



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.678 - SP (2014/0304745-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO DOMICIANO PENALVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS SOB APURAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULAS DO STF 718/719 E STJ 440. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *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 conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Nos termos do art. 63 do Código Penal, "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". *In casu*, os autos revelam que o réu não ostentava condenação transitada em julgado à época dos fatos sob apuração no bojo do processo-crime, o que obsta o reconhecimento da sua reincidência e o incremento da sanção penal na segunda fase da dosimetria.

4. Hipótese na qual o paciente foi beneficiado com a suspensão condicional do processo (Ação Penal n. 2876/2008), tendo tal benesse sido posteriormente revogada em razão da prática de nova conduta delitiva no curso do período de provas, o que implicou condenação penal, cujo trânsito em julgado deu-se tão somente em 18/5/2012, ou seja, após o crime sob exame, ocorrido em 23/5/2011, devendo, pois, ser reconhecida a sua primariedade.

5. No tocante ao meio prisional de cumprimento da pena, 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 do 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".

6. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

7. 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.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, e estabelecer o regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo.

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

Brasília (DF), 03 de agosto de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.678 - SP (2014/0304745-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO DOMICIANO PENALVA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de **THIAGO DOMICIANO PENALVA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime prisional fechado, e ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, como incurso nas penas do artigo 157, *caput*, do Código Penal, por duas vezes, na forma do art. 71, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 88-91).

Irresignado, o réu interpôs apelação perante a Corte de origem, que restou desprovida, sem discrepância de votos, mantendo-se o inteiro teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 95-99).

Neste *writ*, a Defensoria Pública sustenta, em síntese, que: a) "a e. magistrada *a quo* valeu-se da certidão de f. 112 para reconhecer o instituto da reincidência em desfavor do paciente, o que repercutiu na primeira fase da dosimetria da pena (aumento de 1/6) e na fixação do regime (fechado), conforme se verifica à f. 130-131"; b) "o paciente é primário, razão pela qual os efeitos da reincidência devem ser afastados para quaisquer fins"; c) a "nova decisão acerca do regime inicial de cumprimento de pena deve ser proferida assegurando a autoridade do entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, levando em consideração o *quantum* da pena fixada na sentença e as circunstâncias judiciais (estabelecidas nos artigos 59 do Código Penal), no caso, todas favoráveis" (e-STJ, fls. 1-8).

Pugna, assim, pela concessão da ordem, a fim de afastar o aumento referente à reincidência e reconhecer o direito do paciente ao desconto da pena em regime prisional semiaberto.

Não foi deduzido pedido de liminar.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se à fl. 130.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 309.678 - SP (2014/0304745-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : THIAGO DOMICIANO PENALVA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO. INADEQUAÇÃO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO À ÉPOCA DOS FATOS SOB APURAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULAS DO STF 718/719 E STJ 440. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *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 conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. Nos termos do art. 63 do Código Penal, "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior". *In casu*, os autos revelam que o réu não ostentava condenação transitada em julgado à época dos fatos sob apuração no bojo do processo-crime, o que obsta o reconhecimento da sua reincidência e o incremento da sanção penal na segunda fase da dosimetria.

4. Hipótese na qual o paciente foi beneficiado com a suspensão condicional do processo (Ação Penal n. 2876/2008), tendo tal benesse sido posteriormente revogada em razão da prática de nova conduta delitiva no curso do período de provas, o que implicou condenação penal, cujo trânsito em julgado deu-se tão somente em 18/5/2012, ou seja, após o crime sob exame, ocorrido em 23/5/2011, devendo, pois, ser reconhecida a sua primariedade.

5. No tocante ao meio prisional de cumprimento da pena, 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 do 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".

6. 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. 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.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, e estabelecer o regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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

Mais: a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória:

"[...] Na aplicação da pena atendendo ao que dispõe o artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o réu é reincidente e praticou o delito durante benefício concedido em fase de execução de pena, de modo que aplica-se a pena base do roubo 1/6 acima do mínimo legal o que corresponde 04 (quatro) anos e (08) oito meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias multa, Pela continuidade delitiva a pena é acrescida de mais 1/6 o que equivale a (05) cinco anos, (05) cinco meses e (10) dez dias de reclusão e pagamento de (12) doze dias multa. Não há outras causas a serem apreciadas de modo que essa pena é a definitiva.

[...]

Face o que dispõe o artigo 33, § 2º, alínea 'a', do Código Penal, pela reincidência e ter praticado o delito em fase de benefício por outro processo aplica-se o regime fechado para início de cumprimento da pena" (e-STJ, fls. 90-91).

Com efeito, nos termos do art. 63 do Código Penal, "verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior".

In casu, os autos revelam que o réu não ostentava condenação transitada em julgado à época dos fatos sob apuração no bojo do processo-crime, o que obsta o reconhecimento da sua reincidência e o incremento da sanção penal na segunda fase da dosimetria. Por certo, o ora paciente foi beneficiado com a suspensão condicional do processo (Ação Penal n. 2876/08), tendo tal benesse sido posteriormente revogada em razão da prática de nova conduta delitiva no curso do período de provas, o que implicou condenação penal, cujo trânsito em julgado deu-se tão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

somente em 18/05/2012, ou seja, após o crime sob exame, ocorrido em 23/05/2011, devendo, pois, ser reconhecida a sua primariedade.

No tocante ao meio prisional de cumprimento da pena, 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".

Deveras, 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).

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. É firme 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. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: 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.

4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir, à fração de 1/3, o aumento da pena do paciente, decorrente das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e fixar o regime inicial semiaberto."

(HC 381.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017, grifou-se)

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE RECLUSÃO DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- **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 n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.**

- No caso dos autos, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final ter sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas em elementos inerentes ao próprio tipo penal, e no fato de o paciente estar preso por outro processo, ainda em curso, fundamento igualmente inidôneo. Incidem, ao caso, assim, os referidos enunciados sumulares.

- *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar regime inicial aberto."

(HC 381.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 21/02/2017, grifou-se)

Em verdade, 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 recrudescimento 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.

Evidenciada flagrante ilegalidade na dosimetria, passa-se à nova individualização da pena.

Na hipótese dos autos, a pena-base restou estabelecida no piso legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa. Afastada a incidência da agravante da reincidência, deve a pena permanecer inalterada na segunda fase do procedimento dosimétrico. Ao final, mantido o incremento da reprimenda de 1/6 pela continuidade delitiva, a sanção corporal deve ser consolidada em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, para reduzir a pena a 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses, mais pagamento de 11 (onze) dias-multa, e estabelecer o regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0304745-5

HC 309.678 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00367553820148260000 00819405120118260050 15812011 20130000167139
367553820148260000 81940512011 819405120118260050

EM MESA

JULGADO: 03/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

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	: BRUNO MARTINELLI SCRIGNOLI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: THIAGO DOMICIANO PENALVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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