HABEAS CORPUS Nº 491.388 - SP (2019/0029225-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	ANTONIO DONATO
ADVOGADO	:	ANTÔNIO DONATO - SP045278
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	TATIANE APARECIDA DE PAULA DOS SANTOS (PRESO)
OUTRO NOME	:	TATIANE APARECIDA PAULA DOS SANTOS DE PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/7), com pedido liminar, impetrado em benefício de TATIANE APARECIDA DE PAULA DOS SANTOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000589-92.2015.8.26.0607 - fls. 22/32).

Depreende-se dos autos que o juiz singular condenou a ora paciente, pela prática dos delitos previstos nos arts. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003 e do art. 339, § 1º, na forma do art. 69, todos do Código Penal, às penas de **8 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 76 dias-multa, no valor unitário mínimo** (fls. 8/21).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte estadual, que deu parcial provimento ao apelo, a fim de reduzir a pena da ré para **6 anos, 3 meses e 25 dias de reclusão, mais o pagamento de 30 dias-multa**, mantidos os demais termos da sentença. Transcrevo, a seguir, a ementa do julgado:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL - DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. NÃO ACOLHIMENTO. NO MÉRITO, PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. DOLO COMPROVADO. IMPUTAÇÃO DE FATO CRIMINOSO INEXISTENTE. PROVAS TESTEMUNHAIS. CONDENAÇÃO. NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO. NÃO ACOLHIMENTO. PENA. DIMINUIÇÃO. REGIME PRISIONAL MANTIDO. PARCIAL*

PROVIMENTO AO APELO." (fl. 23).

No presente *mandamus*, o impetrante, ao que se pôde extrair, alega que o § 2º, do art. 339, do Código Penal, deixou de ser aplicado, em seu patamar máximo, na dosimetria das penas da paciente, de modo ilegal.

Ao final, requer a redução da reprimenda imposta à paciente, a fixação do regime inicialmente aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi indeferida, às fls. 38/39.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, para restabelecer o regime intermediário inicialmente fixado (fls. 41/42).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção da paciente.

O impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal à paciente, pois não reconheceu a incidência da minorante constante do § 2º, do art. 339, do Código Penal, no crime de denunciação caluniosa. Em consequência da redução da pena, afirma que a paciente faz jus ao regime aberto e à substituição da prisão.

Para a adequada delimitação da questão, colaciono o excerto seguinte do acórdão reprochado:

> *"Do que se pôde verificar nas alegações recursais, a defesa pleiteia uma suposta desclassificação da conduta verificada no art. 339, § Iº, para o art. 339, § 2º, do Código Penal, que prevê uma causa especial de diminuição da pena para hipóteses em que a conduta imputada à pessoa inocente tratar-se de uma contravenção penal.*

> *Por óbvio não se aplica à ré a referida causa de diminuição. A conduta imputada ao seu ex-companheiro foi o crime de porte ilegal de arma de fogo não se tratando, portanto, de mera contravenção penal, como faz crer a defesa.*
>
> *Não há como acolher, desse modo, o pedido de nulidade suscitado, bem como a pretendida desclassificação da conduta. Ressalte-se que, ainda que fosse possível a aplicação da referida causa de diminuição, diversamente do sustentado pela defesa a ré não é primária, ao revés, consta com maus antecedentes e é reincidente, o que também impede a aplicação da Lei n° 9.099/95. Não bastasse isso, a recorrente responde pela prática de dois crimes, a saber, a denunciação caluniosa e o porte ilegal de arma de fogo, de modo que fica totalmente afastado o pedido de aplicação dos institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais." (fl. 25).*

Irretocável a decisão da origem.

De fato, a conduta de **porte ilegal de arma de fogo** tem natureza de **crime**, e não de **contravenção penal,** e está prevista no art. 14, da Lei n. 10.826/2003.

Para desclassificar a condenação, permitindo-se a aplicação da redutora do art. 339, § 2º, do Código Penal, seria preciso rever o entendimento firmado, pela instância *a quo*, sobre o que, exatamente, foi dito pela paciente, o que não é possível nesta via estreita, de cognição sumária, do *habeas corpus.*

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO.* ***TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONDUTA DO ART. 28, DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIÁVEL.*** *PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. (ART. 33, § 2º, 'B', CP). PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *II -* ***Desclassificar a conduta, notadamente, em razão do depoimento dos agentes públicos, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de***

desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus.

[...]

Habeas Corpus não conhecido. (HC 475.444/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 11/12/2018)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPTAÇÃO DOLOSA E POSSE ILEGAL DE ARTEFATOS EXPLOSIVOS EM CONCURSO MATERIAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. DIVERSIDADE DE TUTELA JURÍDICA. CONCURSO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS RECONHECIDOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA SOBRE PARTE DO OBJETO DA RECEPTAÇÃO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO QUE ATESTE O VALOR DOS ARTEFATOS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE BAGATELA DE PARTE DO ACERVO DE EXPLOSIVOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INOCORRÊNCIA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. ***PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA RECEPTAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.*** *FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.*

[...]

5. ***É inviável, nesta via, a análise do elemento subjetivo do tipo do crime de receptação para atender ao pedido de desclassificação da conduta dolosa para culposa****. O Tribunal a quo concluiu pela existência do dolo do agente* ***diante das circunstâncias fáticas constantes dos autos****. Com efeito, diante da impossibilidade de adentrar-se no ânimo do agente, o dolo ou a culpa devem ser extraídos de elementos externos, cabendo a cada uma das partes comprovar o alegado, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, não se identificando nesse procedimento a inversão do ônus da prova.*

Assim, para discordar do acórdão impugnado, no que diz respeito à prática dolosa do delito de receptação, seria necessária analise aprofundada do acervo probatório, o que é defeso a este Tribunal Superior na via do habeas corpus.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 374.013/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 31/10/2018)

HABEAS CORPUS. ***LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ROUBO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS****. DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS. PATAMAR DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. AVANÇADO ITINERÁRIO DE EXECUÇÃO PERCORRIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA.*

1. ***É incabível a discussão acerca da desclassificação do crime de latrocínio para o de roubo, devidamente reconhecido pelas instâncias de origem, porquanto tal tarefa demandaria o reexame de todo o acervo fático-probatório, o que é inadmissível na via estreita do habeas corpus****.*

[...]

6. Habeas corpus denegado. (HC 455.967/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 29/10/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ***TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA.*** *CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO CRIME DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS. REINCIDÊNCIA. DESPROPORCIONALIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. VIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

2. ***As pretensões de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação do delito de tráfico para o delito do art. 28 da Lei n. 11.340/2006, não podem ser apreciadas por esta Corte Superior de Justiça, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos****. Precedentes.*

[...]

> *8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para conceder a ordem para redimensionar a pena do paciente, fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. (HC 453.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 04/10/2018, DJe 15/10/2018)*

Ante o exposto, ausente qualquer constrangimento ilegal, com base no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno do STJ, **não conheço** do presente *habeas corpus.*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator