



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.663 - SP (2015/0300988-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DANIELLE MITIE KITA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : PEDRO HENRIQUE MARTINS SEVERINO

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS. VALORAÇÃO NEGATIVA PARA EXASPERAR A PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE 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 alinharam-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 - O aumento da pena-base acima do mínimo legal em razão da valoração negativa dos antecedentes e da conduta social, tendo em vista ações penais em curso e a prática de atos infracionais, evidencia, **in casu**, violação ao art. 59 do Código Penal.

IV - Prevalece o entendimento perante esta Corte Superior de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como portador de má conduta social nem como possuidor de personalidade voltada para a prática de delitos. Inteligência do enunciado sumular n.º 444/STJ: "*é vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base*". Assim, a pena-base deve ser reduzida para 4 (quatro) anos de reclusão.

V - Revela-se adequado, portanto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, "c" e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal (**precedentes**).

VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*".

VIII - "*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*" (Enunciado nº 718 da Súmula do col. Pretório Excelso).

IX - "*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*" (enunciado nº 440 da Súmula desta Corte).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para **reduzir a pena-base ao mínimo legal** e fixar o regime **aberto** para o cumprimento da pena imposta.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.663 - SP (2015/0300988-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de PEDRO HENRIQUE MARTINS SEVERINO, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, nos autos da apelação n. 0008484-23.2013.8.26.0495.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em **regime inicial fechado**, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso nas sanções do artigo 157, **caput**, do Código Penal.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, que, à unanimidade, negou provimento ao apelo nos termos do v. acórdão cuja ementa transcrevo a seguir, **verbis**:

"Apelação. Crime de roubo simples. Absolvição. Impossibilidade. Sanção penal e regime sem alteração. Não provimento ao recurso" (fl. 46).

Daí o presente **writ**, no qual alega a impetrante a existência de constrangimento ilegal, uma vez que *"o reconhecimento de circunstancias judiciais desfavoráveis com base em atos infracionais praticados quando ainda adolescente, violou o entendimento pacificado desta Colenda Corte, e refletiu diretamente na fixação do regime inicial de cumprimento de pena"* (fl. 3).

Desse modo, requer a fixação da pena-base no mínimo legal e o estabelecimento do regime inicial aberto para cumprimento da pena, porquanto a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo, nos termos dos enunciados sumulares de n. 718/STF e 719/STF e 440/STJ.

A liminar foi indeferida (fl. 32).

Informações prestadas (fls. 43-56).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O d. Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração, mas pela **concessão da ordem de ofício** *"a fim de que sejam os autos remetidos ao Tribunal de origem, para manifestar-se sobre a possibilidade de imposição de regime prisional mais brando ao paciente e, alternativamente, pela substituição da pena restritiva de liberdade por medida diversa"* (fls. 60-66).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 342.663 - SP (2015/0300988-5)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO
JURISPRUDENCIAL. ROUBO SIMPLES.
DOSIMETRIA. ATOS INFRACIONAIS.
VALORAÇÃO NEGATIVA PARA EXASPERAR A
PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. MAUS
ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE
CONDENAÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO.
IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ.
REGIME PRISIONAL. GRAVIDADE ABSTRATA
DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO.
CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
**HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE 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 alinharam-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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O aumento da pena-base acima do mínimo legal em razão da valoração negativa dos antecedentes e da conduta social, tendo em vista ações penais em curso e a prática de atos infracionais, evidencia, **in casu**, violação ao art. 59 do Código Penal.

IV - Prevalece o entendimento perante esta Corte Superior de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como portador de má conduta social nem como possuidor de personalidade voltada para a prática de delitos. Inteligência do enunciado sumular n.º 444/STJ: *"é vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base"*. Assim, a pena-base deve ser reduzida para 4 (quatro) anos de reclusão.

V - Revela-se adequado, portanto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, "c" e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial aberto ao paciente, condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

VI - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal (**precedentes**).

VII - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"*.

VIII - *"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"* (Enunciado nº 718 da Súmula do col. Pretório Excelso).

IX - *"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"* (enunciado nº 440 da Súmula desta Corte).

Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal e fixar o regime aberto para o cumprimento da pena imposta.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: 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 col. 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).

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Busca-se na presente impetração, em síntese, o redimensionamento da pena-base para o mínimo legal e, consequentemente, a fixação do regime inicial aberto para o início de cumprimento da pena.

A ordem merece ser concedida de ofício.

Inicialmente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena **caso se trate de flagrante ilegalidade e não for**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, “o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita” (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo o seguinte excerto da r. sentença condenatória, **verbis**:

"[...] Demonstrada, pois, a procedência da imputação, passo a dosar as penas. O réu apresenta má conduta social e personalidade voltada à prática de atos infracionais e delitos, tal como se extrai de sua extensa folha de antecedentes em apenso. Nota-se, aliás, que já foi internado na Fundação CASA, quando menor de idade, dada a reiteração infracional. Faz uso de entorpecentes ilícitos e não tem ocupação comprovada. Tais circunstâncias desabonadoras, contudo, serão compensadas com a atenuante da menoridade relativa, estabelecendo-se a pena base no patamar mínimo legal de 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Sem alterações nas fases seguintes, torno as penas definitivas. Diante do exposto, e considerando tudo o que mais dos autos consta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia para condenar PEDRO HENRIQUE MARTINS SEVERINO como incurso no artigo 157, "caput", do Código Penal, às penas de 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa calculado no patamar mínimo legal. Considerando a gravidade intrínseca do crime de roubo, aliado às circunstâncias judiciais desabonadoras, notadamente a aparente inexistência de freios a conter a reiteração criminosa do réu iniciada na adolescência, fixo o regime FECHADO para início do cumprimento da pena" (fl.19, grifei).

O eg. Tribunal de origem, por sua vez, consignou no v. acórdão reprochado, do qual transcrevo o seguinte excerto, **verbis**:

"Quanto à sanção penal, aplicada no mínimo legal, não há alterações. No tocante ao regime inicial, a intensidade fechada é a mais correta e recomendável ao caso, frisando se tratar de Réu habituado a delinquir desde a sua adolescência, de modo que o período que passou na Fundação Casa, inclusive com aprendizagem de determinado ofício – conforme por ele mesmo relatado –, não foi suficiente para afastá-lo da vida criminosa, demonstrando, assim, a necessidade de providência mais enérgica do Estado. Além disso, as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, não permitindo a fixação de regime mais brando (artigo 33, §3º, do Código Penal)" (fl. 51, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da análise da dosimetria realizada, constata-se que a pena-base do paciente foi fixada acima do mínimo legal, embora compensada a exasperação com a atenuante da menoridade relativa, sob o fundamento de que "[...] o réu apresenta **má conduta social e personalidade voltada à prática de atos infracionais e delitos**, tal como se extrai de sua extensa folha de antecedentes em apenso. Nota-se, aliás, que **já foi internado na Fundação CASA, quando menor de idade, dada a reiteração infracional**. Faz uso de entorpecentes ilícitos e não tem ocupação comprovada [...]" (fl. 19).

Verifica-se, portanto, que os atos infracionais praticados pelo paciente foram valorados negativamente para exasperar a pena-base, bem como foram utilizadas condenações sem trânsito em julgado para supedanear o aumento da pena base do paciente, em clara ofensa ao disposto no enunciado n. 444 da súmula do STJ, segundo a qual "*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*".

Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social. Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. ELEMENTO INERENTE AO CRIME CONSUMADO. ILEGALIDADE. MAUS ANTECEDENTES. CONSIDERAÇÃO DE PROCESSO EM CURSO E ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO PREJUÍZO À VÍTIMA. FUNDAMENTO VÁLIDO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM PARTE. CONCESSÃO DE OFÍCIO.

[...]

2. A "**reprovável conduta social**" dos pacientes diante da notícia da prática de atos infracionais e de processo em curso também não configura fundamento válido para o agravamento da pena-base, consoante reiterada jurisprudência desta Corte.

3. **Inquéritos e ações penais em curso não podem**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciar maus antecedentes, conduta social inadequada ou personalidade desfavorável do agente, sob pena de malferimento ao princípio da não culpabilidade. Súmula n. 444 do STJ.

4. A jurisprudência desta Corte Superior é uníssona no sentido de que "atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência" (HC n. 289.098/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 23/5/2014). [...]" (HC n. 224.037/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 27/4/2015, grifei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. 1. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ATO INFRACIONAL CONSIDERADO COMO MAUS ANTECEDENTES. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. 2. CAUSAS DE AUMENTO. CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO ELEITA DE 3/8. CRITÉRIO MERAMENTE MATEMÁTICO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 443, DO STJ. ILEGALIDADE. 3. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de recursos, e nem sequer para as revisões criminais.

2. O entendimento vigente nesta Corte Superior é o de que atos infracionais não podem ser considerados maus antecedentes para a elevação da pena-base, tampouco para a reincidência.

[...]

4. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base do paciente HAMILTON ao mínimo legal, bem como diminuir a fração de aumento pelas majorantes para 1/3, determinando que as instâncias ordinárias redimensionem a pena aplicada, nos termos deste julgado" (HC n. 289.098/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 23/5/2014, grifei).

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO INJUSTIFICADO. SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

*III - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima). **Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a elevação da reprimenda.

IV - O aumento imposto à pena-base revela-se injustificado, eis que ausente fundamentação concreta e vinculada.

V - É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ). Tampouco podem ser utilizados para caracterizar personalidade voltada para a prática de crimes ou má conduta social (Precedente).

[...]

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a pena-base ao mínimo legal" (HC n. 288.402/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 18/11/2014, grifei).*

Assim sendo, a pena-base deve ser reconduzida ao mínimo legal, pois não indicadas outras circunstâncias desfavoráveis aptas a exasperar a pena do ora paciente, devendo ser fixada em 4 (quatro) anos de reclusão.

Quanto ao regime prisional, após o redimensionamento da pena-base e examinando os requisitos constantes do art. 33, § 2º, c, e § 3º, e do art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há razão para não conceder o regime aberto para o cumprimento da reprimenda, **pois a gravidade em abstrato do crime** não constitui motivo suficiente a justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena.

Faz-se, portanto, indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, c, e § 3º, e 59 do CP. Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

"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."

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

"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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. Trata-se de paciente primário e a quantidade da **pena total** aplicada não excede a **4 (quatro) anos**, considerando que a pena-base foi redimensionada para o mínimo legal em razão da ausência de qualquer circunstância judicial desfavorável imputada ao paciente.

Colaciono, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo col. **Supremo Tribunal Federal** que ratificam esse entendimento:

*"Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime semiaberto. Possibilidade: primariedade do agente; circunstâncias judiciais favoráveis (pena-base fixada no mínimo legal); e fundamentação inadequada (gravidade in abstracto do delito). 4. A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 5. Aplicação das Súmulas 718 e 719. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 119.287/SP, **Segunda Turma**, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, DJe de 14/5/2014, grifei).*

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 2. A imposição do regime menos gravoso não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. 3. Fixação do regime de cumprimento da pena lastreada na gravidade abstrata do delito. 4. Condenação à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, reincidência inexistente e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal na sentença, preenchem os requisitos legais para a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP). 5. Ordem concedida" (HC n. 118.930/SP, **Primeira Turma**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 21/11/2013).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes prolatados no âmbito deste **Superior Tribunal de Justiça**:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. [...]

2. *In casu*, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3 Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º [...]" (HC n. 295.577/SP, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014).

"REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA INTERMEDIÁRIA. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ENUNCIADOS 440 DA SÚMULA DESTA STJ E 718 E 719 DA SÚMULA DA SUPREMA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado, e a exegese do Enunciado 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

*3. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, **determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, bem como para estabelecer o regime aberto como modo inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade aplicada**" (HC n. 269.212/SP, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, DJe de 6/8/2013, grifei).*

Em suma, a fundamentação utilizada na sentença condenatória, ratificada pelo eg. Tribunal de origem, para aumentar a pena-base e justificar a imposição do regime fechado, não se revela idônea e malfez a sistemática estabelecida pela legislação.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para **reduzir a pena-base ao mínimo legal** e fixar o regime **aberto** para o cumprimento da pena imposta.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0300988-5

HC 342.663 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00084842320138260495 20150000617019 722013 84842320138260495

EM MESA

JULGADO: 18/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DANIELLE MITIE KITA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: PEDRO HENRIQUE MARTINS SEVERINO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.