



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.749 - SP (2015/0295731-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON WELTON GUIMARAES DE OLIVEIRA

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

FURTO QUALIFICADO (ART. 155, § 4º, IV, DO CP). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte).

MODO PRISIONAL. SANÇÃO INICIAL REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. EXCLUSÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Reduzida a pena-base ao mínimo legal, em razão do afastamento da circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea c, do CP.

2. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal, contudo, sem reflexos na reprimenda final e alterar o regime inicial para o aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de abril de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.749 - SP (2015/0295731-0)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : ROSELEINE APARECIDA DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JEFFERSON WELTON GUIMARAES DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JEFFERSON WELTON GUIMARÃES DE OLIVEIRA contra acórdão proferido pela 16ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que parcialmente proveu a Apelação n. 0005710-65.2012.8.26.0071, a fim de redimensionar a reprimenda para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 6 (seis) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.

Sustenta a impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que ações penais em andamento não poderiam ser utilizadas para elevar a pena-base, nos termos do Enunciado Sumular n. 444 desta Corte Superior.

Defende que a reprimenda básica deveria ser reduzida ao mínimo legal, porquanto a anotação que teria servido para motivar a valoração negativa dos antecedentes não poderia prevalecer, visto que seu trânsito em julgado ocorrera em data posterior a do presente fato.

Alega que, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do CP e na Súmula 719 da Suprema Corte, o modo inicial de execução da pena deve ser o aberto, em razão da favorabilidade das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que o regime inicial seja alterado para o aberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

O Ministério Público opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.749 - SP (2015/0295731-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. ACUSADO FORAGIDO. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, exceto quando a ilegalidade apontada for flagrante, hipótese em se concede a ordem de ofício.

(...)

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 302.771/PI, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 19/11/2014)

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 08 (oito) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal, porque:

"Consta que os réus, no dia 08 de fevereiro de 2012, em hora incerta, na Rua Alto Acre, 2-47, agindo em concurso de desígnios e unidade de propósitos, mediante escalada, subtraíram, para eles, uma aliança, um anel de pérola, um porta níquel e certa quantia em dinheiro da vítima Olga Aparecida de Lima Silvério.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consta ainda que os acusados, no dia 08 de fevereiro de 2012, em hora incerta, na Rua Alto Acre, 2-65, nesta cidade, agindo em concurso de desígnios e unidade de propósitos, mediante escalada, subtraíram, para eles, uma bolsa tipo mochila, documentos pessoais, uma calculadora, além de outros objetos da vítima Maria Célia Sílverio." (e-STJ fl. 11)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe proveu parcialmente a fim de redimensionar a reprimenda para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, e 06 (seis) dias-multa, alterar o modo prisional para o intermediário e corrigir erro material, fazendo constar a condenação do paciente pelo art. 155, inciso IV, do Código Penal, mantido, no mais, o édito condenatório.

No tocante à aventada ilegalidade na aplicação da pena-base, para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, a dosimetria procedida pelo Tribunal impetrado:

"Quanto a Jefferson, as básicas devem ser mantidas em um sexto acima do mínimo legal, ou seja, em dois anos e quatro meses de reclusão e onze dias-multa, ante os maus antecedentes (certidão de fl. 157).

Na segunda fase dosimétrica, as penas tornam ao mínimo legal, ante a confissão espontânea. Consigne-se que inexistem nos autos certidões aptas à comprovação da reincidência.

Aplicada a redução de um terço pela semi-imputabilidade, as penas tornam-se definitivas em um ano e quatro meses de reclusão e seis dias-multa." (e-STJ fl. 54).

A aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o *quantum* ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores relacionados no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Na hipótese em apreço, verifica-se que o Tribunal impetrado, ao examinar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, considerou desfavorável ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente os antecedentes. Entretanto, da análise da folha criminal (e-STJ fls. 56-66), nota-se a existência de apenas uma condenação transitada em julgado, em 26-03-2012, ou seja, em data posterior ao cometimento do ilícito em questão, inapta, portanto, a justificar o incremento da sanção inicial.

Ressalta-se a pacífica jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais em andamento, condenações ainda não transitadas em julgado ou ainda condenações por fatos cometidos posteriormente aos em análise não podem ser considerados como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada, sob pena de malferir o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade, sendo inclusive, a orientação trazida pelo enunciado na Súmula n.º 444 deste Superior Tribunal de Justiça, que dita que: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. EXASPERAÇÃO DA PENA. DESVALOR DOS ANTECEDENTES E DA CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME NÃO NEGATIVADAS. PRESCRIÇÃO CONSUMADA.

1. As condenações utilizadas como suporte para exasperação da pena-base ou diziam respeito a fato anterior e/ou tiveram o seu trânsito em julgado em data posterior à prolação da sentença condenatória, não se prestando para caracterizar maus antecedentes.

2. A tentativa de fuga do agravado, quando da prisão em flagrante, não autoriza a negatificação da circunstância judicial da conduta social. Precedentes.

3. A análise da idoneidade jurídica dos fundamentos utilizados para exasperar a pena-base, e não de sua coerência com as provas dos autos, não esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

4. As circunstâncias do crime não foram negativadas na dosimetria, mas apenas os antecedentes e a conduta social. Ainda que assim não fosse, a referida circunstância judicial, por si só, não teria o condão de fazer majorar a pena-base em patamar superior a 2 anos de reclusão (dobro do mínimo legal), de maneira que, de qualquer forma, estaria prescrita a pretensão punitiva.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1470846/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 03/09/2015)

Por essa razão, verificada a inadequação na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, merece ser reformado o acórdão objurgado nesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ponto, a fim de reduzir a reprimenda-base para o mínimo legal, qual seja, **02 (dois) anos de reclusão**.

Na segunda fase, ainda que reconhecida a atenuante da confissão espontânea (e-STJ fl. 54), inviável a redução da reprimenda, porquanto esta restaria fixada aquém do mínimo legal previsto em lei, o que não é permitido em estrita observância ao enunciado na Súmula 231 deste Sodalício, que assim dispõe: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"*.

Por fim, na terceira etapa, reduz-se a sanção em 1/3 (um terço), em razão da semi-imputabilidade, reconhecida nas instâncias de origem, restando a pena em 01 (um) ano 04 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 06 (seis) dias-multa.

No que diz respeito ao regime inicial, verifica-se que a fundamentação utilizada para fixar o semiaberto foi a existência de circunstância judicial desfavorável, conforme se depreende da leitura do seguinte excerto do acórdão impugnado:

"Por fim, em que pese o quantum das penas aplicadas, deve ser mantido o regime inicial semiaberto a ambos os réus, por serem useiros e vezeiros em incursões ao patrimônio alheio, o que vem demonstrado pelas certidões já mencionadas, denotadoras de maus antecedentes."
(e-STJ fl. 55)

Neste viés, afastado os maus antecedentes e reduzida a pena-base ao mínimo legal, de rigor a concessão da ordem constitucional para alterar o regime inicial, uma vez que a sanção restou fixada em patamar inferior a 04 (quatro) anos de reclusão e as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são favoráveis.

Assim, devido o abrandamento para o modo prisional aberto, em conformidade com o art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, ambos do CP.

Nesse norte:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. FURTO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DOS ANTECEDENTES. ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS POR FATOS ANTERIORES AO CRIME ORA EM ANÁLISE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DESTA CORTE. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 231 DA SÚMULA DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA REDUZIR AS PENAS DO PACIENTE E FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO.

[...]

- Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "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". Assim, reduzida a pena-base ao mínimo legal, em razão da aplicação do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, a fixação do regime inicial mais gravoso não está lastreado em fundamentação idônea.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para reduzir a pena do paciente e fixar o regime inicial aberto.

(HC 286.474/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015)

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, a fim de reduzir a pena-base no mínimo legal, sem, contudo, qualquer reflexo na reprimenda definitiva e alterar o regime inicial para o aberto, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0295731-0

HC 341.749 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00057106520128260071 20150000487758 57106520128260071

EM MESA

JULGADO: 19/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: ROSELEINE APARECIDA DA SILVA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JEFFERSON WELTON GUIMARAES DE OLIVEIRA
CORRÉU	: MARCOS ANTÔNIO FABRICIO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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