



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.768 - SC (2017/0026358-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIANO MARCILLINO FELACIO (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESFAVORECIMENTO DA CONDUTA SOCIAL E DOS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 444/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, 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, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - "[...] 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 Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - *É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ).*

IV - O fato de, no caso **sub judice**, a sentença condenatória haver sido proferida em momento anterior à edição do referido enunciado sumular não afasta a ilegalidade do incremento punitivo, sob esse fundamento, pois, a jurisprudência desta Corte Superior, no ponto, apenas está dando efetividade e interpretação adequada à Constituição ao disposto no 59, do Código Penal.

V - Redimensionada a pena para o mínimo legal, faz-se necessário readequar o regime prisional inicial para o **aberto**, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º do CP. Pelas mesmas razões (**quantum** da pena, primariedade e existência de circunstâncias judiciais favoráveis) aliado ao fato do crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, autoriza-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Brasília (DF), 02 de maio de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.768 - SC (2017/0026358-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela **Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina**, em benefício de FABIANO MARCELLINO FELACIO, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Depreende-se dos autos que o ora paciente foi condenado às penas de **dois anos e nove meses de reclusão**, em regime inicialmente fechado, e de **cinquenta dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, inciso I, do Código Penal (fl. 266).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação criminal, na eg. Corte estadual, que a ela negou provimento, nos termos de v. acórdão assim ementado:

"FURTO QUALIFICADO PELO ARROMBAMENTO AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL - AGENTE ENCONTRADO MOMENTOS APÓS A PRÁTICA ILÍCITA NA POSSE TRANQUILA DE PARTE DA RES FURTIVA - DELITO CONSUMADO - PRIMARIEDADE - CIRCUNSTÂNCIA POR SI SÓ NÃO ASSECURATÓRIA DO DIREITO À FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL - RÉU PRIMÁRIO, PORÉM CONTUMAZ NA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA DEVIDAMENTE CONSIDERADA QUANDO DA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA - CRIME DE BAGATELA NÃO CARACTERIZADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO" (fl. 270).

Na sequência, foi proposta ação de revisão criminal, que foi considerada parcialmente procedente, para reduzir a pena do paciente ao novo patamar de **dois anos e um mês de reclusão**, além do pagamento de **12 dias-multa**, conforme ementa a seguir transcrita:

"REVISÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO (CP, ART.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

155, § 4.º, INCISO I) - DOSIMETRIA - PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL - PRETENSO AFASTAMENTO DOS ASPECTOS REFERENTES À CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE E ANTECEDENTES CRIMINAIS - FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - PRESERVAÇÃO TÃO-SOMENTE DOS VETORES ATINENTES À CONDUTA SOCIAL E AOS ANTECEDENTES CRIMINAIS - MINORAÇÃO QUE SE IMPÕE - PEDIDO PARCIALMENTE DEFERIDO" (fl. 280).

Daí o presente **mandamus**, no qual o impetrante alega que "*a Defensoria Pública foi intimada para a sessão de julgamento [da revisão criminal] a ser realizada no dia 30/11/2016, conforme se infere da fl. 207. No entanto, a sessão de julgamento foi adiada, sendo realizada somente no dia 14/12/2016 (fl. 210), sem que a Defensoria Pública do Estado fosse devidamente intimada da alteração da sessão. Desse modo, houve violação frontal ao disposto no art. 5.º, § 5.º, da Lei 1.060/1950, no art. 370, § 4.º, do Código de Processo Penal, no art. 128, inciso I, Lei Complementar 80/94 e no art. 46, inciso I, da Lei Complementar Estadual 575/12 de Santa Catarina. Além da violação aos supracitados dispositivos legais, não há dúvidas de que a ausência da **intimação pessoal** do Defensor Público frustra a possibilidade de oferecimento de sustentação oral, de modo a afrontar a garantia fundamental à ampla defesa (CRFB/88, art. 5.º, LV)" (fls. 5-6).*

Aduz que "*a Súmula 444 do STJ nada mais é senão a uniformização da correta interpretação do art. 59 do Código Penal e do princípio da presunção de inocência. Jamais houve orientação jurisprudencial firmada no sentido contrário pelo STJ (órgão constitucionalmente incumbido de uniformizar a interpretação da lei federal), ou seja, no sentido de que inquéritos policiais e processos penais em curso justificariam o aumento da pena-base acima do patamar mínimo*" (fl. 9).

Sustenta que, "*no caso concreto, à época da sentença (março/2002), a jurisprudência do STJ já se orientava pacificamente no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não poderiam ensejar o aumento da pena-base*" (fls. 9-10).

Argumenta que, de todo modo, "*a jurisprudência mais benigna deve*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

retroagir para beneficiar o réu" (fl. 11).

Requer, ao final, seja a ordem concedida para declarar a nulidade parcial do v. acórdão objurgado, reduzindo a pena-base aplicada ao paciente ao mínimo legal, readequando o seu regime inicial de cumprimento para o aberto e determinando a substituição do cárcere por penas restritivas de direito.

Subsidiariamente, postula que se declare *"a nulidade do acórdão prolatado pela Seção Criminal do TJ/SC, tendo em vista que a Defensoria Pública não foi intimada da alteração da data da sessão de julgamento da revisão criminal, preservando-se, no entanto, os efeitos do acórdão na parte em que acolheu parcialmente a revisão criminal para reduzir a pena do PACIENTE"* (fl. 18).

A liminar foi denegada, à fl. 241.

As informações foram prestadas, às fls. 250-290.

O **Ministério Público Federal** manifestou-se conforme parecer, cuja ementa colaciono, a seguir:

*"Processo Penal. **Habeas corpus** substituto de revisão criminal. Pleito de diminuição da pena e sua substituição por restritivas de direitos.*

*1. A utilização do hc em substituição ao recurso próprio impossibilita seu conhecimento. Constatada ilegalidade admite-se o conhecimento excepcional do **habeas corpus**.*

*2. O TJ **a quo** reconheceu aplicação indevida da pena no édito condenatório com trânsito em julgado mas obstou sua alteração diante do reconhecimento de que o fato é anterior à edição da súmula 444/STJ, desconsiderando que a norma que lhe respalda já vigorava àquele tempo, caracterizando ilegalidade.*

3. Pelo excepcional conhecimento do hc e concessão da ordem, para que a pena seja fixada em 2 anos de reclusão" (fl. 294).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 387.768 - SC (2017/0026358-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESFAVORECIMENTO DA CONDUTA SOCIAL E DOS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 444/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I - Não mais se admite, perfilhando o entendimento do col. Pretório Excelso e da eg. Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, 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, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem, de ofício.

II - "[...] 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 Lima**, DJU de 11/4/2005).

III - *É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ).*

IV - O fato de, no caso **sub judice**, a sentença condenatória haver sido proferida em momento anterior à edição do referido enunciado sumular não afasta a ilegalidade do incremento punitivo, sob esse fundamento, pois, a jurisprudência desta Corte Superior, no ponto, apenas está dando efetividade e interpretação adequada à Constituição ao disposto no 59, do Código Penal.

V - Redimensionada a pena para o mínimo legal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

faz-se necessário readequar o regime prisional inicial para o **aberto**, nos termos do art. 33, § § 2º e 3º do CP. Pelas mesmas razões (**quantum** da pena, primariedade e existência de circunstâncias judiciais favoráveis) aliado ao fato do crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, autoriza-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

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

A Defesa pretende, **quanto ao mérito**, que seja a pena-base do paciente reduzida ao mínimo legal, com a readequação do regime inicial de cumprimento para o aberto e a substituição do cárcere por penas alternativas.

Para a adequada delimitação da **quaestio**, colaciono abaixo excerto do v. acórdão reprochado:

*"As razões da presente revisão criminal objetivam exclusivamente a redução da pena imposta a **FABIANO MARCELINO FELÁCIO**.*

É cediço que, em se tratando de revisão criminal, o reexame do cálculo de pena por decisão já transitada em julgado somente se opera quando se tratar de erro técnico ou manifesta injustiça.

[...]

Nesse contexto, em análise à presente impugnação, reputa-se necessária a adequação de alguns parâmetros utilizados no cálculo da pena corpórea fixada ao revisando, exclusivamente no que tange ao estágio primitivo da dosimetria.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, observa-se que o julgador singular fixou a pena-base do crime de furto qualificado um pouco acima do mínimo legal (em **3 anos de reclusão e 50 dias-multa**) - **decisum** mantido pelo órgão colegiado - por entender desfavoráveis quatro circunstâncias judiciais (culpabilidade, conduta social, personalidade do agente e maus antecedentes).

Extrai-se da referida decisão **a quo** (p. 21/24):

'[...] 7- Quanto à pena:

Possui maus antecedentes, constatados pelos oito processos em andamento (fls. 45/53). Fato que é levado em conta quando da aplicação da pena-base. É primário. (...)

Possuindo maus antecedentes, o regime de cumprimento de pena deve ser mais severo, já que sua culpabilidade é maior, servindo para o réu entender o caráter ilícito de seus atos. [...]

Sendo assim, não faz jus a qualquer privilégio ou substituição pela situação delicada de sua conduta voltada ao crime.

A seu favor, milita a atenuante da confissão. (...)

Concluindo, o réu responde pelo furto qualificado pelo arrombamento de obstáculo, sendo atenuada a pena pela confissão espontânea.

8 - Aplicação da Pena

Mentalmente são, sabia que agia contrariamente ao direito; péssimos antecedentes; conduta social, voltada ao ilícito; personalidade distorcida; motivo, lucro fácil; circunstâncias normais não houve conseqüências; a vítima em nada colaborou.

Sendo desfavoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do código penal, fixo a pena acima do mínimo legal em 3 anos de reclusão e 50 dias multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente a época do fato, face a precária situação econômica do réu.

Reconhecendo presente a circunstância atenuante da confissão espontânea (CP, art 65, III, 'd') diminuo a reprimenda corporal imposta, em 3 meses, passando para 2 anos e 9 meses de reclusão, e 50 dias multa, o que torno definitivo ante ausência de outras modificadoras. [...].'

[...]

Nesse contexto, conforme consta da decisão prolatada pelo juiz singular, ratificada em sede de apelação, reputou-se desvantajosas ao reeducando quatro fatores elencados no art. 59 do Código Penal, quais sejam, aos **antecedentes criminais** (processos-crime em andamento), a personalidade (distorcida), a conduta social (voltada ao ilícito) e a culpabilidade (mentalmente são, sabia que agia contrariamente ao direito), majorando-se a pena no estágio inicial da dosimetria para **3 (três) anos de reclusão, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No estágio intermediário, o magistrado verificou militar a favor do apenado a atenuante da confissão espontânea, pelo que minorou a pena em **3 (três) meses**, consolidando-a em **2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão** em face da ausência de causas especiais de aumento e/ou diminuição.

Inicialmente, antes da análise do cálculo da dosimetria da pena, imperioso salientar que esta relatora dissentiu da maioria quanto à majoração da reprimenda referente aos aspectos relacionados aos antecedentes criminais e à conduta social, por entender pela adoção do entendimento Sumular n. 444 do STJ (processos em andamento).

Passando-se ao exame da sanção, verifica-se que a culpabilidade - também referida pelo togado singular como em grau elevado não passou de sua condição inerente ao tipo penal em comento. Além disso, percebe-se que os motivos também não são anormais à espécie do delito apurado (embora não sopesados no cálculo mas mencionados como negativos), porquanto a conduta é essencialmente dedicada ao lucro fácil e instantâneo.

No concernente à conduta social, infere-se no caso em apreciação que os autos mencionados na sentença condenatória se referem a processos em andamento. Em sendo assim, adotando-se o posicionamento dos últimos julgados proferidos por esta Seção Criminal a respeito da aplicabilidade do entendimento Sumular n. 444 do STJ tão-somente para ações penais julgadas após sua edição (vide autos n. 4003335-57.2016.8.24.0000), atentando-se para o fato de que o delito fora praticado em 17-9-1997 (p. 13), há que se manter tal aspecto como desfavorável ao requerente.

De outro vértice, as informações obtidas nos autos não são suficientes para concluir-se pela personalidade desvirtuada e voltada à prática delitiva, notadamente pela inexistência de dados complementares neste sentido.

[...]

Desse modo, em permanecendo duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apenado, utilizando-se a fração de aumento adotada na origem (3 meses para cada fator desvantajoso), a pena deve alcançar, na etapa primitiva do cálculo, o **quantum** de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada qual em seu valor mínimo legal.

Na segunda etapa, conservada a presença da atenuante da confissão espontânea, reduz-se a sanção no patamar de 1/6 (um sexto), fixando-se uma sanção final de 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada qual em seu valor mínimo legal.

À vista do exposto, o voto é no sentido de deferir em parte o pedido revisional para reduzir a pena imposta a **FABIANO MARCELINO FELÁCIO** para 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão, além do pagamento de 12 (doze) dias-multa, cada qual em seu valor mínimo legal" (fls. 281-286).

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 seja necessária uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 Lima**, DJU de 11/4/2005).

Verifica-se, do excerto acima citado, que a dosimetria revela inadequação na consideração de que o Paciente teria **maus antecedentes** e **conduta social** desfavorável, eis que, para tanto, foram elencadas ações criminais sem trânsito em julgado.

Desse modo, está caracterizada a vulneração à orientação pacífica firmada no âmbito desta Corte: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"* (**Súmula 444/STJ**).

O fato de, no caso **sub judice**, a sentença condenatória haver sido proferida em momento anterior à edição do referido enunciado sumular não afasta a ilegalidade do incremento punitivo, sob esse fundamento, pois, a jurisprudência desta Corte Superior, no ponto, apenas está dando efetividade e interpretação adequada à Constituição ao disposto no 59, do Código Penal.

Sobre o tema, vejam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. TRÁFICO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AÇÕES PENAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REDUTORA DA PENA. ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. FIXAÇÃO EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DE 2/3. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

2. Como é cediço, ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade, nos termos da Súmula n. 444/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. No caso, o fundamento 'o envolvimento do recorrente em situações delitivas anteriores (roubo e homicídio), somado à perpetração do ilícito em análise, deixa entrever certa propensão ao cometimento de crimes, o que explica - e respalda a fundamentação expendida pelo juiz sentenciante acerca das 'circunstâncias do crime', a revelar que 'a ousadia e o destemor à Justiça' concitam a contumácia.' não se presta a valorar negativamente os vetores do art. 59 do código Penal. Isso porque não há notícias de que esses delitos anteriores tenham transitado em julgado, o que violaria o enunciado n. 444 da Súmula desta Corte Superior.

[...]

6. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime aberto, substituída a pena corporal por medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais" (HC n. 365.601/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 29/3/2017).

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA. OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. SÚMULA N. 444 DO STJ. CAUSA DE AUMENTO. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MENORIDADE RELATIVA. RECONHECIMENTO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...]

5. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, **inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de indicador de maus antecedentes, conduta social negativa ou de ser a personalidade do agente voltada para o crime. Inteligência do enunciado sumular n. 444 do STJ, segundo o qual 'é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base'.**

[...]

8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena para 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão mais 15 dias-multa" (HC n. 266.447/MA, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 2/3/2017).

Portanto, a pena-base deve ser reconduzida ao mínimo legal, pois não indicadas outras circunstâncias desfavoráveis na decisão vergastada. Como não há, de igual modo, agravantes ou causa de aumento, e o reconhecimento da atenuante da confissão não podendo reduzir a reprimenda para aquém do piso legal (Súmula n. 231/STJ), torno-a definitiva em **dois**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos de reclusão.

Dessarte, atento ao disposto no art. 33, § 2º e 3º, do CP, e levando em consideração o total da pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como a primariedade do paciente, fixo o **regime inicial aberto** para o cumprimento da pena.

Por fim, insta consignar que o Paciente, assim como requerido, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, haja vista o montante da pena, o fato do crime não ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça e a existência de circunstâncias judiciais favoráveis.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

"[...] REGIME INICIAL. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O MODO ABERTO.

Reduzida a pena privativa de liberdade para patamar inferior a 4 (quatro) anos, mister a readequação do regime inicial para o aberto, em conformidade com o art. 33, § 3º, alínea 'c', do CP.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. PREENCHIMENTO.

1. A substituição da sanção reclusiva por restritivas de direito mostra-se possível quando encontram-se atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

2. No presente caso, encontram-se preenchidos os pressupostos necessários à conversão da pena privativa de liberdade, haja vista as circunstâncias do crime noticiado.

[...]

*2. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de reduzir a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, alterar o regime inicial para o aberto e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem designadas pelo Juízo de Execução Penal" (HC n. 363.309/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 15/3/2017).*

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. Sendo o paciente primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, e a quantidade e a diversidade dos entorpecentes apreendidos (128 g de maconha e 26 g de cocaína), justificam a fixação do regime legal, ou seja, o modo aberto. O regime inicial fechado, excessivamente mais severo do que a pena de 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, revela-se desproporcional.

5. Do mesmo modo, o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se justifica, mormente porque preenchidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

6. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial aberto e determinar a substituição da pena de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais" (HC n. 378.720/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 10/2/2017).

Quanto ao pleito subsidiário de cassação do v. acórdão objurgado, para que seja o paciente submetido a novo julgamento pelo colegiado recursal, após a devida intimação da Defensoria Pública da data marcada para o julgamento, resta prejudicado em face do atendimento do **mandamus**, no mérito.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

Concedo, todavia, a ordem, de ofício, para reduzir a pena definitiva do paciente ao mínimo legal (**dois anos de reclusão**), alterar o regime para o inicial aberto e possibilitar a substituição da pena, a ser realizada pelo Mm. Juízo da Vara de Execuções Criminais.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0026358-0

HC 387.768 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00007746419978240075 075970007749 20020186681 40027033120168240000
75970007749 7746419978240075

EM MESA

JULGADO: 02/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: FABIANO MARCILLINO FELACIO (PRESO)

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