



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.302 - RJ (2016/0274289-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO VITOR DE SOUZA SILVA (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. Todavia, 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, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO DA REPRIMENDA EM 3/8 (TRÊS OITAVOS) SEM MOTIVAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. É possível o aumento da pena em patamar superior ao mínimo de 1/3 quando há a presença de duas causas de aumento previstas no § 2º do artigo 157 do Código Penal, desde que as circunstâncias do caso assim autorizem.

2. Há constrangimento ilegal quando a reprimenda é exasperada apenas em razão da quantidade de majorantes, sem qualquer fundamentação concreta (Enunciado 443 da Súmula deste Sodalício).

MENORIDADE RELATIVA. ATENUANTE CONFIGURADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO. SÚMULA 231 DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. INOCORRÊNCIA DE *REFORMATIO IN PEJUS*. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

Inviável acoimar de ilegal o acórdão impugnado no ponto em que, embora reconhecida a menoridade do acusado, não reduziu a sua pena aquém do mínimo legalmente previsto em lei na segunda fase da dosimetria, em estrita observância à Súmula 231 desta Corte Superior de Justiça.

REGIME INICIAL FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL VIOLADO. DESCABIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 440 DESTA STJ E 718 E 719 DA SUPREMA CORTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Impõe-se, portanto, a alteração para o semiaberto.
3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena imposta para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 dias-multa, em regime inicial 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), 14 de março de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.302 - RJ (2016/0274289-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : PAULO VITOR DE SOUZA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de PAULO VITOR DE SOUZA SILVA contra acórdão proferido pela Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que deu parcial provimento à Apelação n. 0009592-57.2015.8.19.0028, reduzindo a pena para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do delito descrito no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Noticia o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, porquanto o aumento da pena, na terceira fase da dosimetria, teria sido motivado apenas na quantidade de majorantes, impondo-se a redução ao mínimo legal, em consonância com a Súmula 443/STJ.

Aduz a existência de *reformatio in pejus*, visto que a redução da pena pela menoridade teria sido afastada sem que houvesse pedido da acusação.

Aponta ser devida a mitigação do regime inicial, haja vista as circunstâncias pessoais e o caso concreto.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja reduzida a pena e mitigado o regime inicial para o semiaberto.

A liminar foi indeferida.

Informações prestadas.

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

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 375.302 - RJ (2016/0274289-1)

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.

Inferre-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos, 3 (três) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, porque:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"No dia 29 de julho de 2015, por volta das 13:00 horas, em via pública, na Estrada da Bicuda, na subida da mata, bairro Bicuda, nesta cidade, os DENUNCIADOS, em comunhão de ações e desígnios com outros indivíduos não identificados, mediante grave ameaça consistente no emprego de arma de fogo, subtraíram, para si próprios, 01 (um) aparelho celular, marca Samsung, R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) pertencentes à vítima ORLANDO DOS SANTOS CRUZ, bem como 01 (um) veículo marca/modelo VW/Volkswagen, cor branca, ano 2011, placa nº KZN6242/RJ pertencente à VALDINEIA CORREIA TEIXEIRA, mas que na ocasião estava na posse de ORLANDO DOS SANTOS CRUZ." (e-STJ fl. 17).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, o qual lhe deu parcial provimento, a fim de reduzir a pena para 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 13 (treze) dias-multa.

No tocante à aventada ilegalidade no que se refere às majorantes do roubo, observa-se que o magistrado sentenciante fixou a fração em 3/8 (três oitavos), sob a seguinte fundamentação:

"Na terceira fase, considerando a presença das duas causas especiais de aumento de pena estabelecidas nos incisos I e II do §2º do art. 157 do CP, imprescindibilidade de tais circunstâncias para o sucesso da empreitada e o elevado risco gerado à integridade física da vítima, seguindo a orientação que prevalece no âmbito deste E. Tribunal de Justiça (v. Ap. Criminal 2008.050.00653), aumento a pena em 3/8 (três oitavos), chegando ao patamar final de 06 (SEIS) ANOS, 03 (TRÊS) MESES E 18 (DEZOITO) DIAS DE RECLUSÃO E 15 (QUINZE) DIAS-MULTA." (e-STJ fl. 63)

A Corte estadual, ao dirimir a questão, manteve o *quantum* estabelecido na origem, em aresto proferido nos seguintes termos, *verbis*:

"Não há dúvida de que, em regra, presente mais de uma majorante, a princípio se justifica acréscimo maior do que o mínimo. No caso concreto, o aumento se mostra proporcional a qualidade das agravantes do emprego de arma e concurso de agentes." (e-STJ fl. 87)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se, da leitura dos excertos supra, que a fração de aumento da pena foi mantida apenas se considerando a quantidade de majorantes imputadas ao sentenciado e, assim decidindo, as instâncias de origem malferiram o disposto no Enunciado Sumular n.º 443 desta Corte Superior, a saber:

"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".

Desta feita, deve-se utilizar o critério subjetivo, por ser mais favorável ao réu e obedecer ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. EXTORSÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA EM CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 5/12. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. O Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que o recrudesimento da pena na terceira fase da dosimetria alusiva ao delito de roubo majorado, em fração mais elevada que 1/3 (um terço), demanda fundamentação concreta, não se afigurando idônea a simples menção ao número de causas de aumento. Nesse diapasão, a Súmula n.443 do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para limitar o recrudesimento da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, em decorrência das majorantes do art. 157, § 2º, I, II e V, do CP, à fração de 1/3 (um terço).

(HC 374.225/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 16/11/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CRITÉRIO QUANTITATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

3. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ.

4. As instâncias de origem elevaram a sanção, acima do mínimo legal permitido (5/12), pela presença de três circunstâncias majorantes, sem registrar elementos concretos do caso em exame que, nos termos do pensamento majoritário da Sexta Turma, evidenciassem real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva do relator.

5. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena imposta.

(HC 334.649/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 31/03/2016)

Desse modo, configurado o constrangimento ilegal deduzido, impõe-se a concessão da ordem, pois não se apontou justificativa que permitisse a fração estabelecida pela instância *a quo*, devendo, portanto, ser reduzida ao patamar legal mínimo de 1/3 (um terço).

Neste viés, procedendo-se à nova dosimetria, tem-se que a reprimenda básica foi fixada em 4 (quatro) anos de reclusão, *quantum* que permanece inalterado na segunda etapa, tendo em vista o disposto na súmula 231/STJ.

Na terceira fase, aumenta-se a sanção intermediária em 1/3 (um terço), pelas majorantes, resultando a reprimenda final em **5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, e pagamento de 13 (treze) dias-multa.**

No que se refere a alegação de que a Corte *a quo* teria incorrido em *reformatio in pejus* na segunda fase da dosimetria, é oportuno trazer a baila trecho do acórdão impugnado em que a autoridade coatora procedeu à dosimetria, *verbis*:

"A pena-base foi estabelecida acima do mínimo, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis - conduta social e consequências do crime.

A sanção base, contudo, merece reforma, com sua aplicação no mínimo legal, por se tratar de recorrente primário, sem antecedentes, cometendo o delito de modo ordinário, sem particularidade capaz de elevar o quantum além do mínimo estabelecido por lei - 4 anos de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.

Em razão da redução da pena-base ora operada, de rigor a fixação de nova dosimetria penal:

1ª fase: 4 anos de reclusão e pagamento de 10



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dias-multa;

2ª fase: presente a atenuante da menoridade, incapaz de influenciar no cálculo da pena, ora estabelecida em quantum menor;

3ª fase: mantida a fração ideal de acréscimo de 3/8 em razão da presença das duas causas de aumento já referidas, totalizando 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 13 dias-multa, de menor valor unitário." (fl. 87)

Da análise do excerto supra, verifica-se que o Tribunal originário agiu com acerto.

Com efeito, mitigada a sanção-base ao seu patamar mínimo, ainda que reconhecida a incidência do disposto no art. 65, inciso I, do Código Penal, inviável seria minorar a reprimenda nessa segunda etapa da dosimetria, sob pena de ofensa ao prescrito no enunciado sumular n. 231 deste Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe:

"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

Destaque-se que tal entendimento foi reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar recurso extraordinário cuja repercussão geral foi reconhecida:

EMENTA : AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

(RE 597270 RG-QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458)

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. LATROCÍNIO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ATENUANTE MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA SOBRE UMA AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231. RESPEITO AO INTERVALO DE PENA FIXADO PELO LEGISLADOR. WRIT NÃO CONHECIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

2. A atenuante da menoridade é sempre considerada preponderante em relação a uma única agravante de reincidência. Essa conclusão decorre da interpretação acerca do art. 67 do Código Penal, que estabelece a escala de preponderância entre as circunstâncias a serem valoradas na segunda etapa do modelo trifásico. Dentro dessa sistemática, a menoridade relativa, assim como a senilidade, possuem maior grau de preponderância em relação àquelas decorrentes dos motivos determinantes do crime e reincidência.

3. Malgrado seja forçoso concluir pela preponderância da atenuante da menoridade, não será possível sua incidência em concreto, porquanto a pena-base foi fixada no mínimo legal, nos termos do Enunciado de Súmula 231 desta Corte. Como as agravantes e atenuantes não integram a estrutura do tipo penal e não tiveram o percentual de redução ou aumento previstos expressamente na lei, a valoração dessas circunstâncias que implicasse extravasamento do intervalo de pena legal representaria indevida intromissão do Poder Judiciário na função legislativa.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 339.831/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N. 10.826/03. ARMA DESMUNICIADA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO. PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 231/STJ. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO INFRACONSTITUCIONAL VIOLADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

5. Nos termos da Súmula 231 do STJ, A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

6. Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento desta Corte, cabível a aplicação da Súmula 83/STJ.

7. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas negar-lhe provimento.

(AgRg no AREsp 758.847/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

Desse modo, não há que se falar em *reformatio in pejus*, já que, embora reconhecida a atenuante da menoridade relativa, o Tribunal estadual, agindo dentro da discricionariedade que lhe é conferida para estabelecer a pena, reduziu a pena-base ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mínimo legal e, observando o disposto no enunciado sumular 231/STJ, deixou de diminuí-la aquém de tal limite.

Confira-se:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MODULAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REGIME INICIAL. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

4. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal a quo, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre fundamentos próprios, respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem. Precedente.

5. Hipótese em que não se verifica o alegado reformatio in pejus, sendo certo que o Tribunal de origem, dentro da discricionariedade na individualização da pena e da soberania que lhe é conferida para dizer o direito, optou, motivadamente e em conformidade com a jurisprudência desta Corte, por afastar o bis in idem identificado e fixar a pena-base no mínimo legal (5 anos), sendo inviável sua redução na segunda fase da dosimetria, pela atenuante da menoridade relativa, por incidência da Súmula 231 do STJ.

[...]

11. Habeas corpus não conhecido.

(HC 307.281/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2016, DJe 21/06/2016)

No concernente à escolha do modo prisional para início da execução da reprimenda, verifica-se que o magistrado singular estabeleceu o fechado, utilizando a seguinte fundamentação, *verbis*:

"Fixo o REGIME INICIAL FECHADO para o cumprimento da pena, com base no art. 33, §3º, do CP, já que as circunstâncias do crime, praticado com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, como também em razão das conseqüências do crime, o que tornam desaconselhável a adoção de regime diverso." (e-STJ fl. 63)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte *a quo*, por sua vez, manteve o modo prisional fixado na origem, nos seguintes termos, a saber:

"A despeito do inconformismo com regime de pena aplicado, tenho que o fechado se mostra o mais adequado para a reprovação e prevenção do crime, cometido com violência e grave ameaça contra a pessoa." (e-STJ fl. 87)

Dos trechos acima transcritos, observa-se que o modo fechado foi mantido apenas com base na gravidade em abstrato do delito, adotando-se elementos próprios do crime de roubo, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é insuficiente à determinação do sistema prisional mais gravoso, sobretudo quando as circunstâncias judiciais são favoráveis e a 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

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)

Portanto, dosada a reprimenda em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão e considerando-se a fixação da pena-base no mínimo, 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.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não se conhece do *writ*, concedendo-se contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º do CPP, para redimensionar a sanção para 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 13 (treze) dias-multa, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0274289-1

HC 375.302 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00095925720158190028 201500852027 54762015 95925720158190028

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: PAULO VITOR DE SOUZA SILVA (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.