



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.932 - RJ (2011/0306262-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA
PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LILSON COSTA DAS NEVES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. AÇÃO PENAL SUSPensa. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. APLICAÇÃO SÚMULA N. 444/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA N. 440/STJ. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

– O acolhimento do pleito de desclassificação do crime, revertendo o entendimento das instâncias originárias, soberanas na análise dos fatos e provas, demanda o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível com os estreitos limites do *habeas corpus* que, por ser caracterizado pelo rito célere e cognição sumária, não admite dilação probatória.

– As instâncias originárias, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, consideraram desfavorável ao paciente apenas os seus antecedentes, utilizando para tal finalidade uma ação penal suspensa e uma passagem anterior do paciente pelo Juizado da Infância e Juventude, fatos inidôneos para caracterização de maus antecedentes.

– O regime inicial fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade merece alteração, visto que a pena-base, agora, foi fixada no seu mínimo legal, bem como ausentes outros elementos concretos aptos a ensejar a fixação de regime mais gravoso ou intermediário, notadamente quando a pena final do paciente foi fixada em 4 (quatro) anos. Aplicação do enunciado n. 440/STJ, com o estabelecimento de regime aberto para o paciente.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena-base em seu mínimo legal, redimensionando a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão, bem como estabelecer o regime aberto para o início da cumprimento do pena, mantidos os demais termos da condenação.



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, 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 da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de junho de 2013(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.932 - RJ (2011/0306262-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA
PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LILSON COSTA DAS NEVES

RELATÓRIO

**A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE):**

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado substitutivo de recurso especial, sem pedido de liminar, em benefício de LILSON COSTA DAS NEVES, contra acórdão da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, pela prática do delito tipificado no art. 157, *caput*, do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, mais 45 (quarenta e cinco) dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, sustentando a necessidade de reforma da decisão. Para tanto, argumentou a necessidade de desclassificação do delito para furto simples, sob a alegação de que não houve o emprego de ameaça ou violência na subtração do bem móvel. Pleiteou, também, o reconhecimento do crime em sua forma tentada. Relativamente a dosimetria da pena, pugnou pela fixação da pena-base em seu mínimo legal, bem como a fixação de regime prisional menos gravoso.conjunto.

O Tribunal *a quo*, por unanimidade, negou provimento ao recurso defensivo em acórdão restou assim sintetizado:

EMENTA: CRIME DE ROUBO. PRISÃO EM FLAGRANTE. A MATERIALIDADE DO DELITO E A AUTORIA IMPUTADA AO APELANTE FORAM SOBEJAMENTE COMPROVADAS. DESCABIMENTO DOS PEDIDOS DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO E RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. AUMENTO DA PENA-BASE EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES. REGIME FECHADO É O MAIS ADEQUADO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. A prova dos autos é tranqüila, inexistindo qualquer dúvida no que concerne à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

materialidade do delito e à autoria imputada ao apelante. Prova inequívoca, também, quanto ao emprego de grave ameaça contra a lesada, não havendo falar-se em desclassificação para furto. A vítima foi abordada pelo réu com palavras ameaçadoras, e teve o celular bruscamente arrancado de sua mão. Ao tentar reaver o bem, o roubador disse que lhe mataria. Crime que se consumou, eis que o agente, após o desapossamento, teve a disponibilidade da coisa subtraída, ainda que por breve espaço de tempo. Precedentes jurisprudenciais. Aumento da pena-base pelos maus antecedentes que deve ser mantido, assim como o regime. Recurso ao qual se nega provimento.

Nesta Corte Superior, pugna a impetrante pela concessão da ordem a fim "cassar o acórdão proferido Egrégia 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sendo então reconhecido o crime de furto na forma tentada, fixação da pena-base no mínimo legal e, por fim fixar o regime prisional mais brando e mais adequado ao cumprimento de pena." (fl. 9)

Não houve pedido de liminar.

Informações prestadas às fls. 57-75.

A Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 79-83, opinou pelo parcial conhecimento da ordem e, nesta extensão, pela sua concessão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 228.932 - RJ (2011/0306262-4)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, à luz de princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. *Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).*

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Assim, deixo de conhecer o presente *writ* por se cuidar de substitutivo de recurso próprio.

Todavia, considerando que o *writ* foi interposto antes da mudança do entendimento sobre o cabimento do *habeas corpus* substitutivo, passo à análise dos pedidos deduzidos diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Como visto, pleiteia-se com esta impetração a desclassificação do delito de roubo para furto, ao argumento de não ter sido perpetrada violência para a prática do crime.

Verifica-se que a magistrada singular, ao analisar a tese de desclassificação, assim consignou (fl. 19):

8. Minuciosa e criteriosamente posta a questão, não há como agasalhar-se os argumentos defensivos. Não há que se falar em crime de furto, ante a efetiva ameaça empregada, tanto no momento da abordagem da vítima "perdeu, é um assalto", tanto também quando esta o alcançou. A Sra. Luísa ouviu de Lilson: "vou acabar com você". Aliás, o próprio Réu disse textualmente que, no instante da abordagem avisou: "é um assalto!".

A Corte de origem, por sua vez, fundamentou que (120-121):

A prova dos autos é tranqüila, inexistindo qualquer dúvida no que concerne à autoria imputada ao apelante e à materialidade do crime de roubo.

O depoimento da vítima (colhido por meio audiovisual digital (fls. 89) é firme e coerente, além do seguro reconhecimento do acusado, tanto em sede policial como em juízo.

Ademais, imperioso destacar que houve a prisão em flagrante do autor do fato delitivo, tendo sido encontrado com o mesmo o bem subtraído: um aparelho de telefone celular da marca Motorola.

Diante do robusto conjunto probatório, não tenta a defesa pugnar pela absolvição do acusado, mesmo porque houve confissão espontânea, inclusive reconhecida na sentença. Apenas levanta teses alternativas, como a desclassificação para o crime de furto e o reconhecimento da tentativa.

Nenhuma delas merece prosperar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para a configuração do crime de roubo, é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima, tal como é a hipótese dos autos.

Como se verifica do depoimento colhido, a ofendida estava parada com sua bicicleta e falava ao celular, quando o acusado a abordou proferindo as expressões "perdeu, é um assalto, dá o celular". Atônita, sem esboçar qualquer reação, viu o indivíduo bruscamente puxar o celular de suas mãos. Ao tentar reaver o bem, o roubador disse que lhe mataria e seguiu caminhando tranqüilamente pela rua.

É cediço que, nos crimes contra o patrimônio, como o roubo, crucial a palavra do lesado, desde que coerente e segura, sendo talvez a mais valiosa peça de convicção judicial.

No caso concreto, temos ainda a confissão do acusado (gravação em mídia digital, fls.92), que confirmou toda a dinâmica delitiva.

Portanto, forçoso concluir que a prova é inequívoca no sentido de confirmar a grave ameaça exercida contra a vítima.

Observa-se que a conclusão pela configuração do crime de roubo pelas instâncias ordinárias encontra guarida na jurisprudência desta Corte no sentido de que ocorre o aludido crime quando há o emprego de grave ameaça ou violência contra a vítima, não se exigindo, para a caracterização do tipo penal, que a violência cause lesão corporal.

A retirada brusca, com a finalidade de levar os pertences da vítima, caracterizado pelo emprego de força para retirar o celular das mão da vítima, *in casu*, caracteriza violência apta a configurar o crime de roubo, mesmo que de tal conduta não resulte lesão corporal.

Da mesma forma, o anúncio de "assalto" somada a ameaça de morte é, por si só, caracterizadora de grave ameaça, conforme entenderam as instâncias originárias.

Corroborando este entendimento, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE ROUBO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO TENTADO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS QUE, DE QUALQUER FORMA, DESCREVE O DELITO DE ROUBO TENTADO. PERCENTUAL DE REDUÇÃO PELA TENTATIVA. PROXIMIDADE DA CONSUMAÇÃO. CRITÉRIO OBJETIVO. OBSERVÂNCIA. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO. VIA TAMBÉM IMPRÓPRIA. WRIT DENEGADO.

1. As instâncias ordinárias, após procederem ao cotejo do conjunto probatório, formaram seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade atribuídas ao Paciente (delito de roubo, na forma tentada).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A pretendida reforma do acórdão ora atacado, com pedido de reavaliação de todo o conjunto fático-probatório, para que haja a desclassificação para o crime de furto tentado, não é possível na via estreita do *habeas corpus*.

3. **Outrossim, o crime de roubo ocorre quando há o emprego de grave ameaça ou violência contra a vítima, o que restou revelado nos documentos acostados aos autos. Apenas *ad argumentandum*, não se exige, para a caracterização do tipo penal, que a violência cause lesão corporal leve, restando tipificado o crime se houver vias de fato.**

(...)

7. *Habeas corpus* denegado. (HC 133.176/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe de 4.5.2011)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. APELAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO SIMPLES. VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA.

I - Hipótese em que não se questiona a dinâmica dos fatos, restando definido no v. acórdão guerreado, de maneira clara e ausente de dúvidas, que o recorrido, no momento da subtração do veículo, ameaçou atirar na vítima caso não ficasse quieta.

II - **Para a configuração do crime de roubo é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima. Entretanto, a violência não precisa ser de tal gravidade a ponto de ensejar lesões corporais, como nas vias de fato. Ademais, a grave ameaça pode ser empregada de forma velada, configurando-se, isso sim, pelo temor causado à vítima, o que leva a permitir que o agente promova a subtração sem que nada possa a pessoa lesada fazer para impedi-lo. (Precedentes).**

(...)

Recurso especial provido. (REsp 951.841/SP, Ministro Felix Fischer, DJ de 12.11.2007).

De qualquer modo, o acolhimento de tal pretensão, revertendo o entendimento das instâncias originárias, soberanas na análise dos fatos e provas, demanda o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do *habeas corpus*, diante da celeridade do seu rito procedimental, marcado pela ausência de dilação probatória.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. DESCLASSIFICAÇÃO, DOSIMETRIA E CONTINUIDADE DELITIVA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. ILEGALIDADE MANIFESTA APENAS QUANTO À PENA. PEQUENO PREJUÍZO INERENTE AO TIPO PENAL. CONCESSÃO PARCIAL.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.

2. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

3. In casu, há manifesta ilegalidade apenas no tocante ao acréscimo da pena-base em decorrência das consequências dos crimes. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça já assentou que, em se tratando de crime consumado contra o patrimônio, um pequeno prejuízo é inerente ao próprio tipo penal.

4. Ausência de constrangimento ilegal quanto às demais teses. A pretendida desclassificação do delito é inviável nesta via, por demandar o exame aprofundado das provas produzidas na ação penal. E a mesma restrição impede alterar a conclusão da Corte estadual de que não houve unidade de desígnios entre os crimes, configurando a reiteração delitiva e não a continuidade delitiva.

5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena imposta ao paciente (HC 169.593/MS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 2.8.2012).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. VIOLÊNCIA CARACTERIZADA. CRIME CONFIGURADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. ANÁLISE. INVIABILIDADE. CORRUPÇÃO DE MENORES. CRIME FORMAL. MENORIDADE. ATENUANTE. REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ.

1. Segundo decidido pelas instâncias ordinárias, houve o emprego de violência na conduta do paciente, que ameaçou a vítima e a segurou pelo braço, a fim de que o coautor do delito consumasse a subtração patrimonial, o que é suficiente para caracterizar o crime de roubo.

2. Hipótese em que a análise da pretensão de desclassificação para furto passaria, necessariamente, pelo revolvimento do acervo fático-probatório, providência que não se coaduna com a via do habeas corpus.

[...]

5. Ordem denegada. (HC 162.741/DF, Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe de 10.5.2012.)

No caso, o impetrante busca ainda a fixação da pena-base em seu mínimo legal e o estabelecimento de regime menos gravoso para o cumprimento da pena, ao argumento de que fora uma ação penal suspensa, sem trânsito em julgado, na aferição de seus maus antecedentes.

Ao sentença condenatória, mantida pelo acórdão atacado, ao realizar dosimetria da reprimenda, assim consignou (fl. 20):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13. Pela análise da FAC de fls. 53/56, verifica-se que Lilson possui outra anotação, em relação à qual foi beneficiado pelo Art. 89 da Lei 9.099/95. Tem, portanto, maus antecedentes. Reunidos todos os elementos e circunstâncias disponíveis, tenho que o Réu, desde a menoridade, não se pauta de acordo com a Lei, os bons costumes e com as normas civilizadas de vida em Sociedade. Tem, pois, conduta social reprovável, além de personalidade direcionado à atividade criminosa.

14. Não se sabe o motivo do crime. No entanto, nada justificaria a opção de Lilson em delinquir, principalmente, por ser rapaz jovem, capaz, escolarizado, de compleição física saudável, boa aparência, não ostentando qualquer traço de debilidade física ou de transtorno mental. Poderia e deveria, perfeitamente, trabalhar e levar vida honesta.

15. Assim, passo a aplicar-lhe a pena que entendo necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime, atenta à Lei, ao bom senso e aos fundamentos supra mencionados. Na primeira fase, com base no Art. 59 do Código Penal, tem-se que a culpabilidade não excedeu a normal do tipo. Os motivos do crime também não justificam a alteração da pena base, assim como as circunstâncias e as consequências do delito. Todavia, a sua má conduta social configura aspecto negativo a ser considerado. Assim, com base no exposto, fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e 50 (cinquenta) D.M.V.U.M. Na segunda fase, levando-se em conta a circunstância atenuante da confissão, reduzo-a para 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 45 (quarenta e cinco) D.M.V.U.M. Torno-a definitiva, ante a ausência de outras modificadoras e eis que a considero minimamente necessário e suficiente à repressão e à prevenção da conduta contrária ao Direito realizada pelo ora Condenado. O regime prisional inicial é o fechado, seguindo a orientação do Art. 33, § 3º do CP. Para o DM, deverá ser observado o Art. 49 § 2º do CP.

Verifica-se que as instâncias originárias, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, consideraram desfavorável ao paciente os seus antecedentes, a conduta social e a personalidade do sentenciado. Todavia, para caracterização destes, as instâncias originárias utilizaram uma ação penal suspensa, bem como a passagem do paciente pelo Juizado da Infância e Juventude, anotações que não são aptas para configurar a existência de maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desvirtuada, devendo ser observado o enunciado n. 444 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Constata-se, dessa forma, a existência de flagrante ilegalidade que permite concessão de habeas corpus de ofício para rever a dosimetria da pena que, afastada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inidônea fundamentação, deve ser reduzida ao seu mínimo legal.

No tocante ao regime inicial fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade do paciente deve ser o aberto, visto que a pena-base fixada aqui fixada no seu mínimo legal, bem como diante da ausência de outros elementos concretos aptos a ensejar a fixação de regime mais gravoso ou intermediário e, sobretudo, restando a pena final do paciente em 4 (quatro) anos. Dessa maneira, em atenção aos ditames previstos no art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal e ao disposto no enunciado n. 440/STJ, faz-se necessário a concessão de ordem nesse particular.

São precedentes nossos:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL NEGATIVA BASEADA EM MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 444/STJ. REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABÍVEL O REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO N.º 05/2012, DO SENADO FEDERAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte. Precedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Independentemente da hediondez do delito, a fixação do regime inicial de cumprimento de pena deve observar o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. No caso em questão, o Paciente é primário e sua pena foi fixada em 3 (três) anos de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Não é legítimo, portanto, agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "o condenado não reincidente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto".

6. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, o que resultou na edição da Resolução n.º 05/2012, do Senado Federal, na qual foi suspensa a execução da parte final do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para, mantida a condenação, fixar a pena do Paciente em 3 (três) anos de reclusão, no regime inicial aberto, e determinar ao Juízo das Execuções Criminais que proceda ao exame do preenchimento ou não dos requisitos necessários à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos. (HC 190.414/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 23/11/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO. TENTATIVA. 1. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. SÚMULA 444/STJ. 2. REGIME SEMIABERTO MOTIVADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SÚMULAS 718 E 719 DO STF. SÚMULA 440/STJ. AUSÊNCIA DE EMPREGO DE ARMA DE FOGO. MAIOR RIGOR NO APENAMENTO. DESNECESSIDADE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Configura constrangimento ilegal considerar como maus antecedentes a existência de ações penais em curso com o fim de exasperar a pena-base. Incidência da Súmula nº 444 do STJ.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e considerando a quantidade de pena aplicada - 2 anos e 8 meses de reclusão - e a ausência de emprego de arma de fogo, cabível a aplicação do regime aberto para o cumprimento da pena.

3. Impossibilidade de fixação do regime intermediário com base na gravidade abstrata do delito. Súmulas nº 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula nº 440 desta Corte.

4. Habeas corpus concedido a fim de, afastados os maus antecedentes como circunstância judicial desfavorável, fixar a pena-base do paciente no mínimo legal, totalizando a pena definitiva em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 6 (seis) dias-multa, bem como para aplicar o regime aberto para o início do cumprimento da pena. (HC 220.837/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 2/4/2012).

Diante do exposto, não conheço do habeas corpus, contudo, concedo a ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de ofício para fixar a **pena-base em seu mínimo legal**, redimensionando a pena do paciente para 4 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, bem como fixar o **regime aberto** para o início do cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2011/0306262-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 228.932 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 362010320118190001

EM MESA

JULGADO: 04/06/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : LILSON COSTA DAS NEVES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze e Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) votaram com a Sra. Ministra Relatora.