



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.542 - SP (2016/0244491-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE HELPIS MARTIN (PRESO)
PACIENTE : GIDEONI DE ALMEIDA FERREIRA (PRESO)

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. Precedente.

2. 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.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ARTIGO 157, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). 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 DESTA 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).

PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. SOPESAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA.

É assente nesta Corte que a pena-base pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada, circunstância não verificada no caso em exame, na medida em que utilizadas considerações abstratas e inerentes ao tipo penal violado para justificar a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal.

REGIME PRISIONAL. SANÇÃO INICIAL REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. ALTERAÇÃO PARA O MODO SEMIABERTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Reduzida a pena-base ao mínimo legal, em razão do afastamento de circunstância judicial, mister a readequação do regime inicial para o semiaberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea b, do CP.
2. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena-base dos pacientes ao mínimo legal, sem reflexos na reprimenda final, alterando o regime inicial para o semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da 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), 03 de agosto de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.542 - SP (2016/0244491-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE HELPIS MARTIN (PRESO)
PACIENTE : GIDEONI DE ALMEIDA FERREIRA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ALEXANDRE HELPIS MARTIN e GIDEONI DE ALMEIDA FERREIRA contra acórdão proferido pela 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação n. 0057915-32.2015.8.26.0050, mantendo a sentença que os condenou à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o fundamento utilizado para fixar o regime inicial fechado seria inidôneo, haja vista que embasado em elementos próprios do tipo penal, sendo que a existência de ato infracional não poderia ser utilizado em desfavor de GIDEONI.

Alega que a confissão espontânea dos pacientes deveria influenciar no estabelecimento de regime inicial menos gravoso.

Requer a concessão da ordem constitucional a fim de que seja estabelecido o regime inicial semiaberto.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 371.542 - SP (2016/0244491-5)

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:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO.

CONCURSO MATERIAL. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS NO SENTIDO DE QUE AS CONDUTAS PRATICADAS TINHAM DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

[...]

(HC 366.638/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016)

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 os pacientes foram condenados à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, porque:

[...] no dia 7 de julho de 2015, por volta das 23h00, na Azevedo Júnior, Brás, nesta capital, ALEXANDRE HELPIS MARTIN e GIDEONI DE ALMEIDA FERREIRA, qualificados às fls. 06 e 17 e 07 e 27, respectivamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agindo previamente ajustados e com unidade de desígnios entre si, subtraíram para si, mediante grave ameaça exercida com simulação de emprego de arma de fogo, o telefone celular da marca Motorola e a carteira contendo documentos e a quantia de R\$ 21,00 reais, pertencentes à vítima Fábio V. de A. P. (e-STJ fl. 9)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe negou provimento, mantido o édito condenatório.

Da análise dos autos constata-se a existência de ilegalidade na aplicação da pena-base dos pacientes, e para melhor elucidação da questão, transcreve-se, por oportuno, a dosimetria procedida pelo juízo de 1º grau, reproduzida pelo Tribunal impetrado:

"Nos termos do artigo 59 do Código Penal, fixei a pena-base um sexto acima do mínimo legal tendo em vista a personalidade do acusado GIDEONI e a culpabilidade do réu ALEXANDRE.

O réu GIDEONI é, tecnicamente, primário. Não poderia deixar de ser, afinal contava apenas 21 anos de idade na data dos fatos.

É, contudo, pessoa cuja periculosidade não pode ser desconsiderada.

Desde que completou a maioridade, já foi preso em flagrante e processado nada menos do que três vezes pela prática de roubo (fls. 10 e 11 do apenso próprio).

E, evidentemente, em liberdade, voltará a fazê-lo.

Basta ver que, preso por roubo e libertado em sede de habeas corpus em 18 de outubro de 2013, apenas um mês depois tornou a ser detido em flagrante roubando.

Novamente beneficiado com a liberdade em 24 de junho de 2015, menos de duas semanas; depois praticou o crime aqui tratado.

A Súmula nº 444 do Supremo Tribunal Federal, ao que parece, buscou vedar o reconhecimento, como antecedentes criminais, de inquéritos policiais e ações penais em curso.

Mas não retirou do julgador, nem poderia, o poder-dever de aplicar a pena de acordo com as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal.

E as circunstâncias judiciais, como cediço, não estão adstritas aos antecedentes criminais do réu.

Sabe-se que a lei não contém palavras inúteis.

Personalidade e antecedentes são expressões que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confundem.

[...]

Com a devida vênia, defender o contrário implicaria admitir que, por decisão não vinculante, estaria o artigo 59 do Código Penal parcialmente revogado e, o que é pior, que o juiz criminal teria sido transformado em mero aplicador mecanizado de sanções mínimas, em evidente ofensa ao princípio da individualização da pena. Em relação ao réu ALEXANDRE, as circunstâncias judiciais também são desfavoráveis. Ao contrário do que tentou fazer crer em seu interrogatório judicial, o acusado não praticou mera brincadeira, porque estava alcoolizado. Já depois de reduzir a vítima à impossibilidade de resistência por agir com um comparsa e porque simulavam o porte de arma, ele a ameaçou diversas vezes, dizendo mais de uma vez que a mataria ali mesmo no local do crime. A conduta do réu foi absolutamente desproporcional, diante das circunstâncias e ausente reação do ofendido. A maior reprovabilidade de sua conduta não pode, tampouco, ser desconsiderada na fixação da pena" (fls.96/99, destaques não constantes do original)." (e-STJ fls. 18/21)

Quanto ao ponto, 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 primeiro paciente a personalidade. Entretanto, da análise da folha criminal (e-STJ fls. 35-38), nota-se a inexistência de ações penais com trânsito em julgado em data anterior ao cometimento do ilícito em questão, sendo identificados apenas inquéritos e ações penais ainda em trâmite, inaptos, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA/STJ 444. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME NEGATIVAMENTE VALORADAS. QUANTUM DE REPRIMENDA MANTIDO. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE GENÉRICA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento do princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."*

[...]

7. Writ não conhecido.

(HC 226.178/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

CRIMES DE RESPONSABILIDADE (ART. 1º, I, DO DECRETO-LEI 201/1967, POR DUAS VEZES). DOSIMETRIA DA PENA. PENAS-BASES ACIMA DO MÍNIMO LEGAL.

FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFIRMAÇÕES GENÉRICAS E BASEADAS EM ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL. ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DO STJ. REDUÇÃO DA PENA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. MODALIDADE RETROATIVA. RECONHECIMENTO. HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]*

4. Na espécie, as circunstâncias judiciais relativas à culpabilidade, à conduta social, à personalidade, aos motivos, às circunstâncias e consequências dos crimes, bem como ao comportamento da vítima foram valoradas em desfavor da paciente sem fundamentação idônea, porquanto inerentes ao tipo penal, além de genéricas, sem a menção a qualquer dado concreto extraído dos autos capaz de evidenciar maior reprovabilidade das condutas criminosas.

5. A teor do Enunciado n. 444 da Súmula do STJ, em razão do princípio constitucional de presunção de inocência, ações penais em andamento não constituem motivação idônea a amparar a exasperação da pena-base em face da análise negativa dos antecedentes.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas-bases para o mínimo legal e fixar a pena definitiva de 2 anos de reclusão para cada um dos delitos, declarando-se, de ofício, a extinção da punibilidade tanto em relação à pena principal quanto à acessória, em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na modalidade retroativa.

(HC 345.588/PB, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 16/08/2016)

Quanto ao segundo paciente, verifica-se que foram utilizados fundamentos inidôneos para justificar o incremento da sanção básica, uma vez que considerados elementos genéricos e inerentes ao próprio crime de roubo majorado - utilização de simulacro de arma e ameaça (e-STJ fl. 30), fundamentos que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior não podem ser sustentados.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CULPABILIDADE. CONCEITO. CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. CIRCUNSTÂNCIAS APTAS A JUSTIFICAR A EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. O aumento da pena-base pela culpabilidade requer fundamento concreto, não se prestando a tal a mera citação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do conceito de culpabilidade.

3. Mostra-se ilegítima a exasperação da pena-base, pelas consequências, consubstanciada em elementos genéricos que não desbordam aos normais do delito de roubo.

4. É admissível a consideração das circunstâncias do delito como desfavoráveis ao réu que demonstra ousadia, ao ameaçar a vítima com arma de fogo, empreendendo em contagem regressiva para que esta se recordasse da senha do cartão do banco.

5. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas a 5 anos, 6 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, e 13 dias-multa.

(HC 309.365/ES, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016)

Ademais, ressalta-se que a ponderação das circunstâncias judiciais não é uma operação aritmética, mas sim, como afirmado anteriormente, um exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Juízo competente eleger a sanção que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

Nesse norte, são os precedentes:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS. JUSTIFICATIVA CONCRETA. MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de habeas corpus. Na espécie, as instâncias de origem arrolaram elementos concretos, no tocante à personalidade, circunstâncias e consequências do crime, que respaldam o acréscimo da pena-base. Todavia, não se verifica fundamentação idônea quanto à culpabilidade, sendo imprescindível o decote no incremento sancionatório.

2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

3. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias judiciais desfavoráveis.

4. *Ordem concedida, em parte, a fim de reduzir a pena do paciente para 7 (sete) anos, 1 (um) mês e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, mais 16 (dezesesseis) dias-multa, mantido o regime inicial fechado.*

(HC 370.994/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

Por essa razão, verificada a inadequação na análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, merece ser reformado o acórdão objurgado nesse ponto, a fim de reduzir a reprimenda base dos pacientes para o mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase, ainda que reconhecida a atenuante da confissão espontânea (e-STJ fl. 21), 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, aumenta-se a sanção em 1/3 (um terço), em razão do concurso de agentes, reconhecida nas instâncias de origem, restando a pena em 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

Redimensionada a sanção inicial ao mínimo legal, e diante da pena aplicada, de rigor o estabelecimento do modo semiaberto para o cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33 do CP.

Confira-se:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA. ARTEFATO APREENDIDO E SUBMETIDO A PERÍCIA. POTENCIALIDADE OFENSIVA ATESTADA. MAJORANTE MANTIDA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO IMPOSTO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 440/STJ, 718 E 719/STF. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Ao contrário do alegado no bojo da impetração, o Julgador de 1º grau afirmou que o artefato foi apreendido e submetido a exame pericial, no qual foi reconhecida a sua potencialidade ofensiva, devendo, pois, ser reconhecida a incidência da majorante do art. 157, § 2º, I, do CP.

3. Ainda que assim não fosse, a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência n. 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta comprovação testemunhal atestando o seu emprego.

4. De acordo com a 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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

5. Malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados no decreto condenatório não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

6. Tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

7. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, com o fim de estabelecer o regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo.

(HC 386.514/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 14/06/2017)

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 dos pacientes ao mínimo legal, sem, contudo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualquer reflexo na reprimenda definitiva, alterando o regime inicial para o semiaberto, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0244491-5

HC 371.542 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0057915328260050 20160000524381 57915328260050

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: GLAUCO MAZETTO TAVARES MOREIRA - SP239877
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ALEXANDRE HELPIS MARTIN (PRESO)
PACIENTE	: GIDEONI DE ALMEIDA FERREIRA (PRESO)

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