



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.766 - SP (2015/0147085-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOBERT PEREIRA MARTINS (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). CONCURSO FORMAL. REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO E NA PRÁTICA PRETÉRITA DE ATOS INFRACIONAIS. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTES TJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal pela favorabilidade das circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do regime prisional mais gravoso (Súmula 440/STJ).

2. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado. Necessária a mitigação do regime prisional para o semiaberto.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a prática de atos infracionais, por si só, não justifica a imposição de regime inicial mais gravoso, uma vez que não configura infração penal e, portanto, não se revela fundamento idôneo a valorar negativamente os antecedentes do acusado.

DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA CARACTERIZAÇÃO DO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. De acordo com a jurisprudência pacífica deste Superior



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça, o exame da dosimetria da pena por meio de *habeas corpus* somente é possível quando evidenciado de plano, sem a necessidade de exame de provas, flagrante ilegalidade e prejuízo ao paciente.

2. Pela documentação acostada ao presente *mandamus* não é possível constatar o tempo em que o paciente permaneceu cautelarmente preso, o que impede o reconhecimento do constrangimento ilegal a que estaria submetido.

3. Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência da aventada ilegalidade.

4. Não há como se conhecer do *mandamus* no ponto em que pretende a aplicação da detração e da progressão de regime, visto que a questão não foi objeto de exame pelo Tribunal apontado como coator, sob pena de indevida supressão de instância.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar 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), 04 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.766 - SP (2015/0147085-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOBERT PEREIRA MARTINS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de JOBERT PEREIRA MARTINS contra acórdão proferido pela 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que proveu, parcialmente, a Apelação n. 0004190-52.2013.8.26.0292, a fim de redimensionar a reprimenda para 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, por três vezes, c.c art. 70, ambos do Código Penal.

Sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que a Corte de origem não poderia ter mantido o regime inicial fechado, haja vista a primariedade do paciente, a favorabilidade das circunstâncias judiciais e a fixação da pena-base no mínimo legal, sendo devido o abrandamento do modo prisional, em conformidade com os Enunciados Sumulares 718, 719 da Suprema Corte e 440/STJ.

Defende que o paciente teria ficado cautelarmente preso por período superior a 01 (um) ano e 10 (dez) meses e, por essa razão, deveria ser realizada a detração da pena, em consonância com o previsto no art. 387, § 2º, do CPP, sendo possível, também, a progressão de regime, segundo disposto no art. 112 da Lei de Execução Penal.

Requer a concessão da ordem constitucional para seja fixado regime inicial aberto ou deferida a progressão de regime.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da impetração.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 327.766 - SP (2015/0147085-1)

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.

[...]

- Habeas corpus não conhecido.

(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 o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c com o art. 61, inciso II, alínea "h", na forma do art. 70, todos do Código Penal, porque:

"[...] que no dia 28 de março de 2013, por volta das 15h30,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na Rodovia Carvalho Pinto, altura do Km 84, Bairro Santo Antônio da Boa Vista, nesta cidade e comarca, a vítima T. conduzia seu veículo Ford/Escort de placas BY02267 quando o pneu do carro estourou, obrigando-a parar no acostamento. O réu e seu comparsa não identificado se aproximaram das vítimas e se ofereceram para trocar o pneu do carro, o que foi aceito. Logo depois, fazendo uso de uma chave de roda, o denunciado e seu comparsa anunciaram o assalto, exigindo que as vítimas entregassem dinheiro e celulares. O denunciado subtraiu uma bolsa, um carteira contendo CNH, cartões, uma folha de cheque, um telefone celular da marca Nokia, chaves e a quantia de R\$ 250,00 em dinheiro, tudo de propriedade de T.K.. Também subtraiu da vítima S.U. uma bolsa contendo cartões, documentos e telefone um celular Nokia, bem como uma bolsa contendo cartões, documentos, telefone celular da marca Nokia e a quantia de R\$300,00 em dinheiro, de propriedade de M.R.K.." (e-STJ fl. 14)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual lhe deu parcial provimento para afastar a majorante do emprego de arma, redimensionando a reprimenda para 6 (seis) anos, 2 (meses) e 20 (vinte) dias de reclusão, mantendo, no mais, o édito condenatório.

No que se refere ao regime inicial, verifica-se que o Tribunal impetrado manteve o fechado em aresto proferido nos seguintes termos:

"Finalmente, o regime fechado de cumprimento da reprimenda é o único adequado à espécie, pois as circunstâncias concretas do delito (praticado em comparsaria, contra três mulheres - uma das quais idosa -, que haviam parado na rodovia em razão do estouro de um pneu), por indivíduo que desde a adolescência está a se envolver com a prática de infrações (fls. 08 e 09 do último apenso), a revelar significativo desvio de caráter, justificam a aplicação de punição mais severa." (e-STJ fl. 47)

Do trecho acima transcrito, observa-se que o modo fechado foi mantido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos genéricos e inerentes ao próprio tipo penal, fundamentos que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, são insuficientes à determinação do sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando as circunstâncias judiciais são favoráveis e a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base não ultrapassa o mínimo legal, como no caso dos autos.

A matéria, aliás, está sumulada no âmbito desta Corte, no enunciado n. 440, a saber:

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.

O Supremo Tribunal Federal também possui orientação firmada acerca do tema, cristalizada nos verbetes ns. 718 e 719, 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.

Nesse norte, os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. MENORIDADE RELATIVA. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULA N. 440/STJ. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 387, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CPP. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- De acordo com a Súmula n. 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, no caso, a menoridade relativa.

- A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a incidência da majorante pela utilização de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, uma vez comprovada sua utilização por outros meios de prova, como o testemunho da vítima.

- **As circunstâncias judiciais foram favoráveis (art. 59 do**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal - CP), os pacientes são primários e o regime fechado foi fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito. Assim, é cabível o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal e do enunciado n. 440 da Súmula da desta Corte.

- À vista da ausência de elementos necessários à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do CPP, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto aos pacientes.

(HC 341.394/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO E CORRUPÇÃO DE MENORES. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO. SÚMULAS 440/STJ, 718/STF e 719/STF. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- 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.

- Os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça refutam a imposição do regime mais gravoso que aquele previsto em lei em razão do quantum de pena, quando fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito.

- No caso do autos, fixada a pena-base no mínimo legal, a determinação de regime inicial mais gravoso não está lastreada em fundamentação concreta e idônea, a atrair ao caso a incidência dos referidos enunciados de Súmula e a aplicação do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 340.434/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe 10/02/2016)

Ressalte-se que nos termos da jurisprudência deste colendo Superior Tribunal, a prática de ato infracional, por si só, não justifica a imposição de regime inicial mais gravoso, uma vez que não configura infração penal e, portanto, não se revela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamento idôneo a valorar negativamente os antecedentes do acusado.

Portanto, mantida a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão e considerando-se a favorabilidade das circunstâncias judiciais, nota-se presente a ilegalidade arguida, mostrando-se viável o estabelecimento do modo semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do CP.

Confira-se:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. PRESENÇA DE MAIS DE UMA CAUSA DE AUMENTO. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULA 443/STJ. REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. DETRAÇÃO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA E HABEAS CORPUS CONCEDIDO 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 sentença aplicou fração superior a 1/3 (um terço) para majorar a pena apenas em razão das duas causas de aumento reconhecidas, sem apoio em elementos concretos do delito, o que contraria o disposto na Súmula 443 desta Corte: "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes." 3. 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"; e com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

4. 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), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

5. Nos termos da pacífica jurisprudência desta Corte, a prática de ato infracional não justifica a exasperação da pena-base, por não configurar infração penal, não podendo, portanto, ser valorada negativamente na apuração da vida pregressa do réu a título de antecedentes, personalidade ou conduta social. De igual modo, a prática de ato infracional não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitui fundamento idôneo para o recrudescimento do regime de cumprimento da pena.

6. Tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, 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. Com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá detrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Mister se faz destacar que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência.

7. Tratando-se de decreto condenatório já transitado em julgado, deve o Juízo das Execuções verificar a possibilidade de fixação de regime de cumprimento da pena mais brando.

8. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer as penas de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime semiaberto, mais o pagamento de 15 (quinze) dias-multa, bem como determinar que o Juízo das Execuções avalie a possibilidade de aplicação do instituto da detração.

(HC 356.899/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NEGATIVA. PRÉVIAS CONDENAÇÕES POR ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. ANÁLISE PREJUDICADA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. O Direito Penal, dadas as conquistas liberais, estabelece a distinção entre as respostas penais: para imputáveis, à luz da culpabilidade, cominam-se penas; para inimputáveis, de acordo com a periculosidade, são estabelecidas medidas educativas/curativas.

Diante deste modelo, é impossível exacerbar/deixar de reduzir a reprimenda criminal com base em passagens pela Vara da Infância; isto porque, assim se entendendo, confundem-se grandezas distintas - culpabilidade e periculosidade. O comportamento carente de capacidade de entendimento/autodeterminação não se presta a aumentar a pena ou, tal como no caso concreto, configurar óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise do pleito de estabelecimento do regime inicial diverso do fechado, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando da nova fixação da reprimenda corporal.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de, afastado o óbice utilizado para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, determinar ao Juízo de primeira instância que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal. (HC 357.723/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONCESSÃO DA LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. PLEITO PREJUDICADO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NEGATIVA. FEITOS EM CURSO. PRÉVIAS CONDENAÇÕES POR ATOS INFRACIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ANÁLISE PREJUDICADA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Diante da superveniência do trânsito em julgado da condenação, o pleito referente à possibilidade de concessão da liberdade restou superado, encontrando-se o writ prejudicado, neste particular.

3. É inviável negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, 4º, da Lei n.º 11.343/2006 amparando-se na pendência de feitos criminais em curso, haja vista que é pacífica a jurisprudência deste Sodalício no sentido de que inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados para se firmar um juízo negativo sobre antecedentes, conduta social e a personalidade, sob pena de se vulnerar a garantia da presunção de inocência.

4. O Direito Penal, dadas as conquistas liberais, estabelece a distinção entre as respostas penais: para imputáveis, à luz da culpabilidade, cominam-se penas; para inimputáveis, de acordo com a periculosidade, são estabelecidas medidas educativas/curativas.

Diante deste modelo, é impossível exacerbar/deixar de reduzir a reprimenda criminal com base em passagens pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vara da Infância; isto porque, assim se entendendo, confundem-se grandezas distintas - culpabilidade e periculosidade. O comportamento carente de capacidade de entendimento/autodeterminação não se presta a aumentar a pena ou, tal como no caso concreto, configurar óbice à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06.

5. Diante da possibilidade de alteração da dosimetria do paciente, resta prejudicada a análise do pleito de estabelecimento do regime inicial semiaberto, tendo em vista que a matéria será novamente analisada quando na nova fixação da reprimenda corporal.

6. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecido.

Ordem concedida, de ofício, a fim de, afastado os óbices utilizados para negar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 - a existência de prévias condenações por atos infracionais e de feitos criminais em curso -, determinar ao Juízo da execução que proceda à nova análise acerca da possibilidade de aplicação do aludido redutor, examinando, ainda, a possibilidade de substituição da pena privativa, nos termos do art. 44 do Código Penal, e de fixação de regime inicial de cumprimento da pena diverso do fechado, à luz do art. 33 e parágrafos do Código Penal.

(HC 301.068/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

No que se refere ao apontado direito à detração verifica-se que não há nos autos documentação que comprove o tempo em que o paciente permaneceu cautelarmente preso.

Dessa maneira, não restou demonstrado, de maneira inequívoca, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado, decorrente de Tribunal sujeito a jurisdição desta Corte Superior.

Sabe-se que o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte comprovar, de forma incontestável, por meio documentos, a ilegalidade à qual o agente estaria submetido, providência não efetivada pelo impetrante no caso *sub examine*.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. DETRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA APLICAR. PLEITO CUJA ANÁLISE CABERÁ AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. 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.

- Nos termos do disposto no enunciado n. 443 da Súmula desta Corte, "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

- Na hipótese, o aumento da pena em fração superior ao mínimo, em razão da incidência de duas majorantes, decorreu de peculiaridades concretas do crime - três agentes envolvidos na empreitada criminosa, com emprego de arma de fogo. Em tais condições, fica afastada a aplicação do enunciado n. 443 da Súmula desta Corte.

- Segundo o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

- No caso, fixada a pena-base no mínimo legal, a determinação de regime inicial mais gravoso não está lastreada em fundamentação idônea, a atrair ao caso a incidência dos referidos enunciados de Súmula e a aplicação do disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

- Quanto ao pleito de aplicação da detração, verifica-se que não há, nos autos, elementos suficientes à aplicação do disposto no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal por esta Corte, nesta oportunidade, tendo em vista a ausência de documentação que comprove o período no qual o paciente permaneceu custodiado preventivamente.

Diante disso, caberá ao Juízo das Execuções examinar se o tempo de prisão cautelar do paciente autoriza a fixação de regime mais brando.

- Habeas corpus não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto e determinar que o Juízo das Execuções considere a possibilidade da detração.

(HC 353.670/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 13/06/2016)

Ademais, as matérias referentes à detração penal e progressão de regime não foram analisadas pela Corte estadual, que entendeu ser de competência originária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Juízo da execução, circunstância a evidenciar que a atuação deste Superior Tribunal se daria em indevida supressão de instância.

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 alterar 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: 2015/0147085-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 327.766 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00041905220138260292 41905220138260292 4282013

EM MESA

JULGADO: 04/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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	: GUSTAVO CABRAL NARCISO GIANETTE
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOBERT PEREIRA MARTINS (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.