



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 458.656 - SC (2018/0169725-1)

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 : PATRICK DOS SANTOS BERNARDINO
PACIENTE : PHILIPPE GARCIA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. REDUTOR GENÉRICO DA TENTATIVA APLICADO NA FRAÇÃO DE 1/2 MOTIVAÇÃO IDÔNEA. **ITER CRIMINIS** CONSIDERADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO **WRIT**. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO BASEADO EM CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - 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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

III - **na hipótese**, o eg. Tribunal de origem procedeu a adequação da fração aplicada, aumentando-a de 1/3 (um terço) para 1/2 (metade) levando em conta o critério do **iter criminis** percorrido, não havendo que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão está em consonância com jurisprudência desta Corte, que no tocante a diminuição da pena pela tentativa deve se considerar o **iter criminis** percorrido pelo agente para a consumação do delito.

IV - Para se concluir de maneira diversa acerca da aplicação do redutor legal, seria necessária a apreciação aprofundada dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento que não se admite na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes.

V - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

segundo a pena aplicada" (Súmula n. 718/STF), e que *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF).

VI - *"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"* (Súmula n. 440/STJ).

VII - **Na hipótese**, verifica-se que o regime inicial semiaberto foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, tendo o v. acórdão ora combatido se utilizado de circunstâncias ínsitas ao tipo penal do crime de corrupção de menores para agravar o regime inicial imposto aos pacientes, sem apresentar fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

VIII - Sendo os pacientes primários, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **aberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Precedentes.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

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), 09 de outubro de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 458.656 - SC (2018/0169725-1)

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 : PATRICK DOS SANTOS BERNARDINO
PACIENTE : PHILIPPE GARCIA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual, em benefício de PATRICK DOS SANTOS BERNARDINO e PHILIPPE GARCIA DOS SANTOS, em face do v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, na Apelação Criminal n. 0020236-17.2015.8.24.0033.

Depreende-se dos autos que os pacientes foram condenados, em primeiro grau, às penas de 4 (quatro) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 18 (dezoito) dias multa, cada um, pela prática dos delitos de roubo majorado e corrupção de menores, tipificados no art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, e no art. 244-B, da Lei n. 8.069/90, em concurso material, negado aos pacientes o direito de recorrer em liberdade (fls. 176-189).

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o eg. Tribunal de origem que deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a reprimenda imposta aos pacientes para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 6 (seis) dias-multa em v. acórdão assim ementado:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO TENTADO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. (ART. 157, § 2.º, II, DO CP). CRIME CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE. CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B, DA LEI 8.069/90). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA. NÃO OCORRÊNCIA. DELITO NÃO CONSUMADO POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DOS AGENTES. VÍTIMA QUE EMPREENDEU FUGA DURANTE O ILÍCITO. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO VERBETE 231 DA SÚMULA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO STJ. ENTENDIMENTO REAFIRMADO PELO STF E CONSOLIDADO NESTA CORTE. CRIME TENTADO. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA (ART. 14, II DO CP). MAJORAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA. POSSIBILIDADE. CONSIDERAÇÃO DO ITER CRIMINIS PERCORRIDO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- *Impossível considerar-se a hipótese de desistência voluntária quando o delito não é consumado por motivos alheios a vontade do agente.*

- *A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, sob pena de violação ao princípio da legalidade, nos termos do enunciado 231 da Súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.*

- *A redução da pena devido à tentativa (CP, art. 14, II), deve ser proporcional ao caminho já percorrido pelo agente na prática delituosa;*

- *Confirmada ou decretada a condenação neste juízo ad quem, admite-se a execução provisória da pena, tendo em vista o esgotamento do revolvimento da matéria fática e dos elementos de prova, à luz do princípio do duplo grau de jurisdição, sem que se possa falar em afronta ao princípio da presunção de inocência, seguindo o entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ratificado quando do indeferimento das medidas cautelares objeto das ADCs 43 e 44.*

- *Parecer da PGJ pelo parcial provimento do recurso.*

- *Recurso conhecido e parcialmente provido" (fl. 290).*

Daí presente **mandamus**, no qual sustenta o impetrante, em síntese, a existência de constrangimento ilegal, consubstanciado na aplicação da redutora genérica da tentativa na fração de 1/2 (metade), bem como na determinação de início de cumprimento da pena no regime semiaberto, sem a devida fundamentação, motivo pelo qual pugna pela redução da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços) permitida pelo art. 14, inciso II do Código Penal, bem como pelo abrandamento do regime inicial imposto aos pacientes para o desconto da reprimenda.

A liminar foi **indeferida**, às fls. 313-315.

As informações foram prestadas às fls. 319-356.

O Ministério Público Federal, às fls. 361-368, manifestou-se pela denegação da ordem, em parecer ementado nos seguintes termos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO TENTADO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA DE 2 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO PARA INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO DESFAVORÁVEIS.

PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM" (fl. 361).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 458.656 - SC (2018/0169725-1)

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 : PATRICK DOS SANTOS BERNARDINO
PACIENTE : PHILIPPE GARCIA DOS SANTOS

EMENTA

PENAL **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. REDUTOR GENÉRICO DA TENTATIVA APLICADO NA FRAÇÃO DE 1/2 MOTIVAÇÃO IDÔNEA. **ITER CRIMINIS** CONSIDERADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO **WRIT**. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO BASEADO EM CIRCUNSTÂNCIAS ÍNSITAS AO TIPO PENAL. FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. **ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO**.

I - 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 apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - A dosimetria da pena, quando imposta com base em elementos concretos e observados os limites da discricionariedade vinculada atribuída ao magistrado sentenciante, impede a revisão da reprimenda por esta Corte Superior, exceto se for constatada evidente desproporcionalidade entre o delito e a pena imposta, hipótese em que caberá a reapreciação para a correção de eventual desacerto quanto ao cálculo das frações de aumento e de diminuição e a reavaliação das circunstâncias judiciais listadas no art. 59 do Código Penal.

III - **na hipótese**, o eg. Tribunal de origem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

procedeu a adequação da fração aplicada, aumentando-a de 1/3 (um terço) para 1/2 (metade) levando em conta o critério do **iter criminis** percorrido, não havendo que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado, pois o acórdão está em consonância com jurisprudência desta Corte, que no tocante a diminuição da pena pela tentativa deve se considerar o **iter criminis** percorrido pelo agente para a consumação do delito.

IV - Para se concluir de maneira diversa acerca da aplicação do redutor legal, seria necessária a apreciação aprofundada dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento que não se admite na via estreita do **habeas corpus**. Precedentes.

V - A jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de 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"* (Súmula n. 718/STF), e que *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF).

VI - *"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"* (Súmula n. 440/STJ).

VII - **Na hipótese**, verifica-se que o regime inicial semiaberto foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, tendo o v. acórdão ora combatido se utilizado de circunstâncias ínsitas ao tipo penal do crime de corrupção de menores para agravar o regime inicial imposto aos pacientes, sem apresentar fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

VIII - Sendo os pacientes primários, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **aberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Precedentes.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concedida de ofício para fixar o regime aberto para o início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

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 **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Como relatado, sustenta o impetrante a necessidade da redução da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços) permitida pelo art. 14, inciso II do Código Penal, bem como do abrandamento do regime inicial imposto aos pacientes para o cumprimento da pena.

Inicialmente, cumpre 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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

via eleita" (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Ademais, a pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP, e art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo em referências vagas e dados não explicitados.

Esta Corte Superior tem entendido que: "[...] A aplicação de reprimenda penal sem a devida motivação consiste em ilegalidade flagrante, cujo reconhecimento independe de revolvimento do acervo fático-probatório, tendo o condão de supedanejar a concessão de **habeas corpus**, de ofício [...]" (AgRg no HC n. 348.838/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 22/8/2016).

Quanto ao pleito de aplicação do redutor genérico da tentativa no patamar máximo, para melhor delimitar a **questão**, colaciono o que dispôs v. acórdão quanto ao tema, **in verbis**:

"Da majoração da fração referente à tentativa.

Por fim, o recurso defensivo aborda a fração redutora aplicada na terceira fase da dosimetria da pena, referente ao cometimento do delito na forma tentada, nos moldes do art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal:

Diz-se o crime:

Tentativa II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Pena de tentativa Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços Com efeito, a tentativa caracteriza-se quando o agente inicia a execução do crime, isto é, adentra na segunda fase do iter criminis, praticando os primeiros atos de execução, sendo punível, em regra, somente a partir desta etapa. Todavia, em razão de fatos alheios à sua vontade, o crime não chega a se exaurir, seja por não atingir a vítima, seja por haver a intervenção de terceiros ou até mesmo pela impropriedade do objeto, entre outros fatores.

Em outras palavras, o iter criminis nada mais é do que o caminho percorrido pelo agente na prática do crime, formado por diversas fases que se sucedem, quais sejam: a cogitação, a preparação, a execução e a consumação.

A cogitação é a formulação mental do crime, o surgimento da ideia criminosa no foro íntimo do agente, não punida, salvo quando prevista em fato típico.

Ato preparatório é a exteriorização da cogitação, quando o agente se põe a estruturar o meio para que possa executar a conduta criminosa pretendida ou, nas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

palavras do jurista João José Leal, "são as ações prévias e necessárias, realizadas pelo agente com o objetivo de facilitar e tornar possível a execução do crime" (Direito penal geral. São Paulo: Atlas, 1998, p. 228).

A fase de execução pode ser observada quando o agente passa a realizar voluntariamente a conduta típica descrita na lei penal; neste momento, pode ser abortada a consumação, pelo que surge a figura da tentativa, que é a realização incompleta do tipo penal, por circunstâncias alheias à vontade do agente, inserindo-se, no iter criminis, entre os atos de execução e a consumação do crime (que seria a realização completa do fato típico).

Não consumado o delito, a fração da tentativa deve ser fixada segundo maior ou menor proximidade da consumação à vista das peculiaridades de cada caso concreto e do momento consumativo de cada espécie criminosa.

Assim, para delimitar a fração redutora aplicada, deve ser ponderado o iter criminis percorrido pelo agente, nos moldes da construção doutrinária e jurisprudencial. [...]

Diante dos ensinamentos doutrinários expostos, pode-se afirmar que a fase de execução do delito de roubo divide-se em três etapas, iniciando com a abordagem mediante violência e grave ameaça, seguindo com a tentativa de inverter a posse do bem e terminando com a efetiva inversão da posse, com a consumação do crime.

No caso concreto, o Juízo a quo reconheceu a forma tentada do delito nos seguintes termos (fls. 166-179):

[...] já em relação à de diminuição, consagrou-se o entendimento de que deve ser inversamente proporcional ao iter criminis percorrido pelo agente. Isto é, quanto mais próximo da consumação, menor a redução. Na hipótese dos autos, entendo que o agente esteve muito próximo do êxito de sua empreitada, a qual não se consumou em razão da perspicácia da vítima em conseguir adentrar em uma lanchonete. Por esse motivo, fixo a fração em seu mínimo legal, isto é, em 1/3 (um terço).

Entende-se, porém, que os elementos dos autos, em especial o depoimento da vítima e a confissão do apelante Philipe, denotam que **a etapa inicial (abordagem mediante violência e grave ameaça) foi concluída, mas, apesar de ter sido iniciada a segunda etapa (subtração dos bens), esta não estava próxima de seu desfecho, pois a vítima logrou êxito em fugir, de modo que os agentes nem sequer tiveram acesso direto à res furtiva** Diante disso, entende-se cabível a aplicação da fração redutora de 1/2 (um meio), motivo pelo qual passa-se a readequação da dosimetria das penas" (fls. 299-301, grifei).

Do exame dos fundamentos veiculados no v. acórdão objurgado, verifica-se que, **na hipótese**, o eg. Tribunal de origem procedeu a adequação da fração aplicada, aumentando-a de 1/3 (um terço) para 1/2 (metade) levando em conta o critério do **iter criminis** percorrido, não havendo que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado, pois o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão está em consonância com jurisprudência desta Corte, que no tocante a diminuição da pena pela tentativa deve se considerar o **iter criminis** percorrido pelo agente para a consumação do delito.

Ademais, para se concluir de maneira diversa, seria necessária a apreciação aprofundada dos fatos e provas constantes dos autos, procedimento que não se admite na via estreita do **habeas corpus**.

Nesse sentido:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. INSIGNIFICÂNCIA. INOCORRÊNCIA. VALOR DO BEM SUBTRAÍDO DE R\$ 596,00. REINCIDÊNCIA. REGIME INTERMEDIÁRIO. MODIFICAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. PENA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 269 DO STJ. DETRAÇÃO. NÃO CABIMENTO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. SÚMULA 7 DO STJ. EXECUÇÃO ANTECIPADA. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DEFERIDA.

1. Sedimentou-se a orientação jurisprudencial no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. Não se admite a aplicação do princípio da insignificância em favor de réus reincidentes, porquanto a subtração de bens avaliados em R\$ 596,00 não pode ser tida como de lesividade mínima.

3. A alteração do julgado, para se concluir de modo diverso quanto ao iter criminis percorrido considerado pelo Tribunal de origem e, conseqüentemente, determinar qual seria a fração adequada a aplicar pela tentativa, necessitaria do revolvimento de fatos e provas dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

4. Não obstante a pena fixada seja inferior a 4 anos de reclusão, o regime intermediário foi estabelecido em razão da reincidência, assim, ainda que reconhecida a detração, não há alteração do regime prisional.

5. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade, após prolatado o juízo condenatório por tribunal de apelação.

6. Agravo regimental improvido e deferida a execução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória da pena" (AgRg no REsp n. 1.725.555/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 25/09/2018, grifei).

"RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO. TRIBUNAL DO JURI. ASSENTO DO MEMBRO DO PARQUET E DO DEFENSOR. VIOLAÇÃO À PARIDADE DE ARMAS. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. [...] HOMICÍDIO TENTADO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO EM 1/2 (UM MEIO). DECISÃO MOTIVADA. PLEITO PARA AUMENTAR O PATAMAR APLICADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

1. Verificado que o quantum fixado, em razão da prática do delito de homicídio na modalidade tentada, foi fundamentado no iter criminis percorrido pelo agente, que atingiu a vítima em 4 (quatro) diferentes pontos, inclusive em região vital, inviável a alteração da fração de redução fixada em 1/2, porquanto demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada, pelo óbice do Enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

2. Recurso especial improvido" (REsp n. 1.730.900/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 31/08/2018, grifei).

Por fim, no que pertine ao pleito de abrandamento do regime inicial para cumprimento da pena, colhe-se do v. acórdão reprochado, no que interesse ao ponto, **verbis**:

"Do regime inicial

Conquanto tenha havido redução da pena corporal e, muito embora a sanção penal resultante da reformulação da dosimetria da pena permita a concessão do regime aberto com base na previsão do art. 33, §2º, "c" do Código Penal, tal regime mostra-se incompatível com a conduta dos apelantes na execução da empreitada criminosa.

Diante do depoimento da vítima e interrogatório de Philipe, considerando que foi o adolescente quem conduziu a atividade ilícita e efetuou as ameaças contra a vítima, é possível perceber que os recorrentes se valeram do menor para a prática da empreitada criminosa, utilizando os amparos legais previstos na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente destinados à ele como instrumento para se acautelarem de eventual condenação penal, sem sequer demonstrarem quaisquer forma de preocupação com a vulnerabilidade, formação ética e construção pessoal do adolescente, expondo este à prática de atividades ilícitas, sobretudo com emprego de ameaça, o que ressalta a gravidade da infração cometida e indica ser viável a manutenção do regime semiaberto, nos termos do verbete 719 da súmula do STF" (fl. 303).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, a jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de 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"* (Súmula n. 718/STF), e que; *"a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea"* (Súmula n. 719/STF).

Importante consignar, ainda, que: *"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"* (Súmula n. 440/STJ).

Na hipótese, verifica-se que o regime inicial semiaberto foi determinado tão somente com base na gravidade abstrata do delito, tendo o v. acórdão ora combatido su utilizado de circunstâncias ínsitas ao tipo penal do crime de corrupção de menores para agravar o regime inicial imposto aos pacientes, sem apresentar fundamento concreto para imposição de regime mais gravoso do que o cabível em razão do **quantum** de pena aplicado.

Sendo os pacientes primários, fixada a pena-base no mínimo legal e consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial **aberto** mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, alínea **c**, do Código Penal.

Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO. REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ART. 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTE STJ, 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. FIXAÇÃO DO MODO SEMIABERTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 anos e não excedente a 8 poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A Suprema Corte, nos verbetes n. 718 e 719, sumulou entendimento no sentido de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais gravoso do sentenciado, orientação que é acompanhada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula n. 440.

3. Na hipótese, diante da ausência de fundamentação concreta para a imposição do sistema prisional fechado e estabelecida a pena-base no mínimo legal, com consideração favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, evidente o constrangimento ilegal a que estava submetido o acusado, dando ensejo à concessão da ordem mandamental para fixar o regime inicial semiaberto.

4. Ressalte-se que o fato de ter sido cometido o delito em desfavor de duas vítimas, o emprego de golpes no estômago de uma delas, além das avarias ocasionadas no veículo furtado pela batida durante a fuga, são circunstâncias que não se mostraram suficientes para, no caso concreto, justificar o agravamento da reprimenda corporal, tratando-se de fundamentação baseada em elementos do próprio tipo penal, de modo que também não poderiam ser utilizadas para agravar o modo de cumprimento da pena.

5. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 430.266/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 30/08/2018, grifei).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. RÉU MOSTROU TATUAGEM AOS TESTIGOS E VÍTIMA. COAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO VOLUNTÁRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA NA ASSENTADA. INEXISTÊNCIA. BROCARDO NEMO TENETUR SE DETEGERE. NÃO VIOLAÇÃO. PREJUÍZO CONCRETO. NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. COMPREENSÃO FIRMADA NA TERCEIRA SEÇÃO (ERESP Nº 961.863/RS). RESSALVA DO ENTENDIMENTO DA RELATORA. PROVA ORAL QUE DEMONSTRA A UTILIZAÇÃO DO INSTRUMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Para a exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça.

6. In casu, existe manifesta ilegalidade pois não é possível a imposição de regime mais severo do que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito.

7. Ordem parcialmente concedida apenas para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 414.800/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 27/10/2017, grifei).

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

Contudo, **concedo a ordem de ofício** para estabelecer o **regime inicial aberto** para início de resgate da pena, mantidos os demais termos da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0169725-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 458.656 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00130468920158240033 130468920158240033

EM MESA

JULGADO: 09/10/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

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	: PATRICK DOS SANTOS BERNARDINO
PACIENTE	: PHILIPPE GARCIA DOS SANTOS

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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