



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.921 - RJ (2017/0169762-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO DA SILVA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. MENORIDADE. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Como é cediço, ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de *maus antecedentes*, *conduta social negativa* ou *personalidade voltada para o crime*, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444/STJ.

- Em relação ao pedido de reconhecimento da menoridade, verifico que a matéria não foi objeto de debate nas instâncias ordinárias. Dessa forma, a análise desse tema por esta Corte Superior significaria supressão de instância. Ademais, ainda que assim não fosse, o eventual reconhecimento da menoridade não teria reflexos na dosimetria da pena, em razão do enunciado n. 231 deste Tribunal, já que a pena-base retornou ao mínimo legal.

- Quanto ao pleito de substituição, tendo em vista que o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias - péssima conduta social - foi afastado, resta cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão de o paciente ser primário, condenado a pena inferior a 4 anos e ter as circunstâncias judiciais favoráveis.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Habeas Corpus* não conhecido. Contudo, ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e substituí-la por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Criminais.

ACÓRDÃO

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

Brasília (DF), 17 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.921 - RJ (2017/0169762-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LEONARDO DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, sem pedido de liminar, impetrado em favor de LEONARDO DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n. 0003812-47.2016.8.19.0014).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, à pena de 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto.

Interposta apelação, o Tribunal local deu parcial provimento ao recurso da defesa para redimensionar a pena para 2 anos e 4 meses de reclusão, bem como para modificar o regime para aberto, nos seguintes termos (fls. 38/46):

POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI N. 10.826/03) - APELANTE QUE AO PERCEBER A PRESENÇA DE POLICIAIS, DISPENSA UM REVÓLVER CALIBRE 22, MUNICIADO COM SEIS MUNIÇÕES DO MESMO CALIBRE MATERIALIDADE COMPROVADA POR LAUDO TÉCNICO QUE ATESTOU A POTENCIALIDADE DO OBJETO BÉLICO - AUTORIA INDUVIDOSA - DELITO DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO E QUE VISA A PROTEÇÃO DA SEGURANÇA COLETIVA - CONDUTA QUE INDEPENDE DO RESULTADO NATURALÍSTICO - TIPICIDADE DA CONDUTA ABSOLUTAMENTE CARACTERIZADA - PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO - PENA APLICADA QUE MERECE REPAROS - PARCIAL PROVIMENTO DO APELO PARA ESTABELECEER A SANÇÃO PENAL EM 02 (DOIS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO E 11 (ONZE) DIAS-MULTA, À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, MANTIDA, NO MAIS, A SENTENÇA GUERREADA.

No presente *writ*, a defesa alega que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, porquanto a Corte local manteve a pena-base em patamar superior ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal sem fundamentação idônea, pois baseada em condenações não transitadas em julgado, vulnerando o disposto no enunciado n. 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Subsidiariamente, alega que a atenuante genérica da menoridade não foi reconhecida, ainda que constante na denúncia e folha de antecedentes que o paciente contava com 20 anos à época dos fatos. Afirma que *É certo que em nenhum momento foi apreciada a questão que passou desapercibida em ambas instâncias. Porém, o seu reconhecimento não implica em supressão de instância pois não modifica o julgado e, como é de matéria de ordem pública, pode ser reconhecida em qualquer momento e, até mesmo, de ofício, como reiteradamente vem sendo afirmado por esta Colenda Corte Superior de Justiça* (fl. 5).

Por fim, insurge-se também contra a negativa de substituição da pena, porquanto o mesmo fundamento inidôneo (ações penais em curso) foi utilizado para impedir a substituição.

Dessa forma, requer o redimensionamento da pena e sua substituição por restritiva de direitos.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 61/65, pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 407.921 - RJ (2017/0169762-6)

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 utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, no não reconhecimento da atenuante da menoridade e na não substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

A dosimetria da pena e o estabelecimento do regime prisional inserem-se em um juízo de discricionariedade do julgador e estão atrelados às particularidades fáticas do caso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concreto e subjetivas dos agentes, que somente podem ser revistos por esta Corte, em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.

No presente caso, pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, observa-se que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, tendo em vista a conduta social. Veja o que foi consignado pelas instâncias ordinárias:

CONDENO o réu LEONARDO DA SILVA, por infração ao preceito do artigo 14, da Lei 10.826/03 c passo n aplicar-lhe a pena. O réu é tecnicamente primário, mas já fora condenado por dois crimes, sendo uma da mesma natureza e outro por tráfico de drogas, estando os autos em grau de recurso, conforme se verifica em sua FAC de f. 64/66 e na certidão de f. 68. Demonstra personalidade voltada para a prática de crimes, bem como conduta social negativa vez que faz dos delitos uma forma característica do seu atuar na sociedade. Note-se que as anotações constantes da FAC do réu juntadas as fls. e que denotam que o mesmo responde a outros processos, demonstra que o mesmo possui má conduta social, demonstrando ainda sua personalidade voltada para a prática de crimes. Nesse sentido o V. Acórdão proferido na Ap. Criin. 0030991-92.2012.8.19.0014, 4ª Câmara Criminal do TJRJ, Rei. Des. Francisco José de Asevedo, sendo o apelo interposto de sentença deste Magistrado nos autos do processo nº 0065012-31.2011.8.19.0014. Vale a pena transcrever o seguinte trecho pertinente: "O aumento da pena base aplicado pelo Magistrado sentenciante se mostrou acertado, dois. conforme se extrai da FAC de fls., o réu responde a outros processos por crimes diversos. (Sentença fls. 21/22)

Analizando as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, conquanto seja o Apelante tecnicamente primário, possui ele má conduta social até porque já cometeu outros delitos, inclusive com a mesma natureza deste do caso em comento. Deve, portanto, a pena-base ser afastada do mínimo legal, porém o quantum aplicado pelo Magistrado sentenciante se mostrou exacerbado. (Acórdão fl. 45)

De fato, observa-se que o afastamento do mínimo legal deu-se com base em fundamentação inidônea. Como é cediço, ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de *maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime*, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444/STJ.

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA QUALIFICADA. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES DO PACIENTE. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DESTA CORTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DO DELITO DE ROUBO MAJORADO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. PENA REDIMENSIONADA E NOVO REGIME. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR A PENA APLICADA E MODIFICAR O REGIME FIXADO.

1(...)

3. Pela leitura da sentença e do acórdão recorridos, denota-se que, na primeira fase da dosimetria da pena, o afastamento do mínimo legal baseou-se unicamente no fato de o acusado estar respondendo por homicídio qualificado, o que demonstraria sua inclinação ao cometimento de crimes graves.

4. Entretanto, anotações constantes na folha de antecedentes criminais, sem notícia de trânsito em julgado, não se prestam a fundamentar a valoração negativa dos vetores elencados no art. 59 do Código Penal, ex vi da Súmula n. 444/STJ.

(...)

8. Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para reduzir as penas e fixar o regime inicial semiaberto em favor do paciente. (HC 328.918/RJ, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015) - grifei.

Dessa forma, tendo em vista que a pena-base foi aumentada de forma indevida, o constrangimento ilegal fica evidenciado, devendo a pena-base retornar ao patamar legal.

Em relação ao pedido de reconhecimento da menoridade, verifico que a matéria não foi objeto de debate nas instâncias ordinárias. Dessa forma, a análise desse tema por esta Corte Superior significaria supressão de instância. Ademais, ainda que assim não fosse, o eventual reconhecimento da menoridade não teria reflexos na dosimetria da pena, em razão do enunciado n. 231 deste Tribunal, já que a pena-base retornou ao mínimo legal.

Tendo em vista o constrangimento ilegal vislumbrado na primeira fase da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dosimetria, necessário refazer a pena.

Na primeira fase, redimensiono a pena-base para o mínimo legal, qual seja, **2 anos de reclusão e 9 dias-multa**, ficando a pena final nesse patamar fixado, em razão da ausência de agravantes ou atenuantes na segunda fase, bem como de causas de aumento e diminuição na terceira etapa.

Por fim, quanto ao pleito de substituição, tendo em vista que o fundamento utilizado pelas instâncias ordinárias - péssima conduta social - foi afastado, resta cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão de o paciente ser primário, condenado a pena inferior a 4 anos e ter as circunstâncias judiciais favoráveis.

Ante o exposto, **não conheço** o *habeas corpus*. Contudo, concedo a ordem de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 2 anos de reclusão e 9 dias-multa e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0169762-6

HC 407.921 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00038124720168190014 38124720168190014

EM MESA

JULGADO: 17/08/2017

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: LEONARDO DA SILVA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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.