



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.239 - RJ (2016/0115514-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
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 : UARLYN SON DE OLIVEIRA SOUZA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 444. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A 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 os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. *In casu*, verifica-se que a Corte de origem exasperou a pena base em 6 (seis) meses, por entender que o paciente ostenta personalidade voltada à prática delitiva, considerando as anotações em sua folha de antecedentes, bem como o fato de ter sido novamente preso em flagrante logo após ter obtido o benefício da liberdade provisória nos autos do processo em análise.

4. 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 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."

5. Os fundamentos genéricos utilizados do 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.

6. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

7. Afastado o aumento da pena imposto na primeira fase do critério dosimétrico, a reprimenda deve ser imposta no mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão. Na segunda etapa da individualização da pena, em que pese a confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcial do réu, o *quantum* de sanção deve permanecer inalterado, diante do óbice da Súmula/STJ 231. Por derradeiro, pela incidência de majorante, a pena deve ser exasperada em 1/3, na terceira fase da dosimetria, devendo ser estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, a ser descontada em meio semiaberto.

8. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, bem como fixar o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em regime mais severo.

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, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 08 de novembro de 2016(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.239 - RJ (2016/0115514-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
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 : UARLYN SON DE OLIVEIRA SOUZA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **UARLYN SON DE OLIVEIRA SOUZA** contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, por ofensa ao art. 157, § 2º, I, do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, inicialmente em regime fechado e ao pagamento de 16 (dezesesseis) dias-multa.

A defesa interpôs recurso de apelação perante o Tribunal de origem, que lhe deu parcial provimento para reduzir a sanção imposta para 6 (seis) anos de reclusão. Eis a ementa do acórdão:

"CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA – APELANTE QUE MEDIANTE GRAVE AMEAÇA EXERCIDA POR PALAVRAS DE ORDEM E EMPREGO DE ARMA SUBTRAI DA VÍTIMA UMA BOLSA, APARELHO TELEFÔNICO CELULAR, MÁQUINA FOTOGRÁFICA, UM PAR DE ÓCULOS DE SOL, ALÉM DE R\$ 20,00 (VINTE REAIS) EM ESPÉCIE - CONFORMAÇÃO COM O JUÍZO DE CENSURA – RÉU QUE CONFESSA PARCIALMENTE OS FATOS – INCONFORMISMO DEFENSIVO QUE SE RESUME NA REDUÇÃO DA PENA-BASE E NO ESTABELECIMENTO DE UM REGIME MAIS BRANDO – PENA-BASE FIXADA DE MANEIRA EXACERBADA MERECENDO REPARO – CIRCUNSTÂNCIAS DA AÇÃO CRIMINOSA E PERICULOSIDADE DO AGENTE QUE, NO CASO CONCRETO, EXIGEM A FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA SANÇÃO – PARCIAL PROVIMENTO DO APELO PARA REDUZIR A SANÇÃO IMPOSTA PARA 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO E 14 (QUATORZE) DIAS-MULTA, À RAZÃO UNITÁRIA MÍNIMA, MANTIDA, NO MAIS A SENTENÇA" (e-STJ, fls. 60-61).

Neste *writ*, a Defensoria Pública alega, em síntese, que o acórdão impugnado fundamentou o aumento da pena-base em razão de evento posterior aos fatos descritos na denúncia.

Sustenta, ainda, que o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, dada a ausência de reconhecimento da atenuante genérica da confissão, bem como por ter sido fixado regime prisional mais severo, sem motivação idônea.

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que seja reduzida a pena imposta ao ora paciente e estabelecido o regime prisional semiaberto.

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fls. 67-68).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, de ofício, para estabelecer a pena-base no mínimo legal e fixar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime prisional semiaberto (e-STJ, fls. 74-77).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 355.239 - RJ (2016/0115514-4)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

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 : UARLYN SON DE OLIVEIRA SOUZA

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. PERSONALIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/STJ 444. IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. SÚMULA 440/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. *WRIT* NÃO CONHECIDO E *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A 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 os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. *In casu*, verifica-se que a Corte de origem exasperou a pena base em 6 (seis) meses, por entender que o paciente ostenta personalidade voltada à prática delitiva, considerando as anotações em sua folha de antecedentes, bem como o fato de ter sido novamente preso em flagrante logo após ter obtido o benefício da liberdade provisória nos autos do processo em análise.

4. 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 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."

5. Os fundamentos genéricos utilizados do 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.

6. A teor dos artigos 33, §§ 2º, alínea "b", e 3º, c/c 59, ambos do CP, não se afigura idônea a justificativa apresentada para afastar a aplicação ao caso concreto do regime semiaberto para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

7. Afastado o aumento da pena imposto na primeira fase do critério dosimétrico, a reprimenda deve ser imposta no mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão. Na segunda etapa da individualização da pena, em que pese a confissão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parcial do réu, o *quantum* de sanção deve permanecer inalterado, diante do óbice da Súmula/STJ 231. Por derradeiro, pela incidência de majorante, a pena deve ser exasperada em 1/3, na terceira fase da dosimetria, devendo ser estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, a ser descontada em meio semiaberto.

8. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, bem como fixar o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em regime mais severo.

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.

No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

O Colegiado de origem, ao proceder à nova dosimetria da pena, reconheceu:

"Na dosimetria da pena, ao aplicar a pena-base, o douto Magistrado sentenciante, apesar da primariedade e ausência de antecedentes do agente criminoso, afastou-a excessivamente do mínimo legal, apresentando fundamentação inadequada, eis que sustentou que a prática do crime patrimonial contra estrangeiro merece uma maior reprovabilidade.

No entanto, verifica-se que o Apelante possui personalidade voltada prática de crimes contra o patrimônio, conforme de se vê de sua folha de antecedentes criminais acostadas às fls. 149/155, cabendo ressaltar, inclusive, que uma vez beneficiado com a liberdade voltou a delinquir cerca de um mês após a soltura, razão pela qual deve a pena-base ser fixada um pouco acima do mínimo legal, em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 11 (onze) dia-multa, no valor mínimo legal.

Na segunda fase, a pena imposta anteriormente permanece inalterada em razão da ausência de qualquer circunstância agravante ou atenuante.

Na terceira fase mantenho o aumento de 1/3 (um terço) em razão da majorante do emprego de arma, totalizando-se, desta forma, a resposta penal em 06 (seis) anos de reclusão e 14 (quatorze) dias-multa, à razão unitária mínima.

Correta a fixação do regime fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão da conduta repugnante do agente criminoso que, para conseguir seu intento, causou temor à vítima, ameaçando-a com uma faca, conduta que se encontra em uma onda crescente, aterrorizando e trazendo intranquilidade ao meio social, fato que merece maior reprovação por parte do Estado" (e-STJ, fls. 64-65).

Como cediço, a individualização da pena é submetida aos elementos de convicção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

In casu, verifica-se que a Corte de origem exasperou a pena-base em 6 (seis) meses, por entender que o paciente ostenta personalidade voltada à prática delitiva, considerando as anotações em sua folha de antecedentes, bem como o fato de ter sido novamente preso em flagrante logo após ter obtido o benefício da liberdade provisória nos autos do processo em análise.

Em verdade, 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 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."

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, tem reiteradamente decidido pela impossibilidade da utilização de inquéritos ou ações penais em andamento para configurar maus antecedentes no momento da fixação da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Incidência do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte.

4. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.

5. A sentença não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse as conclusões desfavoráveis acerca das circunstâncias e consequências do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, fixando a pena-base no mínimo legal."

(HC n. 126.137/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 21/3/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De igual modo, o simples fato de o réu ter sido novamente preso em flagrante após ter obtido o benefício da liberdade provisória nos autos do processo em análise não constitui fundamento válido para o incremento da pena-base a título de personalidade, sob pena de violação do princípio da presunção da inocência.

Ademais, 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 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 "b", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime semiaberto.

Cumpre consignar, por fim, que, estabelecida a pena-base no mínimo legal, 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.

Passo, portanto, à nova dosimetria da pena.

Afastado o aumento da pena imposto na primeira fase do critério dosimétrico, a reprimenda deve ser imposta no mínimo legal, qual seja, 4 (quatro) anos de reclusão. Na segunda etapa da individualização da pena, em que pese a confissão parcial do réu, o *quantum* de sanção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deve permanecer inalterado, diante do óbice da Súmula/STJ 231. Por derradeiro, pela incidência de majorante, a pena deve ser exasperada em 1/3, na terceira fase da dosimetria, devendo ser estabelecida em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, a ser descontada em meio semiaberto.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de estabelecer a pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais o pagamento de 13 (treze) dias-multa, bem como fixar o regime prisional semiaberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em regime mais severo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0115514-4

HC 355.239 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01817013220138190001 1817013220138190001

EM MESA

JULGADO: 08/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

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	: UARLYN SON DE OLIVEIRA SOUZA

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