



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.663 - SP (2016/0149953-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : RICARDO LASELVA
ADVOGADO : RICARDO LASELVA - SP177207
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. DISPARO DE ARMA DE FOGO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RÉU REINCIDENTE. PENA DEFINITIVA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO N. 269 DA SÚMULA DO STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Não há como acolher o pedido da defesa para afastar o reconhecimento dos maus antecedentes. Primeiro porque o impetrante não trouxe elementos aptos para afastar as conclusões lá deduzidas e em segundo lugar porque o *habeas corpus* é via inapropriada para revisão da condenação do paciente, providência que demanda a análise aprofunda de todo o conjunto fático-probatório que instruiu os autos do processo-crime, o que não se coaduna com os estreitos limites da via eleita.

3. Firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito.

4. Embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, trata-se de paciente reincidente que ostenta circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, o autoriza a fixação do regime inicial fechado, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, não havendo falar, portanto, em flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial mais gravoso.

Writ não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de novembro de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.663 - SP (2016/0149953-7)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : RICARDO LASELVA
ADVOGADO : RICARDO LASELVA - SP177207
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de THIAGO PEREIRA DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 15 da Lei n. 10.826/03 (disparo de arma de fogo).

Em apelação interposta pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso apenas para fixar o dia-multa no valor mínimo legal. Eis a ementa do julgado:

Apelação Criminal. Disparo de arma de fogo. Pretensão de absolvição. Pedido subsidiário de abrandamento do regime prisional. Conjunto probatório robusto a embasar o decreto condenatório. Penas e regime mantidos. Alterado o valor do dia multa para o mínimo legal. Recurso parcialmente provido (fl. 32).

Impetrado *writ* originário objetivando afastar o reconhecimento dos maus antecedentes, o Tribunal de origem denegou a ordem nos termos do acórdão cuja ementa transcrevo a seguir:

Habeas Corpus. Impetração visando a reforma da condenação. Constrangimento ilegal não configurado. Apelo defensivo provido em parte, com trânsito em julgado. Impossibilidade do pedido. Ordem denegada (fl. 46).

No presente *mandamus*, o impetrante sustenta que o Juízo de primeiro grau fixou o regime inicial fechado com base nos maus antecedentes, entretanto, o ora paciente teve extinta a punibilidade pela condenação anterior em 23/6/2008.

Alega que o [...] constrangimento ilegal sofrido pelo paciente não tem data para ser cessada, vez que foi deixado de observar preceito legal frente a sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação e fixação de regime inicial de cumprimento de pena (fl. 3).

Assevera que [...] o paciente é tecnicamente primário e as circunstâncias judiciais não lhes desfavoráveis (sic), razão pela qual não se pode impor o regime fechado quando há direito de iniciar o cumprimento não (sic) pena no aberto, sendo mais coerente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade (fl. 12).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 53/54).

Informações prestadas (fls. 64/85 e 94/96).

O paciente peticiona às fls. 100/107, pleiteando [...] a emissão do *ALVARÁ DE SOLTURA* para o cumprimento do restante da pena em liberdade ou, se assim (...) não entender, que também seja concedida a ordem consubstanciada no decurso do tempo, já alcançado, pela progressão do regime.

O Ministério Público Federal opinou [...] pelo não seguimento deste *habeas corpus substitutivo*, pois nada há a reparar-se de ofício (fls. 89/90).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 358.663 - SP (2016/0149953-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, o afastamento dos maus antecedentes e a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime inicial fechado, sob os seguintes fundamentos:

*Levando-se em consideração as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, **observo que o réu é portador de maus antecedentes (fls. 10 do apenso próprio), de modo que a pena base deve ser fixada acima do mínimo legal, em um sexto, resultando em dois anos e quatro meses de reclusão e pagamento de onze dias-multa.***

*Na segunda fase verifico que **o acusado é reincidente**, conforme a certidão de fls. 17 do apenso próprio, razão pela qual aumento a reprimenda em um quarto, resultando em dois anos e onze meses de reclusão e pagamento de treze dias-multa, a qual se torna definitiva ante a ausência de causas modificativas.*

[...]

À luz das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da reincidência do réu, fixo o regime inicial fechado para desconto da pena corporal.

A reincidência, as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a quantidade de pena impedem a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, bem como a suspensão condicional da pena. [...] (fls. 23/24).

O Tribunal de Justiça estadual deu parcial provimento à apelação defensiva apenas para fixar o dia-multa no valor mínimo legal. Transcrevo, no ponto, o seguinte excerto do julgado:

[...]

A dosimetria merece pequeno reparo.

As penas foram fixadas acima do mínimo legal em um sexto (1/6) face os seus maus antecedentes, eis que ostenta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação com trânsito em julgado (fls. 10 do apenso de antecedentes), demonstrando ter personalidade voltada para a prática de crimes, tendo sido majoradas de um quarto (1/4) pela recidiva de THIAGO (cf. certidão de fls. 17 do apenso de antecedentes), tornando-se, assim, definitivas, ausentes outras causas atenuantes ou agravantes, nem de diminuição ou aumento, que ficam mantidas.

[...]

Por fim, não há que se falar em concessão de **regime** diverso do **fechado** para início do cumprimento da reprimenda, posto que **se trata de réu que possui maus antecedentes, sendo reincidente**, revelando má formação de personalidade, o que faz merecer maior reprovabilidade de sua conduta e uma terapêutica penal mais rigorosa. [...] (fls. 77/78).

No que se refere ao pedido de afastamento dos maus antecedentes, não há como modificar o julgado. Primeiro porque o impetrante não trouxe elementos aptos para afastar as conclusões lá deduzidas e segundo porque o *habeas corpus* é via inapropriada para revisão da condenação do paciente, providência que demanda a análise aprofunda de todo o conjunto fático-probatório que instruiu os autos do processo-crime. Nesse ponto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de não admitir a impetração do *writ* como sucedâneo de revisão criminal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ALEGADA AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE DE VÍNCULO A CARACTERIZAR O DELITO DE ASSOCIAÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO. NÃO OCORRÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - A jurisprudência desta eg. Corte, seguindo orientação firmada pela Primeira Turma do eg. STF, não mais admite a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Na hipótese, mostra-se nítida a pretensão de rediscussão da causa, cujo trânsito em julgado ocorreu no ano de 2008, revelando-se o presente writ como verdadeiro sucedâneo de revisão criminal.

[...]

III - Ademais, a via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena se não for necessário um exame aprofundado do conjunto probatório, e se se tratar de flagrante ilegalidade, o que não parece ter ocorrido no caso dos autos, já que, do exame da r. sentença condenatória, bem como do v. acórdão ora reprochado, verifica-se a existência de expressiva quantidade de entorpecentes, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificar o aumento da pena-base em razão de tal circunstância desfavorável (precedente).

Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 300.699/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 03/08/2015)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ESTELIONATO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO DE OFÍCIO.

[...]

3. A alegação de que não há comprovação de maus antecedentes nas certidões existentes no processo demandaria reapreciação de matéria fático-probatória, inapropriada na estreita via do habeas corpus.

Inexistência de constrangimento ilegal.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 276.698/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 19/03/2014).

Quanto ao regime prisional, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

Súmula 440/STJ: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito."

Súmula 718/STF: "A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

No caso dos autos, embora a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi estabelecido exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, alínea "c" e § 3º, do Código Penal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base fixada acima do mínimo legal e o fato de se tratar de paciente reincidente, não havendo falar, portanto, em flagrante ilegalidade na fixação do regime inicial.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. RECEPÇÃO. PENA-BASE. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO COM FULCRO EM CONDENAÇÕES ANTERIORES E DISTINTAS. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA À SÚMULA N. 269 DESTA CORTE. INOCORRÊNCIA. PACIENTE COM CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- 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.

- A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

- No caso, ao contrário do alegado pela defesa, houve fundamentação concreta na exasperação da pena-base, que foi estabelecida acima do mínimo legal ante a análise desfavorável dos vetores da personalidade e da conduta social do paciente, com lastro em condenações prévias e distintas daquela considerada na segunda etapa da dosimetria, para fins de reincidência, entendimento que se alinha à jurisprudência desta Corte.

- **Segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.**

- **Hipótese em que não se aplica o referido entendimento, porquanto o acusado, além de reincidente, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Assim, embora a pena seja inferior a 4 anos, não há óbice à fixação do regime fechado.**

- Habeas corpus não conhecido (HC 353.622/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2016).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MULTIRREINCIDENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRETENSE MITIGAÇÃO DO MODO PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a escolha do sistema prisional não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da pena corporal firmada, devendo-se considerar as demais circunstâncias do caso concreto.

2. **Na hipótese, inviável o abrandamento do modo prisional, tendo em vista que, além de o paciente ser multirreincidente, a reprimenda básica foi fixada acima do mínimo legal, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável.**

3. **Ressalta-se que o Enunciado Sumular 269/STJ permite a fixação do modo intermediário ao reincidente condenado à sanção inferior a 4 (quatro) anos, desde que favoráveis as circunstâncias judiciais, o que não se verifica no caso concreto, sendo, portanto, descabida a aplicação da referida súmula.**

4. Recurso improvido (AgRg no HC 343.490/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2016).

HABEAS CORPUS. ART. 155, § 4º, III E IV, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. Esclareça-se que, havendo duas qualificadoras, é possível que uma delas seja utilizada para qualificar o crime e a outra na primeira fase da dosimetria da pena.

3. **Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não é ilegal a estipulação do regime inicial fechado se existe circunstância judicial desfavorável e o réu é reincidente.**

4. Habeas corpus não conhecido (HC 349.525/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 03/05/2016).

Nesse contexto, ainda que a pena total seja inferior a 4 (quatro) anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão, no caso, 2 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, por se tratar de réu reincidente e em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, o regime prisional adequado à espécie é o fechado, nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, inexistindo, portanto, constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0149953-7

HC 358.663 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006124320108260565 00155005320168260000 155005320168260000 20150000797118
20160000283820 6124320108260565

EM MESA

JULGADO: 22/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RICARDO LASELVA
ADVOGADO : RICARDO LASELVA - SP177207
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO PEREIRA DOS SANTOS (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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.