



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.522 - MS (2016/0305673-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WALDIMAR DIAS DO CARMO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO SIMPLES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO RESTITUIÇÃO DOS BENS À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS INERENTES AO TIPO. *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.

2. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

3. O fundamento utilizado para valorar negativamente as consequências do crime não é idôneo. Isso porque, o fato de os bens não terem sido restituídos à vítima é uma circunstância inerente ao próprio tipo do furto, portanto, não pode ser utilizado para exasperar a pena-base.

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 14 de fevereiro de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.522 - MS (2016/0305673-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : WALDIMAR DIAS DO CARMO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WALDIMAR DIAS DO CARMO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0045638-63.2011.8.12.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 3 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e multa, por incurso nas sanções do art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal (e-STJ fls. 162/169).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual a pena do paciente foi redimensionada para 2 anos e 9 meses de reclusão e multa, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 225/238) :

APELAÇÃO – PENAL – FURTO QUALIFICADO – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – COMPENSAÇÃO ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA – ACOLHIMENTO – PARCIAL PROVIMENTO.

Outras provas – além da perícia técnica – podem ser utilizadas à caracterização do furto qualificado pelo rompimento de obstáculo.

A existência de circunstâncias judiciais negativas autoriza a exasperação da pena-base em patamar superior ao mínimo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É de se compensar a confissão espontânea com a reincidência.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento apenas para compensar a reincidência com a confissão espontânea.

Sobre a parte não unânime do julgado, a defesa opôs embargos infringentes, os quais foram acolhidos para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo e, em consequência, desclassificar a conduta atribuída ao paciente para furto simples, alterando a pena do paciente para 1 ano e 9 meses de reclusão (e-STJ fls. 269/274). Segue a ementa do acórdão:

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES – RECURSO PROVIDO.

Para que seja caracterizada a qualificadora de rompimento de obstáculo é imprescindível a realização de exame pericial.

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve a valoração negativa das consequências do crime com base em circunstância inerente à configuração do ilícito. Afirma que a não recuperação de todos os bens subtraídos não pode ser sopesada como circunstância negativa, razão pela qual a pena-base deve ser estabelecida no mínimo legal. Outrossim, defende ser desproporcional a exasperação da pena em excessivos 9 meses com base em uma única circunstância negativa.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena do paciente.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 284/286.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 336/340, pelo não conhecimento do *habeas corpus*:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO SIMPLES. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE QUE NÃO COMPORTA REFORMA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CORRETAMENTE VALORADAS. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM OU, NO MÉRITO, PELA SUA DENEGAÇÃO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 379.522 - MS (2016/0305673-0)

VOTO

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

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

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

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

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

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

Busca-se, na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base. A defesa alega que o fato de os bens não terem sido recuperados não pode servir como fundamento para valorar negativamente as consequências do delito, porquanto são inerentes ao tipo penal do furto.

Com efeito, a jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

No caso dos autos, o Magistrado de primeiro grau fixou a pena-base acima do mínimo legal, o que foi mantido pelo Tribunal local, nos seguintes termos (fl. 166):

Analizando as circunstâncias do art. 59 do Código penal, verifico que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime; os antecedentes prejudicam o condenado, porquanto possui sentença condenatória anterior com trânsito em julgado, contudo, tal matéria será analisada tão somente na segunda fase de fixação da pena, a fim de evitar o bis in idem, a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem elementos suficientes para se definir a personalidade do agente; os motivos do crime não desbordaram da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias também não devem aumentar a pena-base, já que não apresentam peculiaridades que justifiquem a exasperação da pena-base; as consequências devem lhe prejudicar, uma vez que não foram recuperados todos os objetos subtraídos, sendo apontado pelo próprio réu que já havia vendido a maioria da res; o comportamento da vítima nada influenciou na prática do crime..

Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base acima do mínimo legal, mais precisamente em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Da leitura do trecho supracitado, verifica-se que a pena-base foi exasperada em 9 meses, em razão da valoração negativa das consequências do crime, sob fundamento de que os bens subtraídos pelo acusado não foram restituídos à vítima.

Contudo, esse fundamento utilizado não é idôneo. Isso porque, o fato de os bens não terem sido restituídos à vítima é uma circunstância inerente ao próprio tipo do furto, portanto, não pode ser utilizado para exasperar a pena-base.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 59 E 68, AMBOS DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NEGATIVAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. PREJUÍZOS SOFRIDOS PELAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VÍTIMAS. NÃO RESTITUIÇÃO DOS BENS APREENDIDOS. ELEMENTAR DO TIPO.

1. O fundamento apresentado pelo Tribunal de origem para exasperação da pena-base se ateve tão somente ao fato de as vítimas não terem recuperado os seus bens subtraídos.
2. Tal razão não se mostra suficiente a ponto de elevar a pena-base, pois, além de descrever fato comum ao tipo penal do furto, para caracterizar uma maior reprovabilidade da referida conduta, seria necessária a apresentação de outros elementos que dessem maior robustez à negativação.
3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1577453/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016)

HABEAS CORPUS. ROUBO E EXTORSÃO QUALIFICADOS. QUADRILHA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DESRESPEITO AO CRITÉRIO TRIFÁSICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Não pode o julgador, de forma desordenada e em fases aleatórias, sem respeito ao critério trifásico, majorar a pena-base fundando-se nos elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, como na hipótese.
2. A sentença condenatória, mantida pelo Tribunal a quo, não apresentou elemento concreto que indicasse um maior juízo de censura na atuação do Paciente no delito ao individualizar a pena, limitando-se a afirmar que agiu com dolo excessivo.
3. As circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social do criminoso não podem ser valoradas negativamente se não existirem, nos autos, elementos concretos para sua efetiva e segura aferição pelo julgador, de forma suficiente a justificar a exasperação da pena-base.
4. De outra parte, o fato de o produto do crime não ter sido recuperado ou o prejuízo da vítima ressarcido não pode legitimar o aumento na pena-base, pois o prejuízo alheio é elemento dos próprios tipos penais.
5. Malgrado a especial reprovabilidade do crime, o Juiz sentenciante deve majorar a pena dentro dos limites legais, em estrita obediência ao regramento estabelecido no art. 68 do Código Penal, devendo, a cada etapa, pormenorizadamente motivar a exasperação com dados concretos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar a pena privativa de liberdade do Paciente, nos termos acima explicitados.* (HC 171.016/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012)

Dessa forma, a pena-base deve retornar ao mínimo legal, qual seja, 1 ano de reclusão e 10 dias-multa. Mantida a compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência e ausentes outras circunstâncias a serem sopesadas, torno a pena aplicada ao paciente em 1 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano de reclusão.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0305673-0

HC 379.522 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00456386320118120001 456386320118120001

EM MESA

JULGADO: 14/02/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	: WALDIMAR DIAS DO CARMO

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

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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