



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.448 - RJ (2019/0313257-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
YONE CORTES DE CASTRO MANSO - RJ224265
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RODRIGO CHAVES RABELO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENOR. PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. SÚMULA 444/STJ. QUANTUM DE REPRIMENDA REVISTO. REGIME PRISIONAL ABERTO. CABIMENTO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VIABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA 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 individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.
3. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia.
4. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes.
5. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."
6. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

7. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas aos crimes de receptação e corrupção de menor, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito.

8. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi estabelecida no piso legal, sendo-lhe imposta sanção corporal inferior a 4 anos de reclusão, deve ser reconhecida a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar a pena em 2 ano de reclusão, mais 10 dias-multa, a ser cumprida em regime prisional aberto, bem como seja convertida a sanção corporal em restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo das Execuções.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).

Brasília (DF), 04 de fevereiro de 2020 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.448 - RJ (2019/0313257-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
YONE CORTES DE CASTRO MANSO - RJ224265
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RODRIGO CHAVES RABELO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **RODRIGO CHAVES RABELO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente, denunciado pela prática dos delitos do art. 180, *caput*, e 329, § 1º, ambos do Código Penal, e do art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi absolvido pelo juízo de 1º grau, com fundamento no art. 386, VII, do CPP (e-STJ, fls. 70-74).

Irresignada, o *Parquet* apelou ao Colegiado de origem, que deu provimento ao recurso a fim de condenar o réu à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime prisional fechado, como incurso nos art. 180, *caput*, do CP e art. 244-B da Lei 8.069/90 da Lei 8.069/1990, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO - Art. 180, *caput*, do CP e art. 244-B da Lei 8.069/90 da Lei 8.069/90. Absolvição. Apelados, um adolescente e um indivíduo não identificado, receberam, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabia ser produto de crime, qual seja, o automóvel GM ONIX, objeto de roubo registrado sob o nº 023- 05136/2016 na 26ª DP. Consta ainda que os apelados corromperam o adolescente, que contava 14 (quatorze) anos de idade, praticando com ele o crime de receptação. COM RAZÃO O MP. Cabível a condenação pela prática dos delitos do art. 180, *caput*, do CP e art. 244-B da Lei 8.069/90 da Lei 8.069/90:

Existência do crime de receptação e a autoria demonstradas pelo auto de prisão em flagrante, registro de ocorrência, consulta ao sistema PRODERJ e depoimentos prestados. Apelados foram presos em flagrante delito quando desembarcaram de veículo que era perseguido pela polícia. Depoimentos dos policiais são uníssomos. Nos delitos de receptação, a prova da cognição da origem ilícita do bem se extrai das circunstâncias que envolvem o fato, bem como da própria conduta do agente. É um delito que se caracteriza até por prova indiciária. Apelados permaneceram em silêncio. As circunstâncias da prática delitiva demonstram inequivocamente a prévia ciência dos apelados acerca da origem ilícita do veículo. Nota-se que o veículo havia sido subtraído dois dias antes dos fatos, estando trafegando em alta velocidade pela via pública e, ao avistarem a guarnição, os apelados desembarcaram e saíram em fuga, havendo inclusive troca de tiros. Quanto ao crime de corrupção de menores: comprovado o envolvimento do menor no crime de receptação. Em se tratando de crime formal, é suficiente que a empreitada criminosa tenha sido praticada com a participação de um menor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para que esteja caracterizado o delito. Não há dúvidas de que os apelados atuavam em concurso com o adolescente infrator. Exegese da Súmula 500 do STJ. PASSO A DOSIMETRIA DA PENA: RODRIGO:

Art. 180, caput, do CP: FAC possui outra anotação. Personalidade voltada para a prática de ilícitos. Pena acima do mínimo legal: 01 ano e 04 meses de reclusão, e 13 dias-multa, a qual torno definitiva. Art. 244-B da Lei nº 8069/90: FAC possui outra anotação. Personalidade voltada para a prática de ilícitos. Pena acima do mínimo legal: 01 ano e 04 meses de reclusão, a qual torno definitiva. Art. 69 do CP: 02 anos e 08 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal. Regime fechado. ROGÉRIO e MICHAEL: Art. 180, caput, do CP: Circunstâncias favoráveis.

Pena: 01 ano de reclusão e 10 dias-multa.

Reincidência: majoração da pena em 06 meses: 01 ano e 06 meses de reclusão e 15 dias-multa, a qual torno definitiva. Art. 244-B da Lei nº 8069/90: Circunstâncias favoráveis. Pena: 01 ano de reclusão. Reincidência: majoração da pena em 06 meses:

01 ano e 06 meses de reclusão, a qual torno definitiva. Art. 69 do CP: 03 anos de reclusão e 15 dias-multa, no mínimo legal, regime fechado. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. Esgotadas as instâncias ordinárias, expeçam-se Mandados de Prisão" (e-STJ, fls. 71-72).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "nas hipóteses em que as anotações da folha de antecedentes criminais, por qualquer motivo, forem imprestáveis a configurar maus antecedentes - seja por referirem-se a ações penais em curso (s. 444, STJ) ou a condenações extintas há mais de 5 anos, seja por noticiarem a extinção da punibilidade ou a absolvição do acusado, como *in casu*, elas tampouco servirão de base para a valoração negativa da personalidade do agente ou de qualquer outra circunstância prevista no art. 59, do CP"; b) "deve ser substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista que o Paciente preenche todas as condições objetivas e subjetivas"; c) "a pena foi fixada em patamar inferior a 04 (quatro) anos de reclusão (mais precisamente 02 anos e 08 meses e será ainda menor depois de destacado o indevido aumento da pena-base) por delitos praticados sem violência ou grave ameaça contra pessoa. Ademais, é primário e possui bons antecedentes"; d) "reconduzida a pena-base ao patamar mínimo, nos termos do tópico veiculado acima, cai por terra a fundamentação que sustentava o regime fechado neste caso concreto"; e) "a fixação do regime só pode advir das próprias características do apenado ou do crime, concretamente, conforme determina o art. 33 do Código Penal, não sendo autorizado ao juiz a fundamentação abstrata, ou relacionada aos próprios elementos constitutivos do tipo"; f) "o Paciente é primário e portador de bons antecedentes, e, nos termos veiculados no tópico anterior, deve ter sua pena base fixada no mínimo legal, justamente pelo fato de não haver qualquer circunstância judicial capaz de justificar punição mais severa por parte do Judiciário (art. 59 do CP)" (e-STJ, fls. 3-12).

Pugna, assim, pela fixação da pena-base no piso legal, bem como pela conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e pelo estabelecimento do meio prisional aberto para o início do desconto da reprimenda.

Indeferido o pedido de liminar (e-STJ, fl. 53), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem (e-STJ, fls. 70-74).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 540.448 - RJ (2019/0313257-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
YONE CORTES DE CASTRO MANSO - RJ224265
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RODRIGO CHAVES RABELO (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO E CORRUPÇÃO DE MENOR. PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. SÚMULA 444/STJ. QUANTUM DE REPRIMENDA REVISTO. REGIME PRISIONAL ABERTO. CABIMENTO. SÚMULA 440/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VIABILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA 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 individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. A personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia.

4. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes.

5. É pacífico o entendimento desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferirem o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

6. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a Súmula 719/STF, "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

7. Estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas aos crimes de receptação e corrupção de menor, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata do delito.

8. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi estabelecida no piso legal, sendo-lhe imposta sanção corporal inferior a 4 anos de reclusão, deve ser reconhecida a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

9. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de fixar a pena em 2 ano de reclusão, mais 10 dias-multa, a ser cumprida em regime prisional aberto, bem como seja convertida a sanção corporal em restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo das Execuções.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Ainda, no que tange à dosimetria, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e dos critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Feitas tais considerações, passo à análise dos fundamentos do *writ*, de forma a aferir a eventual ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício.

O Colegiado de origem, no bojo do acórdão condenatório, reconheceu:

"Art. 180, *caput*, do CP:

As circunstâncias judiciais são desfavoráveis. A FAC do apelado possui outra anotação, esta por delito de roubo majorado e corrupção de menores, o que demonstra possuir o mesmo uma personalidade voltada para a prática de ilícitos. Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal, qual seja, em 01 ano e 04 meses de reclusão, e 13 dias-multa, no valor mínimo legal, a qual torno definitiva diante de outras causas que a modifiquem.

Art. 244-B da Lei nº 8069/90:

As circunstâncias judiciais são desfavoráveis. A FAC do apelado possui outra anotação, esta por delito de roubo majorado e corrupção de menores, o que demonstra possuir o mesmo uma personalidade voltada para a prática de ilícitos. Assim, fixo a pena-base acima do mínimo legal, qual seja, em 01 ano e 04 meses de reclusão, a qual torno definitiva diante de outras causas que a modifiquem.

Aplicando-se a regra do concurso material, as penas somadas alcançam o patamar de 02 anos e 08 meses de reclusão e 13 dias-multa, no mínimo legal.

Fixo o regime fechado para início do cumprimento da pena. Para a determinação do regime inicial não se deve observar tão somente o *quantum* de pena imposto, mas também as circunstâncias do caso concreto, conforme dispõe o artigo 33, § 3º do Código Penal. Não há constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena para a apelado que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal (diante de anotação por outro delito) ainda que condenado a pena inferior a quatro anos, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código do CP.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. O apelado não preenche os requisitos do art. 44, III do CP, pois a pena deve ser substituída levando-se em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os motivos e as circunstâncias indicarem que tal substituição seja suficiente"
(e-STJ, fls. 46-47).

No caso, verifica-se que a pena-base foi exasperada a título de personalidade, com fundamento em anotação na folha de antecedentes criminais do réu.

Com efeito, a personalidade do agente resulta da análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais, com base nos elementos probatório dos autos, aptos a inferir o desvio de personalidade de acordo com o livre convencimento motivado, independentemente de perícia.

Por certo, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça vinha admitindo a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o *bis in idem*.

Recentemente, todavia, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes.

Nesse sentido, ofereço à baila os seguinte julgados:

"REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. VALIDADE.

(...)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO.

1. Condenações criminais transitadas em julgado não podem ser utilizadas para negativar mais de uma circunstância do artigo 59 do Código Penal, na espécie os antecedentes e a personalidade do agente, majorando-se com mais intensidade a pena-base.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. Ordem concedida de ofício para afastar o desvalor da personalidade, redimensionando a pena privativa de liberdade." (AgRg no REsp 1581047/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 1/6/2017, DJe 7/6/2017, grifou-se).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO SIMPLES. UTILIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIA QUÍMICA/ENTORPECENTE PARA DIMINUIR A RESISTÊNCIA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. SUPOSTA NULIDADE. REITERAÇÃO DE PEDIDO (HC 308.825/SP). DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. *BIS IN IDEM*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

IV - "A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência.

2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido" (RHC n. 130.132/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 10/5/2016, grifei).

V - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de *bis in idem*. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para reduzir a pena imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 388.034/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 9/6/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FURTO E ROUBO. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASE. MAUS ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE. ANOTAÇÕES CRIMINAIS DESMEMBRADAS. IMPOSSIBILIDADE. *BIS IN IDEM*. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. O histórico criminal do acusado não pode ser desmembrado para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

valorar negativamente outras circunstâncias judiciais que não os maus antecedentes, sob pena de indevido *bis in idem*.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente." (HC 386.124/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 7/4/2017, grifou-se).

Conclui-se, portanto, que, ainda que o agente possua vasto histórico criminal, com diversas condenações transitadas em julgado, elas devem ser divididas para, na segunda fase da dosimetria, configurar a reincidência, e, na primeira etapa, serem sopesadas apenas como maus antecedentes, sob pena de *bis in idem*.

Além disso, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO (ART. 158, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANTECEDENTES. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DESTE STJ. PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Consoante orientação sedimentada nesta Corte Superior, inquéritos policiais ou ações penais em andamento e condenações sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte).

2. A jurisprudência deste Sodalício entende que a pena-base só pode ser exasperada pelo magistrado mediante aferição negativa de elementos concretos dos autos, a denotar maior reprovabilidade da conduta imputada, circunstância não verificada no caso em exame, na medida em que utilizadas considerações abstratas e inerentes ao tipo penal violado para justificar a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 765.504/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 5/10/2017, DJe 11/10/2017, grifou-se).

Nesse contexto, deve ser afastada a valoração negativa da personalidade, pois baseada em anotação em folha de antecedentes, a qual versa, inclusive, sobre processo-crime no qual o réu restou absolvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, assim, à nova dosagem da pena

Quanto ao delito de receptação, a pena merece ser fixada no piso legal, que corresponde a 1 ano de reclusão, mais 10 dias-multa, a qual torno definitiva, à míngua de circunstâncias a serem sopesadas nas etapas seguidas do cálculo dosimétrico. De igual modo, quanto do crime de corrupção de menor, a reprimenda deve ser estabelecida no mínimo legal de 1 ano de reclusão, que torno definitiva, dada a ausência de circunstâncias a serem valoradas na 2º e na 3ª fases da dosimetria. Por fim, pelo concurso material, as penas devem ser somadas, totalizando 2 anos de reclusão, mais 10 dias-multa.

Lado outro, 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".

Assim, as referidas súmulas não foram observadas pelo Tribunal *a quo*. O regime fechado foi imposto sem "motivação idônea".

A seguir, parcialmente transcritas, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"É inidônea a fixação de regime inicial mais severo com apoio apenas na opinião em abstrato do julgador quanto ao crime em apreço, sobretudo quando o apenado é primário e a pena-base não vai além do mínimo legal, como na espécie. Súmula n. 440 do STJ."

(REsp 1409857/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2014.)

"6. As instâncias ordinárias entenderam devida a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena com base tão somente na gravidade genérica do delito, 'o que revela temibilidade e periculosidade do agente', sem, no entanto, ter apontado nenhum elemento concreto dos autos (como o *modus operandi*, a potencialidade lesiva de arma ou a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais, por exemplo) que efetivamente justificasse a fixação do regime inicial mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal.

7. Ausência de peculiaridades específicas do roubo majorado nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação dos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF."

(HC 317.405/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015.)

Em verdade, 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.

Nesse diapasão, tratando-se de réu primário, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

Cumpre consignar, por fim, que, estabelecida a pena-base no mínimo legal, pois o Julgador de 1º grau não entendeu que as circunstâncias do crime desbordavam das ínsitas aos crimes de receptação e corrupção de menor, não se afigura razoável a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena fundada na gravidade abstrata



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito.

Por fim, conforme o acima declinado, o réu é primário e a pena-base foi fixada no mínimo legal, o que evidencia a viabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nos moldes do art. 44 do Código Penal.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar a pena em 2 anos de reclusão, mais 10 dias-multa, a ser cumprida em regime prisional aberto, bem como seja convertida a sanção corporal em restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo das Execuções.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0313257-6

HC 540.448 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 02344424420168190001 2344424420168190001 253023562016

EM MESA

JULGADO: 04/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO YONE CORTES DE CASTRO MANSO - RJ224265
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: RODRIGO CHAVES RABELO (PRESO)
CORRÉU	: ROGERIO FERREIRA DE JESUS
CORRÉU	: MICHAEL PEREIRA DA SILVA
INTERES.	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE).