pressupostos fáticos que autorizam a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A discricionariedade conferida ao juiz só pode ser



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corrigida quando evidente a "ilegalidade ou abuso de poder" (CR, art. 5º, inc. LXVIII).

04. Conquanto ao réu, condenado pela prática do crime de furto simples (CP, art. 155, caput), tenha sido aplicada pena inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o fato de lhe serem desfavoráveis as circunstâncias judiciais impede a concessão do regime prisional aberto para o seu cumprimento inicial (CP, art. 33, § 3º).

05. Habeas corpus não conhecido.

(HC 321.732/RJ, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 09/09/2015).

Quanto ao pleito de detração da pena, para fins de fixação do regime inicial, nos termos do § 2º do art. 387 do CPP na redação dada pela Lei 12.736/2012, compulsando os autos, verifica-se que o Tribunal de origem limitou-se a indeferir o pedido ao fundamento de que seria tema de *competência exclusiva do Juízo das Execuções* (fl. 32), contrariando a jurisprudência desta Corte que se firmou no sentido de que o instituto se refere à *fixação de regime inicial de cumprimento de pena, a ser imposto pelo Juízo da condenação por ocasião da sentença, oportunidade na qual se computará o período em que o condenado permaneceu preso provisoriamente para fins de escolha do modo inicial de execução da sanção privativa de liberdade, por intenção e determinação do legislador* (AgRg no AREsp 652.915/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016), configurando-se, portanto, o constrangimento ilegal neste ponto.

Nesse sentido, podem ser citados, ainda, os seguintes precedentes:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, POR TRÊS VEZES, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. MAJORANTES.

QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REPRIMENDA FINAL SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART.

387, § 2.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula nº 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

3. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. Na espécie, as instâncias de origem salientaram particularidade fática - modus operandi -, que evidencia um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

4. O § 2.º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.736/2012, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, revelado na execução penal, eis que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juiz sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer um regime inicial mais brando, tendo em vista a detração no caso concreto.

4. A argumentação no sentido de que caberia ao Juízo das Execuções a análise dos requisitos para a progressão de regime, em verdade, não guarda correspondência com o pleito da defesa referente à aplicação do art. 387, § 2.º, do Código de Processo Penal. Notabiliza-se que o mencionado artigo não evidencia progressão de regime, conforme já salientado, motivo pelo qual não há falar em exame dos critérios objetivo (lapso temporal) e subjetivo (comportamento carcerário), até porque tal avaliação invadiria a competência do Juízo das Execuções prevista no art. 66, III, b, da Lei de Execuções Penais.

5. A ação constitucional, no tocante à aplicação do art. 387, § 2.º, do CPP, não se reveste do indispensável requisito formal, qual seja, o interesse de agir, eis que o fato de o paciente já ter cumprido 3 (três) meses de uma condenação de 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, conforme afirmado pela defesa, não surtirá efeito no estabelecimento do regime inicial de cumprimento de pena. Isso porque a pena definitiva continua superior a 4 anos, o que evidencia a possibilidade da imposição do regime fechado, tendo em vista a gravidade concreta da conduta do paciente.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, mais 30 (trinta) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 344.424/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

VIA INADEQUADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. HEDIONDEZ DO DELITO.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DETRAÇÃO PENAL.

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

2. O reexame da dosimetria por esta Corte Superior, em sede de habeas corpus, só é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo de norma que acarrete flagrante ilegalidade, o que não se vislumbra na hipótese.

3. Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, elas não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, consoante a Súmula 231 desta Corte.

4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) a depender das circunstâncias do caso concreto.

5. Devidamente justificado o quantum de redução pela minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em razão da qualidade e da quantidade das drogas apreendidas (19,53 gramas de maconha, divididos em 30 porções, e 14,65 gramas de cocaína em pó, distribuídos em 14 papérolas), descabe falar em flagrante constrangimento ilegal a ser sanado, ainda mais quando a fração de redução aplicada "fica indene ao crivo do habeas corpus, pois é matéria que demanda revolvimento fático-probatório" (HC 321.624/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2015, DJe 03/08/2015).

6. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

7. In casu, o juiz de 1º grau fixou o regime prisional fechado com fundamento no art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos. Assim, relativamente ao paciente Mateus, considerando a quantidade da pena imposta (2 anos e 6 meses), o fato de ser primário e de não terem sido apontadas circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis, é possível a fixação de regime mais brando. Em relação ao paciente Wellington, tendo em vista que é reincidente específico e foi condenado a pena superior a 4 anos, não há óbice à fixação do regime fechado.

8. Esta Corte vem entendendo que "o § 2.º do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei n.º 12.736/12, não guarda relação com o instituto da progressão de regime, próprio da execução penal, tendo em vista que o legislador cuidou de abranger o referido dispositivo no Título XII - Da Sentença. Diante de tal fato e em razão do próprio teor do dispositivo, que se refere a regime inicial de cumprimento de pena, incumbe ao juízo sentenciante a verificação da possibilidade de se estabelecer regime inicial mais brando, tendo em vista a aplicação da detração no caso concreto" (HC 325.174/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/09/2015).

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Caraguatatuba, apenas em relação ao paciente Mateus Isaias Manoel Martins, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial, em atenção ao instituto da detração, e se estão preenchidos os requisitos para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

(HC 328.132/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E RECEPÇÃO. PENA-BASE PARA O DELITO DE TRÁFICO FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO QUALIFICADA. ATENUANTE QUE DEVE SER CONSIDERADA. AFASTAMENTO DO REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.

ALEGADA OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA AUMENTAR A PENA-BASE E PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR.

INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS QUE APONTAM QUE O ACUSADO DEDICA-SE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA FIXADA ACIMA DE 4 ANOS. PREVISÃO DO ART. 44 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME.

FUNDAMENTAÇÃO AFASTADA. REGIME MAIS GRAVOSO MANTIDO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes.

- No caso, a fixação da pena-base acima do mínimo legal teve por fundamento a grande quantidade da droga apreendida - 44 tijolos de maconha, que contabilizaram mais de 40Kg de droga -, revelando-se razoável e proporcional o aumento da pena em 1 e 8 meses.

- Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve incidir a atenuante de confissão, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a condenação, como ocorreu na hipótese dos autos.

- Mantida a condenação em patamar superior a 4 (quatro) anos, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

- Entretanto, tendo as instâncias ordinárias fundamentado, de forma concreta, o não reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciado no fato de o paciente dedicar-se à atividade criminosa, modificar tal entendimento importa em revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- No caso, considerando-se que a pena-base foi acima do mínimo legal, em razão da quantidade elevada da droga apreendida - 40 quilos de maconha -, circunstância evidenciada pelo Tribunal a quo ao manter o regime inicial fechado, há fundamentação concreta que recomenda o regime mais gravoso, para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos moldes do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Precedentes.

- A previsão inserida no § 2º do art. 387 do Código de Processo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, não se refere à verificação dos requisitos para a progressão de regime, instituto que se restringe à execução penal, mas da possibilidade de o Juízo de 1º Grau, no momento oportuno da prolação da sentença, estabelecer regime inicial mais brando, em razão da detração. Ainda que realizado o desconto do quantum da pena, do período em que o réu se manteve em custódia preventiva, não há óbice de que o magistrado fixe regime inicial mais gravoso, fundamentando-se nas circunstâncias do caso concreto, que recomendam maior rigor no cumprimento da pena.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para promover a redução da pena, em razão da incidência da atenuante da confissão.

(HC 316.092/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 11/11/2015)

Por fim, não se constata nenhuma ilegalidade no que diz respeito ao indeferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos para o paciente VANDERLEI, porquanto concretamente fundamentado, no inciso II, do art. 44, do Código Penal (reincidência).

Quanto ao paciente MARCOS, o indeferimento se deu com base no não cumprimento dos requisitos subjetivos do inciso III, do art. 44, do Código Penal, de modo a revisão do entendimento exigiria o revolvimento fático-probatório, inviável na via eleita.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas para conceder a ordem de ofício para que o Tribunal de origem proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com observância às regras do art. 387, § 2º, do CPP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0257457-7

HC 338.560 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00886715820148260050 20150000607245 53072014 886715820148260050

EM MESA

JULGADO: 02/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: VANDERLEI CERINO JUNIOR
PACIENTE	: MARCOS ANTONIO DE JESUS SANTOS

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

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 habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.