



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.999 - RJ (2017/0003565-8)

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 : JHON ELITON DA CONCEICAO LIMA
PACIENTE : DIEGO MAURICIO LUCAS LIMA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. DIMINUIÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL E PRIMARIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. *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. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição. Precedentes.

4. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram ser cabível a redução da pena pela tentativa em 1/2 em razão do *iter criminis* percorrido, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é admissível na via eleita.

5. 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".

6. Os fundamentos genéricos utilizados pelo acórdão ora impugnado não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

7. Nesse diapasão, tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto, pois a gravidade abstrata do crime de roubo não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

8. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de fixar o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem 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), 14 de março de 2017(data do julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.999 - RJ (2017/0003565-8)

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 : JHON ELITON DA CONCEICAO LIMA
PACIENTE : DIEGO MAURICIO LUCAS LIMA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **JHON ELITON DA CONCEIÇÃO LIMA** e de **DIEGO MAURÍCIO LUCAS LIMA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, proferido nos autos da Apelação Criminal n. 0010924-37.2015.8.19.0003.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, em primeira instância, como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, às penas de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 6 (seis) dias-multa no valor mínimo legal.

Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem negou provimento, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO. Roubo majorado pelo concurso de pessoas, na forma tentada. Prisão em flagrante. Recurso defensivo. Prova segura quanto à autoria e materialidade que sequer foram motivo de irresignação. Dosimetria. Revisão. Aplicação da fração máxima no reconhecimento da tentativa. Fração aplicada em razão da tentativa que deverá ser mantida em decorrência do iter criminis percorrido pelos agentes. Regime semiaberto que se mantém. Recurso desprovido." (e-STJ, fl. 30)

Nas razões do *writ*, sustenta a Impetrante que "não poderia ter sido mantido o percentual de redução da pena pela tentativa e o regime de cumprimento de pena mais severo sem qualquer justificativa idônea, o que macula seriamente o julgado, principalmente por contrariar a expresso dispositivo legal (art. 33 § 2º, "b" da Lei Penal)" (e-STJ, fl. 06).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, a fim de que seja aplicado o redutor da pena, pelo reconhecimento da tentativa em patamar máximo e seja fixado o regime de cumprimento de pena aberto.

Pleito de liminar parcialmente deferida, "para determinar, até o julgamento final do presente *writ* e se por aí não estiverem presos, a imediata transferência dos Pacientes para o regime prisional aberto, com aplicação das respectivas regras" (e-STJ, fl. 36).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão parcial da ordem, de ofício, para que seja fixado o regime prisional aberto (e-STJ, fls. 55-61).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 384.999 - RJ (2017/0003565-8)

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 : JHON ELITON DA CONCEICAO LIMA
PACIENTE : DIEGO MAURICIO LUCAS LIMA

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO. DOSIMETRIA. DIMINUIÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. CRITÉRIO DO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO OBSERVADO. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL E PRIMARIEDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE A JUSTIFICAR A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. *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. O Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição. Precedentes.

4. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram ser cabível a redução da pena pela tentativa em 1/2 em razão do *iter criminis* percorrido, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é admissível na via eleita.

5. 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".

6. Os fundamentos genéricos utilizados pelo acórdão ora impugnado 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),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrariando a Súmula 440 deste Superior Tribunal.

7. Nesse diapasão, tratando-se de réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto, pois a gravidade abstrata do crime de roubo não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

8. *Writ* não conhecido e *habeas corpus* concedido, de ofício, a fim de fixar o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem 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, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Está inscrito na sentença condenatória:

"[...] Os réus são primários e de bons antecedentes, sendo que agiram com culpabilidade normal ao tipo penal. As demais circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal não lhes são desfavoráveis, pelo que fixo a pena base em 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Em virtude da causa de aumento do inciso II do § 2º do artigo 157 do CPC, aumento a pena em 1/3 (um terço), sendo que se passa a pena para 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa. Reduzo a pena em metade em virtude da tentativa, pelo que torno definitiva a pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 06 (seis) dias-multa, ante a ausência de outras circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, assim como causas de aumento e diminuição de pena que influenciem na escala penal. Reconheço a atenuante da confissão espontânea aos acusado e a atenuante da menoridade ao acusado Diego, mas deixo de aplicá-las no presente caso, eis que a pena fora aplicada no mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ. Fixo o dia-multa no patamar de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, eis que o delito foi perpetrado com grave ameaça à pessoa. Condono, ainda, os apenados ao pagamento da taxa judiciária e das custas processuais, *pro rata*. O regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade é o semiaberto, *ex vi* do artigo 33, § 2º, do Código Penal" (e-STJ, fl. 21-22).

Com efeito, 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 exigiam revolvimento probatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em verdade, o Código Penal, em seu art. 14, II, adotou a teoria objetiva quanto à punibilidade da tentativa, pois, malgrado semelhança subjetiva com o crime consumado, diferencia a pena aplicável ao agente doloso de acordo com o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa perspectiva, jurisprudência desta Corte adota critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado: quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente, menor será a fração da causa de diminuição.

A propósito, confira-se:

"[...] LATROCÍNIO. TENTATIVA. REDUÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO). DECISÃO MOTIVADA. PLEITO PARA AUMENTAR FRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA RESTRITA DO MANDAMUS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Verificado que o *quantum* fixado, em razão da prática do delito de latrocínio na modalidade tentada, foi fundamentado no *iter criminis* percorrido pelo agente, inviável a alteração da fração de redução, porquanto demandaria revolvimento de matéria fático-probatória, providência vedada na via sumária eleita.

2. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 307.925/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 19/04/2016)

"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. MAJORANTES. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. JUSTIFICATIVA IDÔNEA. REDUÇÃO PELA TENTATIVA. *ITER CRIMINIS*. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de *habeas corpus* não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.

3. Em se tratando de roubo circunstanciado, a majoração da pena na terceira fase da dosimetria acima do mínimo legal requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um acréscimo mais expressivo, o que se verifica no caso em apreço.

4. As instâncias de origem utilizaram, no tocante ao quantum de redução pela tentativa, o critério do *iter criminis* percorrido, em perfeita consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inviável, pois, nesta sede, a inversão do decidido, haja vista que vedado o exame aprofundado das provas.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, tendo em vista a presença de circunstância judicial desfavorável.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 342.659/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016)

Nesse passo, considerando que as instâncias ordinárias reconheceram ser cabível a redução da pena pela tentativa em 1/2 em razão do *iter criminis* percorrido, maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento fático-probatório, o que é inadmissível na via eleita.

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 pelo acórdão ora impugnado 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 réus primários, cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto, pois a gravidade abstrata do crime de roubo não permite o recrudescimento do meio prisional de desconto da reprimenda.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem, de ofício, a fim de fixar o regime prisional aberto para o desconto da sanção corporal, salvo se, por outro motivo, os pacientes estiverem descontando pena em regime mais severo.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0003565-8

HC 384.999 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00109243720158190003 109243720158190003

EM MESA

JULGADO: 14/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: JHON ELITON DA CONCEICAO LIMA
PACIENTE	: DIEGO MAURICIO LUCAS LIMA

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.