



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.612 - RJ (2015/0154856-0)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : FLAVIO JORGE DA GRACA MARTINS
ADVOGADO : FLÁVIO JORGE DA GRAÇA MARTINS - RJ032442
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ANDRÉ LUÍS INÁCIO ROCHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO A TÍTULO DE CULPABILIDADE. MOTIVOS DO CRIME QUE JUSTIFICAM A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. O porte de pistola 380 mm não justifica, por si só, a exasperação da pena-base a título de culpabilidade, tratando-se de elementar do tipo penal incriminador, que não revela maior censurabilidade da conduta. De igual modo, o simples fato de tal artefato ter potencial lesivo superior ao do revólver 38 apreendido com o corréu não constitui fundamento válido para o incremento da reprimenda na primeira etapa do critério trifásico. Por outro lado, os motivos do crime, considerando que o acusado foi surpreendido portando arma de fogo que seria utilizada em novo delito, permite, por certo, a fixação da básica acima do piso legal.

4. No que se refere à segunda fase da dosimetria, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que não se infere na hipótese em apreço.

5. Na primeira fase, considerando a existência de uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, os motivos do crime, a pena deve ser exasperada em 1/8, totalizando 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Em seguida, em virtude da reincidência do réu, a reprimenda deve ser exasperada em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1/6, restando consolidada em 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, por não existirem outras circunstâncias a serem valoradas.

6. Regime prisional que não merece reparo, pois, embora não se desconheça o teor da Súmula/STJ 269, que admite a fixação do regime semiaberto para cumprimento inicial aos condenados reincidentes, fixada a pena-base acima do mínimo legal, não se infere desproporcionalidade da fixação do regime fechado para o crime de porte de arma de fogo. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, ficando mantido o regime fechado para o início do desconto da sanção corporal e a pena de multa.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de setembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.612 - RJ (2015/0154856-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : FLAVIO JORGE DA GRACA MARTINS

ADVOGADO : FLÁVIO JORGE DA GRAÇA MARTINS - RJ032442

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ANDRÉ LUÍS INÁCIO ROCHA (PRESO)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso impetrado em favor de **ANDRE LUÍS INÁCIO ROCHA**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa, por infração ao art. 16, parágrafo único, IV, da Lei n. 10.826/2003.

A Corte de origem desproveu o apelo defensivo e deu provimento ao recurso interposto pelo *Parquet*, a fim de exasperar as penas para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime fechado, e 40 dias-multa, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. QUADRILHA OU BANDO ARMADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (LEONARDO DOS REIS, FLÁVIO E DAVIDSON - ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL EDSON, ANDRÉ E VILCIR - ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03). ACUSADOS QUE SE ASSOCIARAM EM QUADRILHA ARMADA, DE FORMA ESTÁVEL E PERMANENTE, PARA A PRÁTICA DE DIVERSOS CRIMES, ESPECIFICAMENTE O ROUBO DE ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, E QUE, A PARTIR DE INVESTIGAÇÕES DA DELEGACIA DE ROUBOS E FURTOS OBJETIVANDO A APURAÇÃO DE ROUBOS A CAIXAS ELETRÔNICOS, OBTIVE-SE A INFORMAÇÃO, ATRAVÉS DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DE QUE O GRUPO SE ENCONTRARIA NO ESTACIONAMENTO DA EMPRESA DISBARRA, PARA ONDE SE DESLOCOU UMA EQUIPE DE POLICIAIS QUE OS PRENDEU EM FLAGRANTE E TOMOU CONHECIMENTO DE QUE O ALVO, NAQUELA OPORTUNIDADE, ERA A JOALHERIA H. STERN, SITUADA NO BAIRRO DE IPANEMA. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS ARGUÍDA PELAS DEFESAS. INOCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÕES AUTORIZADAS JUDICIALMENTE E DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS. INVESTIGAÇÕES LEVADAS A EFEITO PELA AUTORIDADE POLICIAL E ATRAVÉS DO MONITORAMENTO DAS COMUNICAÇÕES DEFERIDO PELO JUÍZO. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA E À FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. PENA E REGIME FIXADOS DE FORMA BENEVOLENTE. PRETENSÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A CONDENAÇÃO DE LEONARDO E FLÁVIO TAMBÉM NAS PENAS DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/03, EM CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACOLHE. DEVIDAMENTE COMPROVADO QUE LEONARDO, ANDRÉ E FLÁVIO OCUPAVAM O VEÍCULO FIAT SIENA, DENTRO DO QUAL ESTAVA UMA PISTOLA TAURUS MUNICIADA. O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO SÓ TEM APLICAÇÃO QUANDO UM CRIME É MEIO OU ETAPA NECESSÁRIA E ESSENCIAL À EXECUÇÃO DE UM OUTRO, O QUE NÃO É O CASO DO CRIME DE QUADRILHA EM RELAÇÃO AO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA, IMPONDO-SE O CONCURSO MATERIAL DAS IMPUTAÇÕES. CONDENAÇÃO DO RÉU DAVIDSON PELO DELITO DE FALSA IDENTIDADE (ART. 307 DO CÓDIGO PENAL) POSSÍVEL. QUEM SE IDENTIFICA FALSAMENTE COM OUTRO NOME PARA FUGIR DA JUSTIÇA COMETE CRIME DE FALSA IDENTIDADE E, EM NENHUMA HIPÓTESE, PODE AGIR CRIMINOSAMENTE SOB O FUNDAMENTO DE AUTODEFESA MAJORAÇÃO DAS PENAS DOS RÉUS QUE SE ACOLHE. RÉUS QUE OSTENTAM PÉSSIMOS ANTECEDENTES E SÃO REINCIDENTES JUSTIFICAM MAIOR APENAÇÃO. REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE, POIS O ÚNICO ADEQUADO À EFETIVAÇÃO DOS OBJETIVOS REPRESSIVO/PREVENTIVO DA PENA. PRETENSÃO DEFENSIVA À ABSOLVIÇÃO QUE SE NEGA. PROVA SEGURA E INQUESTIONÁVEL QUANTO À AUTORIA E AO CRIME, ESPECIALMENTE PELO AUTO DE APRESENTAÇÃO E APREENSÃO DE BENS (FLS. 02P/05), AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE (FLS. 06/11), REGISTRO DE OCORRÊNCIA (FLS.16/17), LAUDO DE EXAME DO VEÍCULO FIAT SIENA (FL. 164), LAUDO DE EXAME DO VEÍCULO VOLKSWAGEN GOL (FL. 165), LAUDO DE EXAME DO VEÍCULO HONDA CIVIC (FL. 166), LAUDO DE EXAME NAS ARMAS DE FOGO E MUNIÇÕES APREENDIDAS (FLS. 232/234), QUE CONSTATOU A EFICÁCIA PARA PRODUZIR DISPAROS E SEREM UTILIZADAS NA PRÁTICA DE CRIMES, ALÉM DA FARTA PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA, QUE NARRA EM DETALHES TODA A DINÂMICA DOS FATOS E AS CIRCUNSTÂNCIAS DAS PRISÕES. FIXAÇÃO DAS PENAS NO MÍNIMO LEGAL E REGIME MENOS GRAVOSO PREJUDICADAS, ANTE O ACOLHIMENTO DO APELO MINISTERIAL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL PARA A FORMA SIMPLES, EM RELAÇÃO A LEONARDO, INVIÁVEL, VEZ QUE A ARMA DE FOGO APREENDIDA NO CARRO ONDE ESTAVA O RÉU ERA USADA DE FORMA COMPARTILHADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E SURSIS QUE SE NEGA. SUBSTITUIÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA SUFICIENTE À REPROVAÇÃO DA CONDUTA (ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL). PENA SUPERIOR A 02 (DOIS) ANOS, O QUE INVIABILIZA O SURSIS (ART. 77 DO CÓDIGO PENAL). REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES, PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL PARA CONDENAR OS RÉUS LEONARDO DOS REIS E FLÁVIO TAMBÉM NAS SANÇÕES DO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N.º 10.826/03, EM CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA; CONDENAR O RÉU DAVIDSON TAMBÉM NAS SANÇÕES DO ART. 307 DO CÓDIGO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL; E APLICAR PENAS MAIS SEVERAS E FIXAR O REGIME FECHADO PARA TODOS OS CONDENADOS; E DESPROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS" (e-STJ, fls. 61-65).

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em síntese, que: a) "é nulo parcialmente o v. Acórdão e a s. Sentença monocrática, isto porque não houve justificação adequada para a exacerbação da pena e fixação de regime mais gravoso (fechado)"; b) "não houve individualização e fundamentação suficiente para exasperação da pena e do regime, ferindo o princípio constitucional do inciso LXVI do artigo 5º e artigo 59 do Código Penal" (e-STJ, fls. 1-17).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de redimensionar a pena imposta ao paciente, bem como estabelecer regime prisional menos severo para o desconto da reprimenda.

Não foi deduzido pedido de liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão de ordem, de ofício, a fim de restabelecer a sentença condenatória.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.612 - RJ (2015/0154856-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : FLAVIO JORGE DA GRACA MARTINS

ADVOGADO : FLÁVIO JORGE DA GRAÇA MARTINS - RJ032442

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ANDRÉ LUÍS INÁCIO ROCHA (PRESO)

EMENTA

PENAL. HC SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO RASPADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA INCREMENTO A TÍTULO DE CULPABILIDADE. MOTIVOS DO CRIME QUE JUSTIFICAM A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6 SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. O porte de pistola 380 mm não justifica, por si só, a exasperação da pena-base a título de culpabilidade, tratando-se de elementar do tipo penal incriminador, que não revela maior censurabilidade da conduta. De igual modo, o simples fato de tal artefato ter potencial lesivo superior ao do revólver 38 apreendido com o corréu não constitui fundamento válido para o incremento da reprimenda na primeira etapa do critério trifásico. Por outro lado, os motivos do crime, considerando que o acusado foi surpreendido portando arma de fogo que seria utilizada em novo delito, permite, por certo, a fixação da básica acima do piso legal.

4. No que se refere à segunda fase da dosimetria, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que não se infere na hipótese em apreço.

5. Na primeira fase, considerando a existência de uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, os motivos do crime, a pena deve ser exasperada em 1/8, totalizando 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Em seguida, em virtude da reincidência do réu, a reprimenda deve ser exasperada em 1/6, restando consolidada em 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, por não existirem outras circunstâncias a serem valoradas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Regime prisional que não merece reparo, pois, embora não se desconheça o teor da Súmula/STJ 269, que admite a fixação do regime semiaberto para cumprimento inicial aos condenados reincidentes, fixada a pena-base acima do mínimo legal, não se infere desproporcionalidade da fixação do regime fechado para o crime de porte de arma de fogo. Precedentes.

7. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, ficando mantido o regime fechado para o início do desconto da sanção corporal e a pena de multa.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

A fim de permitir a análise da existência de manifesta ilegalidade na dosimetria da pena, transcrevo excertos do decreto condenatório e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] Pelo exame do artigo 59 da Lei Material Penal, considero como necessária e suficiente, a fim de satisfazer o caráter de retribuição e prevenção da pena, o estabelecimento de uma reprimenda que deverá situar-se acima do mínimo cominado abstratamente à espécie e que precisará ser superior às penas que serão estabelecidas para Edson e Vilcir, haja vista que o réu possuía, portava e transportava uma pistola, marca Taurus, calibre 380 (em compartilhamento com o 2º e 4º réus, condenados pelo crime de bando ou quadrilha) enquanto que os outros dois possuíam, portavam e transportavam um revólver marca Taurus, calibre 38.

De fato, a potencialidade lesiva de uma pistola é superior a de um revólver, de modo que seu comportamento delituoso violou mais severamente o bem jurídico tutelado à espécie, qual seja, a incolumidade pública.

Além disso, o acusado portava ilegalmente a aludida arma de fogo com o intuito de realizar crimes que fossem estipulados pelo acusado LEONARDO, coordenador na quadrilha já discutida nesta sentença.

Na segunda fase de regramento, elevo a sanção em seis meses de reclusão e seis dias-multa, diante do reconhecimento da reincidência, conforme se verifica do histórico penal do réu, acostado às fls. 367/369, de maneira a encontrar uma pena definitiva no patamar de QUATRO ANOS DE RECLUSÃO E VINTE E QUATRO DIAS-MULTA, ante a inexistência de causas de aumento e diminuição de pena.

Deixo de conceder também a este réu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que ele é reincidente e seu crime

igualmente gerou enorme danosidade social" (e-STJ, fl. 57).

"André Luiz Inácio Rocha - Crime de Porte Ilegal de Arma de Fogo:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mantida a pena base fixada na sentença em 03 anos e 06 meses de reclusão, que se aumenta de 01 ano e 06 meses pela reincidência, resultando na pena intermediária de 05 anos de reclusão, que torno definitiva à míngua de outras circunstâncias que a modifiquem, além de 40 dias-multa, fixados no valor mínimo legal" (e-STJ, fls. 79-80).

Com efeito, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

In casu, a pena-base restou exasperada em razão do potencial lesivo da arma e pelo fato de que ela seria utilizada em crime a ser indicado pelo líder da quadrilha.

O art. 16 da Lei n. 10.826/2003 estabelece:

"Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV – **portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;**

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo."

Em verdade, o porte de pistola 380 mm não justifica, por si só, a exasperação da pena-base a título de culpabilidade, tratando-se de elementar do tipo penal incriminador, que não revela maior censurabilidade da conduta. De igual modo, o simples fato de tal artefato ter potencial lesivo superior ao do revólver 38 apreendido com o corréu não constitui fundamento válido para o incremento da reprimenda na primeira etapa do critério trifásico. Ademais, os motivos do crime, considerando que o acusado foi surpreendido portando arma de fogo que seria utilizada em novo delito, permite, por certo, a fixação da pena básica acima do piso legal.

No que se refere à segunda fase da dosimetria, o Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

competete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.

Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PACIENTE CONDENADO A 7 ANOS, 9 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. CONSTITUCIONALIDADE DA AGRAVANTE EM TELA DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA MEDIANTE CERTIDÃO CARTORÁRIA. PRECEDENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA REINCIDÊNCIA. RÉU QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/4 (UM QUARTO) PARA 1/5 (UM QUINTO). PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado 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 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.

- Este Superior Tribunal de Justiça, seguindo o Supremo Tribunal Federal, firmou entendimento no sentido de que a agravante genérica da reincidência foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, sem que haja violação dos princípios da isonomia, da culpabilidade e do *ne bis in idem*.

- 'A jurisprudência desta Corte tem entendido desnecessária a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido' (AgRg no AREsp 549.303/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 29/05/2015).

- Embora a lei não preveja percentuais mínimos e máximos de majoração da pena em razão da reincidência, a jurisprudência desta Corte inclina-se no sentido de que o incremento da pena em fração superior a 1/6, pela aplicação dessa agravante, é devida e concretamente fundamentada.

- Hipótese em que remanescendo duas condenações definitivas aptas a serem consideradas como reincidência, e não três, como dito na sentença, o aumento na fração de 1/5 (um quinto) mostra-se proporcional ao caso em tela. Precedentes.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, redimensionando a pena do paciente para 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 322.902/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.)

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. *QUANTUM* DE AUMENTO. NÃO ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JUIZ. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES. APENAS UMA COM TRÂNSITO EM JULGADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* DE AUMENTO. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

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

2. O Código Penal não estabelece limites mínimo e máximo de aumento de pena a serem aplicados em razão de circunstâncias agravantes, cabendo à prudência do Magistrado fixar o patamar necessário, dentro de parâmetros razoáveis e proporcionais, com a devida fundamentação.

No caso, o acréscimo da pena pela reincidência se deu em 1/4, sob o argumento de ser o paciente birreincidente específico. Todavia, tendo em vista que uma das condenações não possui indicação de trânsito em julgado, de rigor seja reduzida a mencionada fração de aumento, de 1/4 para 1/5, em razão de permanecer o paciente como reincidente específico.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço (crime cometido com emprego de pelo menos duas armas de fogo e mediante comparsaria entre cinco a oito agentes).

4. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente Rodrigo de Souza Lima para 7 (sete) anos, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias, mais 17 (dezessete) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 336.635/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 30/11/2015.)

In casu, o Colegiado de origem majorou a pena em patamar superior a 1/6, sem ter sido apresentada qualquer motivação idônea.

Passa-se, portanto, à nova dosimetria da pena.

Na primeira fase, considerando a existência de uma circunstância judicial desfavorável, qual seja, o motivo do crime, a pena deve ser exasperada em 1/8, totalizando 3 (três) anos, 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Em seguida, em virtude da reincidência do réu, a reprimenda deve ser exasperada em 1/6, restando consolidada em 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, por não existirem outras circunstâncias a serem valoradas.

No que se refere ao regime, contudo, o acórdão não merece reparo.

Embora não se desconheça o teor da Súmula/STJ 269, que admite a fixação do regime semiaberto para cumprimento inicial aos condenados reincidentes, fixada a pena-base acima do mínimo legal, não se infere desproporcionalidade na fixação do regime fechado para o crime de porte de arma de fogo.

Quanto ao tema, os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO SIMPLES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE CONFIGURADA. REGIME FECHADO. PACIENTE REINCENTE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44, INCISOS II E III, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

- Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

- No que tange à pretendida compensação entre a agravante genérica da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, sabe-se, no julgamento dos EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível na segunda fase da dosimetria, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

- **Não há se falar em regime semiaberto, tendo em vista que o paciente é reincidente e as circunstâncias judiciais do art. 59 não lhe são favoráveis. Inaplicabilidade do enunciado n. 269/STJ.**

- Não há possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o paciente não preenche os requisitos previstos no art. 44, incisos II e III, do Código Penal.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para, compensando a atenuante da confissão com a agravante da reincidência, reduzir a pena do paciente para 1 ano e 2 meses de reclusão, mantidos os demais termos da condenação"

(HC 329.207/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 09/12/2015, grifou-se).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CARACTERIZAÇÃO DA QUALIFICADORA NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL. INFRAÇÃO QUE DEIXA VESTÍGIOS. PENA. REDIMENSIONAMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

OFÍCIO.

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 n. 109.956/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-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 n. 284.176/RJ, QUINTA TURMA, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, QUINTA TURMA, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, SEXTA TURMA, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe de 4/9/2014 e HC n. 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 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.

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

IV - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando os vestígios tenham desaparecido. Portanto, se era possível, como *in casu*, a sua realização e esta não ocorreu de acordo com as normas pertinentes, a confissão do acusado não supre sua ausência.

(Precedentes).

V - Na espécie, a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, 'd', do Código Penal, independe se a confissão foi integral ou parcial, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação. (Precedentes STF e STJ).

VI - Esse entendimento, inclusive, foi objeto de recente enunciado da Súmula n. 545/STJ: 'Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.'

VII - **Não há constrangimento ilegal na imposição de regime fechado a condenado a pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, se ele é reincidente e ostenta maus antecedentes, circunstância judicial desfavorável que serve tanto para aumentar a pena-base quanto para agravar o regime prisional, por força do disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal.**

Ordem concedida de ofício para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo à subtração da coisa, reconhecer a atenuante da confissão espontânea e redimensionar a pena do paciente para 1 (um) ano e 6 (seis) meses de reclusão, mantido, no mais, o v. acórdão condenatório"

(HC 333.244/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 15/12/2015, grifou-se).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** a ordem, de ofício, para estabelecer a pena de 3 (três) anos, 11 (onze) meses e 7 (sete) dias de reclusão, ficando mantido o regime fechado para o início do desconto da sanção corporal e a pena de multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0154856-0

HC 328.612 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02429060420098190001 20090012436466 2429060420098190001

EM MESA

JULGADO: 22/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FLAVIO JORGE DA GRACA MARTINS
ADVOGADO	: FLÁVIO JORGE DA GRAÇA MARTINS - RJ032442
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: ANDRÉ LUÍS INÁCIO ROCHA (PRESO)
CORRÉU	: LEONARDO DOS REIS ANDRADE
CORRÉU	: VILCIR FERREIRA DA COSTA
CORRÉU	: EDSON FERNANDES DA SILVA
CORRÉU	: FLÁVIO RODRIGUES DOS SANTOS
CORRÉU	: RODRIGO DANIEL MARTINS
CORRÉU	: LEONARDO RAIMUNDO NONATO

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.