



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.799 - SP (2016/0130528-9)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ROBERTO DOS SANTOS BASÍLIO

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME ESPECIALMENTE MAIS GRAVOSAS. FUNDAMENTOS IDÔNEOS PARA A EXASPERAÇÃO. TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. PEDIDO DE ABRANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA EM PATAMAR SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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 dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Não configura constrangimento ilegal a exasperação da pena, na primeira fase da dosimetria, com base em fatores concretos e idôneos, com relevo para as circunstâncias do crime especialmente mais gravosas.

4. Rever as premissas fáticas que conduziram a Corte de origem a concluir pelo expressivo transcurso do *iter criminis*, com reflexo no *quantum* da redução pela tentativa, demandaria reexame probatório, procedimento inviável na via estreita do *writ*.

5. Mantida a condenação do paciente em patamar superior a 8 anos de reclusão, fica prejudicado o pleito de abrandamento do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prisional.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.799 - SP (2016/0130528-9)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ROBERTO DOS SANTOS BASÍLIO

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS ROBERTO DOS SANTOS BASÍLIO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0040932-89.2014.8.26.0050).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 12 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, segunda parte, c/c 14, inciso II, do Código Penal (e-STJ fls. 41/49).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para afastar a circunstância negativa dos maus antecedentes e, em consequência, redimensionar a pena do paciente para 10 anos de reclusão e multa, mantido o regime inicial fechado (e-STJ fls. 60/65). Segue a ementa do acórdão:

Latrocínio na modalidade tentada - Coesão e harmonia do quadro probatório - Condenação mantida.

Pena-base - Majoração a título de maus antecedentes - Ausência de condenação definitiva - Afastamento - Necessidade.

Regime prisional inicial fechado - Gravíssimo delito patrimonial - Circunstâncias da prática delitiva e quantidade da pena que não autorizam regime diverso - Manutenção.

Apelo defensivo parcialmente provido.

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 1/21), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve: a) a exasperação da pena, na primeira fase da dosimetria, com base em circunstâncias inerentes ao ilícito penal;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) a fração de diminuição da pena, decorrente da tentativa, em apenas metade, embora o *iter criminis* seja mínimo. Em consequência do redimensionamento da pena, defende cabível a fixação de regime prisional mais brando.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a redução da pena e, em consequência, a fixação do regime prisional semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 68/70).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 81/95.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 105/111, opinou pelo não conhecimento do *writ* ou, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 356.799 - SP (2016/0130528-9)

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, 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, em síntese, o reconhecimento de constrangimento ilegal na exasperação da pena-base e redução da pena em apenas metade pela tentativa.

Como é cediço, a dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

No caso, o Tribunal *a quo* decotou a análise negativa dos maus antecedentes no estabelecimento da pena-base, delineando as circunstâncias do delito e fixando a pena-base em menor patamar (1/5), conforme segue (e-STJ fls. 63/64):

Patente, pois, o latrocínio, na forma tentada, dada a conduta do apelante, que, identificado o agente da lei, não hesitou em contra ele efetuar vários disparos com sua arma de fogo, sendo repellido com troca de tiros, em meio a tiroteio, perplexas, as mães, buscando se protegerem e a seus filhos, em tenra idade; circunstâncias alheias, a saber, a imperícia do acusado e a reação destemida da vítima, impediram lograsse, ele, êxito em seu intento homicida, sequer se apossando do bem inicialmente almejado; não se cogita, pois, de roubo duplamente qualificado.

As circunstâncias em que perpetrado o delito, agindo, o acusado, com frieza desmedida, usando de violência desnecessária, consoante razões dispendidas pelo douto sentenciante, autorizam a exasperação da pena-base, todavia em patamar mais acanhado, ora eleito em 1/5, obtendo-se as penas de 24 anos de reclusão e 12 dias-multa.

Não há registro nos autos, nem mesmo na certidão mencionada pelo douto sentenciante, de condenação definitiva envolvendo o acusado, de modo que alternativa outra não resta senão cancelar a nota de maus antecedentes.

Extrai-se da transcrição supra que o Tribunal *a quo* manteve parte da exasperação da pena-base do paciente com fulcro em circunstâncias especialmente mais gravosas do delito e não em fatores inerentes à configuração do ilícito.

Com efeito, foram vários os disparos de arma de fogo empregados contra a vítima, cuja ação criminosa também colocou em risco mães e filhos em tenra idade, o que denota frieza desmedida e exacerbada violência, não havendo falar em ilegalidade na exasperação da pena-base em 1/5 sobre o mínimo legal.

Em hipóteses análogas, decidiu esta Corte:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, II, DO CP. ART. 244-B DO ECA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO CONHECIDO.

[...]

2. 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, o Tribunal a quo salientou particularidade fática, destacando "as circunstâncias do crime de roubo, praticado mediante o emprego de simulacro de arma de fogo e concurso de três agentes, um deles adolescente, que abordaram vítima mulher com sua filha de dez anos, revelando periculosidade incomum dos apelantes" (fl. 26), o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.

3. Habeas corpus não conhecido. (HC 380.450/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 2/2/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. VIOLÊNCIA EXCESSIVA. FUNDAMENTO ADEQUADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. READEQUAÇÃO DOS PERCENTUAIS RELATIVOS À MAJORANTE DO CONCURSO DE AGENTES E À CONTINUIDADE DELITIVA. AFASTAMENTO DO CONCURSO FORMAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

I - Não há ilegalidade no v. acórdão recorrido que, analisando o art. 59 do CP, verifica a existência de circunstância judicial desfavorável apta a manter a fixação da pena-base acima do mínimo legal, como no caso, em que valorou-se negativamente a culpabilidade, em virtude da excessiva violência empregada, a ultrapassar o tipo penal. (Precedentes).

[...]

Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.594.699/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 22/6/2016).

No que toca ao *quantum* de diminuição da pena pela tentativa, segue a fundamentação constante da sentença condenatória para arbitrar a fração de 1/2 (e-STJ fl. 48):

O latrocínio se deu na forma tentada. Neste particular, observo que o 'iter criminis' foi considerável, pois o ladrazo conseguiu abordar o grupo com a arma de fogo em punho e dar a voz de assalto. Mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

um pouco já estaria a exaurir os atos de execução quando houve a reação de Niwman. Assim, pela regra do art. 14, parágrafo único, do Código Penal, mensurado o 'iter criminis', procedo à diminuição em 1/2 (metade), o que perfaz 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 6 (seis) dias-multa, no valor mínimo legal.

O Tribunal *a quo* manteve o patamar de redução utilizado pelo Juízo sentenciante, conforme segue (e-STJ fl. 64):

Reconhecida a tentativa, a redução operada, em razão do iter criminis percorrido, considerável, é irretocável.

Da leitura dos trechos supracitados, verifica-se que as instâncias ordinárias concluíram que o *iter criminis* foi percorrido em quase sua integralidade, motivo pelo qual a pena foi reduzida em metade.

Rever as premissas fáticas que conduziram a Corte de origem a concluir pelo expressivo transcurso do *iter criminis*, com reflexo no *quantum* da redução decorrente da tentativa, demandaria reexame probatório, procedimento inviável na via estreita do *habeas corpus*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO TENTADO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. ITER CRIMINIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao quantum de redução pela tentativa, o critério do iter criminis percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 339.562/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 9/3/2016).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. LATROCÍNIO TENTADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA EM RELAÇÃO A DUAS DELAS. TENTATIVA. ITER CRIMINIS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. CORREÇÃO. ANÁLISE DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE.

[...]

5. Quanto à tentativa, verifica-se que a diminuição na fração de 1/3 foi devidamente fundamentada no iter criminis percorrido pelo agente na prática delitiva, o qual, por razão alheia a sua vontade, não consumou o latrocínio, inexistindo, assim, na decisão, arbitrariedade ou desproporcionalidade. Ademais, a análise do tema em comento demanda incursão na seara fático-probatória, o que não é admitido na via estreita do habeas corpus.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a personalidade e os motivos do crime na exasperação da pena-base, determinando ao Juízo da Execução que proceda a nova dosimetria da pena, mantidos os demais termos da sentença condenatória. (HC 234.382/MT, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 1º/9/2015).

Por fim, mantida a condenação do paciente em patamar superior a 8 anos de reclusão, fica prejudicado o pleito de abrandamento do regime prisional.

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

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0130528-9

HC 356.799 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00409328920148260050 0887315 20150000904527 24692014 409328920148260050
887315 8922014

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ISABELA VELOSO MONREAL - SP279117
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARCOS ROBERTO DOS SANTOS BASÍLIO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Latrocínio

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."

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