



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.635 - RJ (2011/0008067-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ERLINDO MOREIRA DA SILVA

EMENTA

PROCESSUAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO E ESTUPRO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ALEGAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO AO *SURSIS*. IMPEDIMENTO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. (3) DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. VERBETE SUMULAR 444/STJ. EXISTÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O pedido de suspensão condicional do processo não foi ofertado pelo Ministério Público, pois há impedimento legal para tanto, tendo em vista outra condenação contra o Paciente.

3. A exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda para 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 3 (três) dias-multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 15 de outubro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.635 - RJ (2011/0008067-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ERLINDO MOREIRA DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de medida liminar, impetrado em favor de ERLINDO MOREIRA DA SILVA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação n.º 0000335-72.2009.8.19.0010).

Ressuma dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 3 (três) dias-multa, substituída por pena privativa de direito, pelo cometimento do crime tipificado no art. 155, *caput*, na forma tentada do art. 14, II do Código Penal.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte estadual, a qual negou provimento ao apelo, em acórdão ementado nos seguintes termos:

EMENTA - FURTO TENTADO (ART. 155, CAPUT, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PRETENSÃO DEFENSIVA À ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA OU POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, OU A MANIFESTAÇÃO QUANTO À POSSIBILIDADE DE OFERTA DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO E A FIXAÇÃO DAS PENAS NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVA SEGURA E INQUESTIONÁVEL QUANTO À AUTORIA E AO CRIME, ESPECIALMENTE PELO AUTO DE APREENSÃO DE FL. 18, LAUDOS DE FLS. 91 E 127, ALÉM DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE PARTICIPARAM DO FLAGRANTE. MEIO ABSOLUTAMENTE EFICAZ A AFASTAR O CRIME IMPOSSÍVEL. CONDUTA TÍPICA. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA NÃO CARACTERIZADA. A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO SÓ É POSSÍVEL POR OCASIÃO DA DENÚNCIA E ESTÁ SUJEITA À DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. MAUS ANTECEDENTES A JUSTIFICAR A MAJORAÇÃO DAS PENAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

Dá o presente *mandamus*, no qual alega a Defesa flagrante constrangimento ilegal, porquanto o acórdão vergastado manteve a fixação da pena base acima do mínimo legal, considerando as circunstâncias pessoais do ora Paciente, bem como não reconheceu o seu direito à suspensão condicional do processo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Destaca que o Paciente faz jus a suspensão condicional do processo, tendo em vista que, uma vez preenchidos os requisitos legais, tem o Ministério Público o dever de propor a suspensão da pena, por se tratar de um direito subjetivo do réu.

Afirma, ainda, que a fixação da pena acima do mínimo legal se deu com base nos maus antecedentes do Réu, apesar da vedação contida na súmula 444 desta Corte, que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Requer, assim, a concessão da ordem a fim de reconhecer a suspensão condicional do processo ou, subsidiariamente, a fixação da pena-base no mínimo legal.

Sem pedido de medida liminar, foram requisitadas informações, as quais foram prestadas às fls. 87/109.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Paulo da Rocha Campos, pela concessão parcial da ordem, para fixar a pena-base no mínimo legal (fls. 112//116).

Novas informações foram trazidas às fls. 121/126.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.635 - RJ (2011/0008067-5)

EMENTA

PROCESSUAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO E ESTUPRO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ALEGAÇÃO DE DIREITO SUBJETIVO AO *SURSIS*. IMPEDIMENTO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. (3) DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. FEITOS EM CURSO. INVIABILIDADE. VERBETE SUMULAR 444/STJ. EXISTÊNCIA DE PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. O pedido de suspensão condicional do processo não foi ofertado pelo Ministério Público, pois há impedimento legal para tanto, tendo em vista outra condenação contra o Paciente.

3. A exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n.º 444 desta Casa de Justiça.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda para 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 3 (três) dias-multa.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cuida-se, em verdade, de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial que, a rigor de técnica, e, em prestígio à lógica do sistema recursal, não deveria ser processado.

Todavia, tendo em vista o teor das alegações constante da impetração, entendo prudente, excepcionalmente, dar seguimento ao presente *writ*.

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

De prêmio, no que toca ao pedido de suspensão condicional do processo, é de ver que o pleiteado pela insigne Defensora neste *mandamus* não foi ofertado pelo Ministério Público tendo em vista impedimento legal existente, ou seja, o Paciente à época do oferecimento da denúncia referente a este crime contava com outra condenação penal. Extrai-se da sentença prolatada em primeiro grau de jurisdição:

(...) Regime de pena, substituição e sursis: **O acusado é primário e apesar de ter anotações em sua folha de antecedentes com uma condenação em furto não será considerado como impedimento deste benefício por ainda não haver trânsito em julgado.** Considerando as circunstâncias do delito que são normais para o tipo penal descrito, bem como por entender que a medida é socialmente recomendável para o acusado, determino o regime aberto para o acaso de cumprimento da pena restritiva de liberdade e concedo ao réu, na forma do parágrafo 2º do artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade, por uma pena restritiva de direito, consistente na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas a razão de sete horas semanais. Tal medida deverá ser executada de acordo com condições a serem fixadas em audiência especial, a ser posteriormente designada. (...) (fl. 28)

O artigo 89 da Lei 9.099/1995 assim estabelece os critérios para o ofertamento da suspensão condicional do processo:

"Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, **desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime**, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Verifica-se, ainda, que o Paciente obteve o benefício da substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos, pois foi condenado à pena de 6 (seis) meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e multa. É o que se extrai deste excerto da sentença:

(...) Pena definitiva: Torno cm definitiva a pena de 06 (seis) meses de reclusão e 03 (três) dias-multa, à razão do mínimo legal o dia multa à época dos fatos, corrigida monetariamente quando da execução, diante da inexistência de outras agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição a serem considerados. (...) (fl. 28)

Ainda que assim não fosse, acaso houvesse pedido de suspensão condicional da pena, também encontrar-se-ia óbice no inc. III do art. 77 do Código Penal: "não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código".

Portanto, nesse ponto, não merece guarida o pedido.

No mais, verifica-se que a pena-base foi fixada em 6 (seis) meses de reclusão acima do mínimo legal pelos maus antecedentes considerados. Confira-se a sentença nessa parte:

(...) 1.^a FASE: O acusado agiu com culpabilidade normal ao tipo, sendo medianas as conseqüências da infração, diante da não subtração do bem. A conduta social é mediana. Quanto à personalidade do agente esta se mostrou ponderada, uma vez que demonstra contrição. Os motivos do crime não são de todos desfavoráveis ao réu, já que apenas alega ansiedade com a bebida. **O acusado é primário, porém possui anotação de condenação por crime de furto ainda sem transito em julgado conforme CAC de fl. 186, o que indica maus antecedentes.** Atento a tais elementos e pela falta de outras circunstâncias, fixo a pena base um pouco acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dias multa, à razão do mínimo legal o dia multa à época dos fatos, corrigida monetariamente quando da execução. (...) (fl. 27)

De fato, tendo em vista as próprias considerações das instâncias de origem, tem-se que o antecedente mencionado, a fim de incrementar a pena-base, constitui-se de feito em curso, que se mostra imprestável a tal fim.

Esse é o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. PROCESSOS EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não constituem maus antecedentes processos penais em curso, sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais: 'Em respeito ao princípio estabelecido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, não se considera mau antecedente o processo criminal em curso' (HC-70.967, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

12.11.2007).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 152.478/SP, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADEQUADA. GRAVIDADE ABSTRATA E CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CARACTERIZAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, em desarmonia com o disposto no artigo 59 do Código Penal, tendo o magistrado apontado a gravidade abstrata do delito e circunstâncias inerentes ao tipo penal para justificar a majoração, contudo, sem indicar qualquer elemento concreto e idôneo para tal fim.

2. O fato de o paciente responder a dois outros processos não é suficiente para demonstrar 'péssimos antecedentes', pois não se admite a utilização de processos sem trânsito em julgado para caracterização desfavorável das circunstâncias judiciais, nos termos da Súmula nº 444 desta Corte.

3. Assim, deve a pena do homicídio consumado ser reduzida ao mínimo legal de 12 anos de reclusão e a do homicídio tentado para 4 anos de reclusão.

4. Reconhecida a continuidade nas instâncias ordinárias, constata-se que ela é mais benéfica ao apenado. Dessa forma, deve a pena mais grave (12 anos de reclusão) ser aumentada em 1/6 - patamar adotado pelo Juiz - fixada a pena definitiva em 14 anos de reclusão.

4. Ordem concedida para reduzir a pena imposta ao paciente para 14 anos de reclusão.

(HC 141.620/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 28/03/2011)

HABEAS CORPUS. FURTO. CONDENAÇÃO. PENA INFERIOR A UM ANO. REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NEGADA. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Hipótese em que o magistrado *a quo* estabeleceu o regime prisional semiaberto e negou a substituição da pena por medida restritiva de direitos por reconhecer os antecedentes criminais do paciente, decorrentes de uma condenação sem trânsito em julgado.

2. Nos termos da jurisprudência pacífica deste Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos e processos em curso como maus antecedentes, exigindo-se, para tal fim, que haja sentença condenatória transitada em julgado, sob pena de violação do princípio da não culpabilidade. Súmula nº 444/STJ.

3. Ordem concedida para fixar o regime aberto para o desconto da sanção, bem como para substituir a pena corporal por prestação de serviços à comunidade, a ser detalhada pelo Juiz da execução, mantidos os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

demais termos da sentença e do acórdão.

(HC 164.883/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE FURTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COMO CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. *SURISIS*. NÃO-CABIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A consideração de maus antecedentes, de inquéritos e processos em andamento, para a exacerbação da pena-base e do regime prisional, viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, da CF). Precedentes do STJ.

2. Fixada a pena em 6 meses de reclusão pela prática de delito cometido sem violência ou grave ameaça a pessoa, não havendo notícia de reincidência e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, deve o paciente ser beneficiado com o regime inicial mais brando e com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito nos termos do art. 44 do Código Penal.

3. Somente é aplicável o *SURISIS* às hipóteses em que não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 do CP (art. 77, III, do Código Penal).

4. Ordem parcialmente concedida para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, mantendo-a no patamar de 6 meses de reclusão no regime aberto e 5 dias-multa, e deferir-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Criminais estipular as condições para seu cumprimento.

(HC 140.306/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

Mire-se, inclusive, no que dispõe a Súmula n.º 444 deste Tribunal Superior, *in verbis*:

"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base."

Presente, portanto, a necessidade de ajuste na condenação.

Passa-se, assim, à dosimetria da pena.

Excluídos os maus antecedentes, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, 1 (um) ano de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Nada há nos autos que modifique a pena na segunda fase de dosagem da reprimenda.

Na terceira fase, pela tentativa, mantenho o percentual de redução de pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

adotado na sentença, qual seja, 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 3 (três) dias-multa.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem, de ofício**, a fim de reduzir a pena para 4 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 3 (três) dias-multa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0008067-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194.635 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090100003365 3357220098190010

EM MESA

JULGADO: 15/10/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : ERLINDO MOREIRA DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.