



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.239 - SP (2017/0123031-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER**
ADVOGADO : **ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER - SP118568**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **APARECIDO ANDERSON FRANCISQUINI**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. USO DE DOCUMENTO FALSO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ARTS. 33, §§2º E 3º, E 44, INCISO III, AMBOS DO CP. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade.

III - **In casu**, o eg. Tribunal de origem, após afastar a reincidência e considerá-la como maus antecedentes na primeira fase da dosimetria, houve por bem alterar o regime de cumprimento de pena do fechado para o inicial semiaberto. **Assim**, embora tecnicamente primário ao tempo do delito e apesar de ter sido definitivamente condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que o estabelecimento do regime intermediário para o início do cumprimento da sanção encontra-se devidamente justificado, haja vista a negatividade de circunstância judicial (maus antecedentes), **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal. (**Precedentes**).

IV - A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes) não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo o paciente sendo tecnicamente primário e a pena fixada em patamar inferior à 4 (quatro) anos de reclusão, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. (**Precedentes**).

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.239 - SP (2017/0123031-5)

IMPETRANTE : ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER
ADVOGADO : ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER - SP118568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO ANDERSON FRANCISQUINI

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de APARECIDO ANDERSON FRANCISQUINI contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, na Apelação n. 0020853-90.2011.8.26.0019.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do delito previsto no art. 304 do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, consistente em prestação pecuniária para entidade assistencial, no valor de dois salários mínimos (fls. 18-22).

Inconformados, recorreram a defesa e o Ministério Público. O eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao apelo defensivo, apenas para alterar o regime inicial para o semiaberto e afastar a reincidência e proveu o recurso ministerial para reconhecer a existência de maus antecedentes e afastar a substituição da pena por restritivas de direitos. Eis a ementa do v. acórdão:

"APELAÇÃO CRIMINAL Uso de documento falso Recurso defensivo - Carteira Nacional de Habilitação Pleito de absolvição Alegação de falsificação grosseira Impossibilidade Falsidade apta a enganar o homem médio - Argumentação de não conhecimento da falsificação Improcedência Materialidade e autoria devidamente comprovadas pelo laudo de exame documentoscópico, bem como o dolo do agente - Falsidade só constatada pela consulta ao sistema de cadastros Reconhecimento da tentativa Impossibilidade Crime formal que se consuma com o mero uso do documento - Condenação mantida Pena - Afastamento da reincidência Modificação para o regime semiaberto Sursis processual incompatível com a pena cominada ao tipo legal - Concessão de justiça gratuita Impossibilidade - Isenção do pagamento das custas processuais que deve ser direcionado ao Juízo da Execução - Recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcialmente provido.

Recurso ministerial Pleito de afastamento da substituição por restritivas de direitos Possibilidade Réu portador de maus antecedentes - Reconhecimento da circunstância judicial desfavorável Recurso provido" (fl. 136).

Opostos embargos de declaração pela defesa, estes foram rejeitados, conforme ementa a seguir transcrita:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Matéria decidida expressamente no acórdão embargado Ausência de contradição, obscuridade ou omissão Acórdão devidamente fundamentado. Embargos rejeitados" (fl. 146).

Os recursos especial e extraordinário foram inadmitidos.

Daí o presente **writ**, no qual o impetrante alega, em breve síntese, que a negativa de substituição da pena por restritivas de direitos carece de fundamentação, em flagrante ofensa ao texto da Constituição (art. 93, inciso IX) e ao Código de Processo Penal (art. 382, inciso III).

Para tanto, afirma que, *"Se é possível a concessão da almejada substituição de pena em caso de reincidência, com muito mais vigor será possível tal substituição, em caso de maus antecedentes"* (fl. 5).

Assevera que *"a decisão acerca da substituição de penas em virtude dos antecedentes é critério subjetivo e, nesse aspecto, há de ser devidamente fundamentada a decisão"* (fl. 5).

Aduz, ainda, que *"O antecedente do réu não é específico, já que a condenação anterior se deu por receptação, delito diverso do ora praticado, tendo decorrido lapso que o retorna a condição de réu primário"* (fl. 6).

Sustenta, ainda, que o regime inicial aberto é o mais adequado, haja vista que o paciente não é reincidente e seu delito não possui gravidade que seja incompatível com o regime menos gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma, também, que "*Estabelece o artigo 33, § 2º, letra 'c' que o condenado não reincidente, cuja pena não ultrapasse quatro anos, poderá iniciar o cumprimento da pena em regime aberto*" (fl. 7).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja fixado o regime inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Pedido liminar **indeferido** à fl. 127.

Informações prestadas às fls. 133-134.

No parecer, às fls. 159-166, o **Parquet** federal manifestou-se pela concessão da ordem de ofício para que haja substituição da pena e adequação do regime inicial para o aberto. Eis a ementa do parecer:

"HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. APENAS UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR POR CRIME DE RECEPÇÃO. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Na espécie, o paciente foi condenado à pena de 2 anos e 4 meses, em regime inicial fechado, pelo delito previsto no art. 304 do CP, pois teria apresentado CNH falsa a policiais militares. Após interposição de apelação pela defesa e pelo Ministério Público, houve afastamento da reincidência e da substituição da pena, com imposição de regime inicial semiaberto. Desse modo, a defesa pleiteia a substituição da pena e adequação do regime inicial para aberto.

3. O Tribunal de origem entendeu que apenas a existência de maus antecedentes seria suficiente para afastar a substituição da pena. No entanto, no caso sob análise, o paciente foi condenado anteriormente pelo delito de receptação qualificada, crime cometido sem violência, tendo cumprido integralmente a pena.

4. Como o paciente é tecnicamente primário e foi condenado à pena inferior a quatro anos de reclusão, o regime adequado para início de cumprimento de pena é o aberto.

5. O Ministério Público Federal requer a concessão da ordem de ofício para que haja substituição da pena privativa de liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por restritivas de direitos, nos termos da sentença condenatória, e adequação do regime inicial para aberto" (fl. 159).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.239 - SP (2017/0123031-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER
ADVOGADO : ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER - SP118568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO ANDERSON FRANCISQUINI

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. USO DE DOCUMENTO FALSO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ARTS. 33, §§2º E 3º, E 44, INCISO III, AMBOS DO CP. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade.

III - **In casu**, o eg. Tribunal de origem, após afastar a reincidência e considerá-la como maus antecedentes na primeira fase da dosimetria, houve por bem alterar o regime de cumprimento de pena do fechado para o inicial semiaberto. **Assim**, embora tecnicamente primário ao tempo do delito e apesar de ter sido definitivamente condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que o estabelecimento do regime intermediário para o início do cumprimento da sanção encontra-se devidamente justificado, haja vista a negatividade de circunstância judicial (maus antecedentes), **ex vi** do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal. (**Precedentes**).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes) não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo o paciente sendo tecnicamente primário e a pena fixada em patamar inferior à 4 (quatro) anos de reclusão, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. **(Precedentes)**.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exames das razões veiculadas no **mandamus**.

Conforme relatado, busca-se na presente impetração a fixação do regime inicial aberto para início de cumprimento da pena e a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direito.

Inicialmente, cumpre asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório e caso se trate de flagrante ilegalidade. Vale dizer, o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que 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”* (HC n. 400.119/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1º/8/2017).

Para melhor análise das questões aduzidas, colaciono o que dispôs o v. acórdão impugnado sobre tema:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"A pena-base foi fixada no mínimo legal, seguida da exasperação em 1/6 pela reincidência (fls. 65).

Contudo, ao se analisar a certidão mencionada, verifica-se que foi ultrapassado o período depurador, não podendo ser considerada para fins de reincidência, mas apenas como maus antecedentes, como bem ressaltou o D. Promotor de Justiça oficiante, Dr. Sergio Claro Buonamici. Por tal motivo, a pena-base ser fixada 1/6 acima do mínimo legal, em 02 anos e 04 meses de reclusão e 11 dias-multa, afastando-se, na fase seguinte, a reincidência.

Em seguida, foi substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Contudo, tendo em vista a circunstância judicial desfavorável, a pena não pode ser substituída por vedação ao contido no art. 44, III, restando, portanto, afastada.

O regime inicial também comporta alteração para o intermediário. Isto porque o réu possui os maus antecedentes, o que exige regime mais gravoso que o aberto para atendimento às finalidades da pena, uma vez que concedido regime mais brando anteriormente, o acusado voltou a delinquir, não sendo suficiente o regime aberto, por ser demais brando, nem o fechado, pois afastada sua reincidência" (fls. 141-142, grifei).

No que se refere à pretendida fixação do regime mais brando, ou seja, o aberto, verifica-se nos trechos acima transcritos que o eg. Tribunal de origem, após afastar a **reincidência** e considerá-la como **maus antecedentes** na primeira fase da dosimetria, houve por bem alterar o regime de cumprimento de pena do fechado para o inicial **semiaberto**.

Desse modo, entendo que, **in casu**, deve ser mantido o regime inicial **semiaberto** de cumprimento de pena, pois, embora tecnicamente primário ao tempo do delito ora analisado e apesar de ter sido definitivamente condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão, verifica-se que o estabelecimento do regime intermediário para o início do cumprimento da sanção encontra-se devidamente justificado, haja vista a **negatividade de circunstância judicial (maus antecedentes)**, tanto que a pena-base do paciente restou fixada acima do mínimo legalmente previsto.

Ademais, os requisitos para a imposição do regime aberto, constam no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**.

Nesse sentido julgados do Pretório Excelso e deste Tribunal Superior:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF. ART. 102, I, 'D' E 'I'. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTENTAL (ART. 184, § 2º, DO CP). ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA COM RESPALDO NO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IGUAL OU INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME INICIAL ABERTO (ART. 33, § 2º, C, DO CP). CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. VIABILIDADE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

[...]

5. As circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, quando desfavoráveis, autorizam a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal, desde que fundamentada a exasperação. Precedentes: HC 104.827, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 06.02.13; HC 111.365, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 19.03.13; ARE 675.214-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 25.02.13; HC 113.880, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 17.12.12; HC 112.351, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 08.11.12; RHC 114.742, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 08.11.12; HC 108.390, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, Dj de 07.11.12.

6. O regime inicial de cumprimento da pena não resulta tão-somente de seu quantum, mas, também, das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo Código. Destarte, não obstante a pena ter sido fixada em quantidade que permite o início de seu cumprimento em regime aberto, nada impede que o juiz, à luz do artigo 59 do Código Penal, imponha regime mais gravoso. Precedentes: HC 104.827, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 06.02.13; HC 111.365, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 19.03.13; ARE 675.214-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 25.02.13; HC 113.880, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 17.12.12; HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

112.351, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 08.11.12; RHC 114.742, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ de 08.11.12; HC 108.390, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 07.11.12.

7. A valoração negativa das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal obsta a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. Precedentes: RHC 118.405, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 27.02.14; HC 114.171, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 04.10.13; RHC 115.227, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 14.08.13; RHC 114.715, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 08.08.13.

[...]

10. O habeas corpus não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes: HC 111.412-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 14.08.13; RHC 116.038, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 15.08.13; RHC 116.204, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 02.05.13; HC 115.609, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 1º.04.13; RHC 111.547, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 15.06.12. 11. In casu, a condenação transitou em julgado em 18.03.13. 12. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 13. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita” (HC n. 120.994, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 16/5/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO CRIME CONSUMADO. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM CURSO E ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. É ilegal a exasperação da pena-base na parte em que o julgador considerou 'expressivo o grau de culpabilidade' - o qual se refere à maior ou menor reprovabilidade da conduta delituosa - porque os pacientes percorreram "longo iter", elemento inerente à forma consumada do furto, já analisado na tipificação da conduta dos agentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A 'reprovável conduta social' dos pacientes diante da notícia da prática de atos infracionais e de processo em curso também não configura fundamento válido para o agravamento da pena-base, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.

3. Inquéritos e ações penais em curso não podem evidenciar maus antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que 'atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência' (HC n. 289.098/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 23/5/2014).

5. A valoração negativa das circunstâncias do crime com base no expressivo prejuízo sofrido pela vítima (R\$ 4.000) é justificativa idônea para a majoração da pena-base.

6. Desfavorável uma das circunstâncias do art. 59 do CP, é cabível a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena reclusiva aos réus, primários, condenados à pena inferior a 4 anos, art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

7. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena dos pacientes a 2 anos e 6 meses de reclusão" (HC n. 224.037/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 27/4/2015, grifei).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 61 E 65, AMBOS DA LCP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. AFRONTA AO ART. 386, VII, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 33, 2º, "C", DO CP. REGIME INICIAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição sine qua non ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, sob pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a existência de provas suficientes a embasar o decreto condenatório, ou a ensejar a absolvição, porquanto é vedado, na via eleita, o reexame de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provas, conforme disciplina o enunciado 7 da Súmula desta Corte.

3. Este STJ, possui entendimento remansoso no sentido de que 'mostra-se devida a fixação do regime inicial semiaberto ao condenado à pena inferior a 4 anos de reclusão quando presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência do art. 33, § 3º, do Código Penal'. (HC 170.719/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14/12/2011)

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp n. 1424847/RS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 30/4/2014, grifei).

De igual modo, entendeu a col. Corte que a referida circunstância (maus antecedentes) não recomenda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, mesmo o paciente sendo tecnicamente primário e a pena fixada em patamar inferior à 4 (quatro) anos de reclusão, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes desta Colenda Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CP. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA.

AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. JULGADO PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. INAPTIDÃO PARA COMPROVAÇÃO DE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Se fundamentada a exasperação da pena-base em elementos concretos e diversos do tipo penal violado - enorme e sofisticada operação voltada à prática delitiva -, não há violação do art. 59 do Código Penal.

2. A matéria relacionada à primariedade do réu não foi examinada pelo acórdão recorrido, o que atrai a incidência das Súmulas n. 282 e 356 do STF, em razão da falta de prequestionamento.

3. Julgados prolatados em habeas corpus não se prestam à configuração do dissídio jurisprudencial.

4. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis é elemento que afasta a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

5. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

355.637/RJ, Sexta Turma, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 5/9/2016 - grifei).

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. QUANTUM DE INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. *Não há falar em bis in idem na dosimetria da pena, haja vista que a exasperação da pena-base deu-se em razão da natureza da substância entorpecente apreendida - cocaína -, ao passo que o quantum de redução na terceira etapa da dosimetria foi determinado em 1/2 (metade) em razão da quantidade do entorpecente apreendido - 9 porções de cocaína, pesando aproximadamente 3,20 g -, motivos diversos, pois.*

3. *Em regra, é vedada a revisão da dosimetria em habeas corpus, somente cabível quando há flagrante ilegalidade, como na hipótese, em que o Tribunal de origem não declinou motivação idônea para fixação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em patamar diverso do máximo.*

4. *Esta Corte, na esteira do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, entende ser possível nas condenações por tráfico de drogas, em tese, a fixação de regime menos gravoso e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sempre tendo em conta as particularidades do caso concreto.*

5. ***'Quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal' (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 25/06/2012)***

6. *É assente neste Tribunal Superior que para os casos em que o agente tenha sido condenado a pena inferior a quatro anos de reclusão (in casu, 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão) e presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis idôneas à elevação da pena-base*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acima do mínimo legal, aplica-se o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal.

7. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena imposta ao paciente para 2 anos, 1 mês e 20 dias de reclusão e 200 dias-multa" (HC n. 362.559/RS, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 12/9/2016, grifei).*

Rever o entendimento do eg. Tribunal de origem, no que tange à substituição da reprimenda corporal implica, necessariamente, revolvimento fático probatório que extrapola os estreitos limites do **habeas corpus**.

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

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0123031-5

HC 401.239 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00208539020118260019 20150000700660 20150000918840 208539020118260019
21712011

EM MESA

JULGADO: 19/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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 : ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER
ADVOGADO : ROBERTO PEZZOTTI SCHEFER - SP118568
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : APARECIDO ANDERSON FRANCISQUINI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Uso de documento falso

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 Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.