



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.634 - RJ (2011/0008065-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS OLIVEIRA DE SOUZA JUNIOR
PACIENTE : JOSÉ FELIPE PEREIRA RIBEIRO

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO DA CONFISSÃO PARA A CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DEVIDO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. INEXISTÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DE DELITOS. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA EM DESFAVOR DOS PACIENTES. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. RÉUS PRIMÁRIOS. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. DIREITO AO REGIME SEMIABERTO. SÚMULAS 440/STJ E 718 E 719/STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HC NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, tendo sido considerada a confissão do réu para fins de dar suporte à condenação, é mister seja reconhecida e sopesada a atenuante na aplicação da pena. Precedentes.
3. A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas.
4. A teor do entendimento cristalizado na Súmula 444/STJ: *[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*
5. Uma vez reduzida a pena-base ao mínimo legal, tratando-se de réus primários, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso. Inteligência das Súmulas 440/STJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e 718 e 719/STF.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, fixando o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas reclusivas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de março de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.634 - RJ (2011/0008065-1)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : JOSÉ CARLOS OLIVEIRA DE SOUZA JUNIOR
PACIENTE : JOSÉ FELIPE PEREIRA RIBEIRO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de JOSÉ CARLOS OLIVEIRA DE SOUZA JUNIOR e JOSÉ FELIPE PEREIRA RIBEIRO, sem pedido de liminar, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, como incurso no art. 157, § 2º, I e II, às penas de 6 anos e 8 meses de reclusão, em regime fechado, e 80 dias-multa.

Interposta apelação, o Tribunal de origem houve por bem negar-lhe provimento.

No presente *writ*, alega a impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista: (i) a não incidência da majorante do emprego de arma, porquanto não apreendida ou periciada a arma; (ii) a falta de fundamentação para a exasperação da pena-base; (iii) a aplicabilidade da atenuante da confissão espontânea e (iv) o direito à fixação de regime mais brando.

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que seja: afastada a causa especial de aumento do emprego de arma, reduzida a pena-base ao mínimo legal, aplicada a atenuante da confissão espontânea e estabelecido o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

Foram prestadas as informações, às fls. 129/158e, 179/180e e 183/220e.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão parcial da ordem, apenas para reconhecer a atenuante da confissão espontânea (fls. 161/170e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 194.634 - RJ (2011/0008065-1)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Compulsando os autos, verifica-se que os pacientes foram condenados pela prática do crime de roubo majorado, nos seguintes termos, *in verbis*:

Os réus não confessam a prática do ilícito. De fato, o primeiro denunciado afirmou que praticou o roubo contra a vítima juntamente com o co-réu. Os réus não confessam a prática do ilícito. De fato, o primeiro denunciado afirmou que praticou o roubo contra a vítima juntamente com o co-réu, alegando entretanto que não utilizou arma, tendo apenas simulado estar armado. Entretanto, posteriormente, afirma que não ameaçou a vítima e tão somente puxou o seu celular e empreendeu fuga, numa tentativa clara de buscar uma desclassificação do delito para furto. [...]

Importante frisar que a vítima afirmou com toda a clareza que o réu José Carlos lhe mostrou a arma com que praticou a ameaça e que o co-réu estava ao lado no momento da subtração. [...]

Os réus são primários e ostentam bons antecedentes. Entretanto, ostentam conduta social reprovável e personalidade voltada para a prática de crimes contra o patrimônio visto que conforme foi ressaltado nesta audiência, os mesmos já haviam praticado vários assaltos na localidade e foram reconhecidos por outras vítimas que compareceram a delegacia após sua prisões, conforme relatou o miliciano Fagundes. Ademais o próprio primeiro denunciado confirmou que apenas três dias antes do fato havia praticado juntamente com o co-réu outro roubo de uma menina na mesma localidade. Frise-se ainda que os réus ameaçaram a vítima de morte também em razão da mesma ter presenciado este crime anterior. Atento a essas circunstâncias e às demais prescritas no art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base para os réus em 06 anos de reclusão cumulada com 72 dias multa. Esclareço que não se aplica a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atenuante da confissão, a uma porque o réu José Carlos confessou o crime apenas parcialmente, tentando desclassificar a conduta para furto. A duas porque o réu José Felipe negou a prática do delito. Considerando a atenuante da idade inferior a 21 anos na data do fato, reduzo a pena acima em 01 ano, passando para 05 anos de reclusão cumulada com 60 dias multa. Considerando a presença de duas causas de aumento de pena previstas no § 2º, incisos I e III do art. 157 do Código Penal, majoro a pena acima em 1/3, passando para 06 anos e 08 meses de reclusão cumulada com 80 dias-multa.

Torno a pena definitiva ante a inexistência de outras causas de aumento ou diminuição previstas em lei. A pena pecuniária fica fixada no valor unitário mínimo legal, diante das condições econômicas dos condenados. O regime de cumprimento da pena reductiva será o fechado conforme o permissivo legal (CP, art. 33, § 2º, "a") (fls. 194/195e - sentença).

No mérito, a sentença apelada, cujos fundamentos aqui se integram, deve ser mantida, porque em harmonia com as provas dos autos.

Conforme se depreende dos autos, os acusados foram denunciados após serem reconhecidos pela vítima Mystica Machado Pereira como os autores do crime de roubo, em que foi subtraído um aparelho de telefone celular.

A materialidade e a autoria do crime são incontestes, ante o auto de apreensão de fl. 07 e as declarações prestadas pela vítima (fls. 145/146), que esclareceu em detalhes a prática delituosa, além da confissão do réu José Carlos, que confirmou ter praticado o delito, simulando estar armado.

Assim,, a pretensão dos réus à absolvição não pode ser acolhida, ante a prova segura e inquestionável quanto à autoria e ao crime, especialmente pela prova testemunhal acima referida, além do laudo de fl. 131.

Ao revés, a defesa dos réus não produziu qualquer prova capaz de infirmar o depoimento da lesada, razão pela qual, neste ponto, deve ser mantida a decisão de primeiro grau.

Também não merece acolhida a pretendida desclassificação do crime de roubo para o delito de furto, pois comprovada a prática de grave ameaça contra a vítima, eis que os réus determinaram que a mesma entregasse o telefone celular, afirmando que haviam "marcado a cara" dela. Diante da recusa da lesada em entregar o bem, os réus lhe mostraram a arma de fogo, dizendo que iriam matá-la, momento em que a empurraram e subtraíram o telefone celular, o que caracteriza a prática do crime de roubo.

Da mesma forma, impossível o afastamento da majorante do emprego de arma, porque comprovada pelo depoimento da lesada a sua utilização, sendo irrelevante a apreensão e perícia do armamento, vez que suprida sua falta pela prova testemunhal.

Quanto à pena-base, a mesma foi devidamente fixada, em observância ao art. 59 do Código Penal, considerando as condições pessoais de cada um dos réus, o que não está a merecer reparo.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também deve ser mantido o regime prisional imposto, pois o fechado é o único adequado aos objetivos repressivo/preventivo ao crime.

Ao contrário do pretendido pela defesa do réu José Carlos, impossível o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e da menoridade; a primeira, porque realizada de forma parcial, já que o réu José Carlos tentou desclassificar a conduta para furto e José Felipe negou a autoria; a segunda, porque, embora reconhecida na sentença, entendendo inexistente, pelo Novo Código Civil, a atenuante referida, pois, indubitavelmente, a menoridade passou a ser abaixo de 18 anos, e não mais 21 anos de idade, anterior idade prevista para o benefício.

É sabido que a previsão do art. 65, I, do Código Penal, ser o agente menor de 21 anos na data do fato, tinha por fundamento fático o Código Civil de 1916, que estabelecia tal idade para o reconhecimento da menoridade (art. 9º do Código Civil de 1916).

Alterada tal circunstância no Novo Código Civil para 18 anos (art. 50), impossível se torna o reconhecimento da circunstância atenuante, pois revogada implicitamente a norma do art. 65, I, do Código Penal, tal como previsto no § 1º, do art 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, pela qual "a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior ", pois, como também é sabido, não é o Código Penal que regula a menoridade, ao contrário, a toda evidência é o Código Civil.

De igual forma, é evidente a consumação do delito de roubo, pois realizados seus elementos constitutivos, ou seja, a subtração, a grave ameaça, exercida pelo emprego de arma de fogo, e a violência.

O delito de roubo consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima, já que se considera consumado o crime de roubo no momento em que o agente se toma possuidor da res furtiva mediante grave ameaça ou violência, ainda que não obtenha a posse tranquila do bem.

Desse modo, ainda que os réus tenham sido detidos a poucos metros do local da subtração, em poder da res, não há que se falar em reconhecimento da tentativa, porque quando os agentes empregaram a grave ameaça e a violência e subtraíram o telefone celular da vítima, deixando o local, ocorreu a consumação do delito, pouco importando o tempo na posse do bem subtraído, o que afasta a pleito de reconhecimento da tentativa.

A questão das custas é incidente a ser resolvido no juízo da execução, por isso aqui não conhecido.

Por fim, o reconhecimento da participação de menor importância, formulado pelo apelante José Felipe, também não merece provimento, pois caracterizada a divisão de tarefas entre os réus, vez que, enquanto o réu José Carlos intimidava e subtraía o telefone da vítima, o co-réu José Felipe dava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cobertura à prática delituosa.

O parecer da Ilustre Procuradora de Justiça, Ora. Silvana Gonzalez de Fabritis, sustenta a reforma parcial da sentença apelada para reduzir as penas-base ao mínimo legal, o que não é acolhido, ante os fundamentos acima expostos.

Por tais fundamentos, rejeita-se a preliminar e, no mérito, nega-se provimento aos recursos (fls. 207/211e - acórdão).

Pugna, de início, pela aplicação da confissão espontânea, cuja aplicação foi afastada pelas instâncias ordinárias por ser parcial.

De fato, muito embora a confissão tenha sido considerada para fins de dar suporte à condenação, não foi reconhecida, tampouco levada em conta na aplicação da pena, contrariando a jurisprudência pacífica desta Corte acerca da questão.

A propósito:

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIA REDUTORA DO ART. 65, III, D, DO CP. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO QUE SE IMPÕEM. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA.

1. Se a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial.

2. Habeas corpus concedido, para reconhecer em favor do paciente a atenuante da confissão espontânea, reduzindo-se a reprimenda que lhe foi imposta, que resta definitiva em 1 (um) ano e 1 (um) mês de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, para o crime do art.

180 do CP, e em 3 (três) anos e em 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, para o delito do art. 311 do CP, mantidos, no mais, a sentença e o acórdão impugnados." (STJ, HC 195.446/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe de 24/08/2012)

"HABEAS CORPUS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. UTILIZAÇÃO NA CONDENAÇÃO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. NECESSIDADE. COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE.

1. Na linha da iterativa jurisprudência desta Corte, é de rigor a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal quando a confissão - integral ou parcial, e ainda que retratada em juízo - é utilizada na condenação.

2. Consoante entendimento prevalente na Sexta Turma deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal é cabível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se inalterada a reprimenda na segunda etapa do critério trifásico.

3. Ordem concedida." (STJ, HC 231.489/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe de 11/04/2012)

Alega, ainda, a impetrante a não incidência da majorante do emprego de arma, por não haver sido apreendida e periciada.

Sobre o tema, a jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, para a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, é prescindível a apreensão e perícia da arma, desde que evidenciada sua utilização por outros meios de prova, tais como a palavra da vítima, ou pelo depoimento de testemunhas, tal como se verifica *in casu*.

Nesse sentido:

CRIMINAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. UTILIZAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE. EMBARGOS CONHECIDOS E REJEITADOS.

I - Para a caracterização da majorante prevista no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, prescinde-se da apreensão e realização de perícia em arma utilizada na prática do crime de roubo, se por outros meios de prova restar evidenciado o seu emprego. Precedentes do STF.

II - Os depoimentos do condutor, da vítima, das testemunhas, bem como qualquer meio de captação de imagem, por exemplo, são suficientes para comprovar a utilização de arma na prática delituosa de roubo, sendo desnecessária a apreensão e a realização de perícia para a prova do seu potencial de lesividade e incidência da majorante.

III - A exigência de apreensão e perícia da arma usada na prática do roubo para qualificá-lo constitui exigência que não deflui da lei resultando então em exigência ilegal posto ser a arma por si só - desde que demonstrado por qualquer modo a utilização dela - instrumento capaz de qualificar o crime de roubo.

IV - Cabe ao imputado demonstrar que a arma é desprovida de potencial lesivo, como na hipótese de utilização de arma de brinquedo, arma defeituosa ou arma incapaz de produzir lesão.

V - Embargos conhecidos e rejeitados, por maioria (EResp 961.863/RS, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Desembargador Convocado do TJ/SP), Rel. p/ acórdão Min. GILSON DIPP, 3ª SEÇÃO, DJe 06/04/2011).

Por fim, quanto à dosimetria, de fato, verifica-se o alegado constrangimento ilegal,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

porquanto a pena-base foi exasperada tão somente em virtude da valoração da conduta social, dita reprovável, e da personalidade dos agentes, tida por voltada à prática de delitos porquanto os pacientes já teriam praticado outros roubos anteriormente, bem como pelo fato de terem ameaçado a vítima de morte.

Com efeito, compulsando a Folha de Antecedentes Criminais dos pacientes, acostada aos autos às fls. 13/18e, verifica-se que os pacientes apenas ostentavam, à época, processos em andamento, inexistindo condenações transitadas em julgado.

Nesse contexto, em se considerando que os pacientes não ostentavam, à época da prolação da sentença, nenhuma condenação definitiva, não se justifica o aumento da pena-base, seja como *maus antecedentes* seja como *personalidade* ou *conduta social*, a teor do disposto na Súmula 444/STJ: *[é] vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.*

Cito, acerca do tema, os seguintes precedentes:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 155, § 4º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APELO DEFENSIVO. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE 2º GRAU, QUE, REFORMANDO, EM PARTE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, EXCLUIU A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA À CULPABILIDADE. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, EM FACE DOS MAUS ANTECEDENTES E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DO APONTADO BIS IN IDEM, NO TOCANTE AO AUMENTO DA PENA-BASE, PELOS MAUS ANTECEDENTES, E À APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DELITUOSA. FUNDAMENTO INIDÔNEO. SÚMULA 444/STJ. PENA DE RECLUSÃO INFERIOR A 04 ANOS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL FECHADO. RÉU REINCENTE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 269 DO STJ. ORDEM NÃO CONHECIDA. EXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

[...]

VI. *Hipótese em que o Tribunal de origem, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, considerou, como circunstâncias judiciais desfavoráveis, os antecedentes e a personalidade do paciente, afastando a*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elevação da pena-base, a título de culpabilidade, ao considerar inidôneo o seu fundamento, e, por conseguinte, reduziu a reprimenda básica - fixada, pelo Juízo de 1º Grau, em 05 anos e 06 meses de reclusão e 180 dias-multa - para 05 anos e 03 meses de reclusão e 160 dias-multa.

VII. Não há como concluir, de forma incontroversa, se procede a alegação de bis in idem, ao argumento de que as duas condenações, transitadas em julgado, que teriam sido utilizadas para aumentar a pena-base, a título de antecedentes, e, posteriormente, para fins de reincidência, referem-se ao mesmo fato criminoso.

VIII. Não havendo prova inequívoca de que, na hipótese, estar-se-ia considerando, por duas vezes, o mesmo fato criminoso, não há como, na via estreita do habeas corpus, proceder à ampla dilação probatória, já que deve o remédio constitucional vir instruído com todas as provas capazes de comprovar o quanto alegado na impetração, o que não ocorreu, na hipótese.

IX. A jurisprudência da 3ª Seção do STJ, interpretando a Súmula 444/STJ, tem entendido que "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" (STJ, HC 206.442/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 02/04/2013).

X. A utilização de registros criminais, sem notícia de condenação com trânsito em julgado, para exasperar a pena-base, pela valoração negativa de qualquer circunstância judicial - tais como maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, tal como ocorreu, na terceira hipótese -, constitui afronta à Súmula 444 do STJ.

XI. O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que "é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais" (Súmula 269/STJ).

XII. Tendo sido fixada a pena-base acima do mínimo legal, porque desfavorável a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes, não faz jus o paciente, em face de sua reincidência, ao regime inicial semiaberto, a despeito de a sanção final ter sido estabelecida, neste writ, em 03 anos e 06 meses de reclusão.

XIII. Habeas corpus não conhecido.

XIV. Ordem concedida, de ofício, para, redimensionando a pena-base, estabelecer a sanção definitiva do paciente em 03 anos e 06 meses de reclusão - a ser cumprida em regime inicial fechado, em face de circunstância judicial negativa, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, e da reincidência -, além do pagamento de 90 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, § 4º, I e IV, do Código Penal (HC 215.095/MS, Rel. Ministra ASSUSETE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 28/02/2014).

CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. VIOLAÇÃO AO TEOR DA SÚMULA 444/STJ. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE RESTITUIÇÃO DO VALOR APROPRIADO. VERBO "APROPRIAR-SE". ELEMENTO DO TIPO PENAL. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo, crescentemente fora de sua inspiração originária - tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas corpus.

II. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. Na hipótese, o impetrante interpôs recurso especial, instrumento ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte Superior analise eventual ofensa à legislação federal nos fundamentos da condenação criminal, não podendo ser substituído pelo habeas corpus, exceção que se liga necessariamente à violência, à coação, à ilegalidade ou ao abuso - circunstâncias que obviamente não constituem a regra senão a exceção - donde seu uso reclama naturalmente as restrições da exceção.

IV. O reexame da dosimetria em sede de mandamus somente é possível quando evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial, errônea aplicação do método trifásico ou violação a literal dispositivo da norma, acarretando flagrante ilegalidade.

V. As ações penais e os inquéritos policiais em andamento não justificam a majoração da pena-base, a teor do enunciado da Súmula 444/STJ.

VI. O fato de o valor apropriado no crime de apropriação indébita não ter sido restituído não pode legitimar o aumento na pena-base com supedâneo nas consequências do delito, pois a apropriação é elemento do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próprio tipo penal, consoante se conclui da interpretação literal do dispositivo do art. 168 do Código Penal.

VII. O argumento de que os motivos do crime também seriam desfavoráveis ao paciente, tendo em vista que buscava lucro fácil e ilícito, não possui o condão de exasperar a pena-base, pois tais fundamentos são motivos comuns aos delitos contra o patrimônio, já levados em consideração pelo legislador no momento da fixação da pena em abstrato.

VIII. Deve ser concedida a ordem, a fim de reformar o acórdão recorrido e a sentença de 1º grau, no tocante à dosimetria da reprimenda, determinando-se ao Juízo da Comarca da 3ª Vara Criminal de Rio Branco/AC que estabeleça nova pena-base, desconsiderando as circunstâncias relativas aos maus antecedentes, às consequências e aos motivos do crime, devendo ser mantida, no mais, o teor da condenação.

IX. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (HC 225.438/AC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012).

Do mesmo modo, o fato de a vítima ter sido ameaçada de morte pelos pacientes não constitui motivação idônea para justificar o agravamento da reprimenda, na medida em que comum à espécie, constituindo a grave ameaça circunstância elementar ao delito de roubo.

Passo, assim, ao redimensionamento das penas.

Com efeito, ausentes circunstâncias judiciais validamente consideradas em desfavor dos pacientes, reduzo a pena-base ao mínimo legal – a 4 anos de reclusão e 10 dias-multa –, a qual permanece no mesmo patamar, na segunda fase, não obstante a incidência da atenuante da confissão espontânea ora reconhecida em favor de um dos pacientes, por força do disposto na Súmula 231/STJ, e aumenta-se de 1/3 na terceira fase em razão das majorantes do emprego de arma e do concurso de agentes, consoante estabelecido pelas instâncias ordinárias, ficando as penas definitivamente estabelecidas nesse patamar, em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, à míngua de outras causas modificativas.

Quanto ao regime prisional, verifica-se que, uma vez reduzida a pena-base ao mínimo legal, tratando-se de réus primários, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, contrariando o disposto nas Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF, *in verbis*:

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.

Súmula 718/STF: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Concedo, porém, a ordem de ofício para reduzir as penas dos pacientes a 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa, fixando o regime inicial semiaberto para o cumprimento das penas reclusivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0008065-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 194.634 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090140202865 204137520098190014 21302009

EM MESA

JULGADO: 05/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARIA IGNEZ LANZELLOTTI BALDEZ KATO - DEFENSORA PÚBLICA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : JOSÉ CARLOS OLIVEIRA DE SOUZA JUNIOR

PACIENTE : JOSÉ FELIPE PEREIRA RIBEIRO

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.